

Trabajo y Seguridad Social. CEF

Revista mensual núm. 451 | Octubre 2020

ISSN: 1138-9532

Hacia una transición ecológica justa en el ámbito de las relaciones de trabajo y la inmigración

Margarita Miñarro Yanini



Implicaciones jurídico-laborales de la COVID-19

Roberto Fernández Fernández

La indemnización disuasoria por despido arbitrario, entre ortos y ocasos

Cristóbal Molina Navarrete

Sobre la superposición de permisos a descansos o vacaciones

Carmen Sánchez Trigueros

Jornada parcial variable y retribución de las vacaciones

Ignacio González del Rey Rodríguez

Juzgando el derecho a conciliar familia y trabajo con doble perspectiva: infancia y género

Glòria Poyatos i Matas

**MATRÍCULA
ABIERTA****MÁSTERES Y CURSOS****PRESENCIAL | TELEPRESENCIAL | ONLINE**

ÁREA DE LABORAL

Máster en Asesoría Jurídico-Laboral | Máster en Dirección y Gestión de Recursos Humanos - RR. HH. | Doble Máster en Práctica de la Abogacía y Asesoría Jurídico-Laboral | Curso Superior en Seguridad Social y Derecho Laboral | Curso Superior sobre Práctica en Relaciones Laborales | Curso de Gestoría Fiscal, Laboral y Contable | Curso de Perfeccionamiento y Actualización Laboral | Curso Práctico de Derecho Laboral | Curso sobre el Sistema de Liquidación Directa (CRET@) | Curso sobre Gestión de Nóminas y Seguros Sociales (Práctica de Salarios y Cotizaciones) | Curso sobre Planes de Igualdad y Brecha Salarial | Curso sobre Práctica en Derecho Procesal-Laboral | Curso sobre Práctica en Despidos | Curso sobre Trabajadores Extranjeros y Expatriados (aspectos fiscales, laborales y retributivos)

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Núm. 451 | Octubre 2020

Directora editorial

M.^a Aránzazu de las Heras García. Doctora en Derecho

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
- [Juan Pablo Borregón Baños](#). Presidente de Aedipe y director de Recursos Humanos de SCI
- [Laura Calafá](#). Profesora titular de Derecho del Trabajo. Università di Verona (Italia)
- [Faustino Cavas Martínez](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia
- [Eva Cifre Gallego](#). Profesora titular de Psicología Social. Universidad Jaume I
- [Manuel Fernández Ríos](#). Catedrático de Psicología Social (Organización y Recursos Humanos). Universidad Autónoma de Madrid
- [Jordi García Viña](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona
- [Ana Gómez Hernández](#). Presidenta de la Asociación Nacional de Laboralistas
- [Celia Gutiérrez Valero](#). PhD, HR Director, Southern Europe & North Africa, de Westcon & Comstor
- [Eugenio Lanzadera Arencibia](#). Doctor en Derecho y Ciencia Política. Profesor de Derecho del Trabajo. Universidad a Distancia de Madrid
- [Loïc Lerouge](#). Director de investigación del Centro Nacional de Investigación Científica. Centro de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social. Université de Bordeaux (Francia)
- [Gianni Loy](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Università degli Studi di Cagliari (Italia)
- [Nelson Manrriich](#). Presidente da Academia Nacional de Direito do Trabalho (Brasil)
- [Verónica Martínez Barbero](#). Directora general de Trabajo. Ministerio de Trabajo y Economía Social
- [Lourdes Mella Méndez](#). Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Santiago de Compostela
- [Antonio Ortega Parra](#). Consejero ejecutivo y director general de Personas, Medios y Tecnología de Bankia
- [Roberto Pereira Costa](#). Presidente de Economistas Asesores Laborales
- [Vanessa Pérez Torres](#). Ayudante doctora de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones. Universidad Rey Juan Carlos
- [José Ramos López](#). Catedrático de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones. Universidad de Valencia
- [Susana Rodríguez Escanciano](#). Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León
- [Alfredo Rodríguez Muñoz](#). Profesor titular de Psicología Social, del Trabajo y Diferencial. Universidad Complutense de Madrid
- [Raquel Sanz Valle](#). Catedrática de Organización de Empresas y Finanzas. Universidad de Murcia
- [Aránzazu Vicente Palacio](#). Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I

Evaluación externa

- [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 (2020) (11 números) 160 €

Solicitud de números sueltos (cada volumen)

Suscriptores/as 20 €

No suscriptores/as 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 las personas suscritas.

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.

© 2020 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

- Hacia una transición ecológica justa en el ámbito de las relaciones de trabajo y la inmigración 5-17
Margarita Miñarro Yanini

Estudios

- Implicaciones jurídico-laborales de la COVID-19: lecciones judiciales para garantizar un futuro más seguro 19-62
Labor legal implications of COVID-19: judicial lessons to ensure a safe future
Premio Estudios Financieros 2020
Roberto Fernández Fernández
- Viejas y nuevas obligaciones en materia de control del tiempo de trabajo 63-107
Old and new obligations regarding control of working time
Anna Ginès i Fabrellas y Juan Peña Moncho
- La necesidad de adaptar ciertos derechos personales y familiares a parejas de hecho y núcleos monoparentales 109-148
The need to adapt certain personal and family rights to common-law partners and single-parent families
Carolina Blasco Jover
- Intimidad y protección de datos como derechos vertebradores en el uso de dispositivos de videovigilancia en el lugar de trabajo 149-184
Privacy and data protection as fundamental rights in the use of surveillance systems in the workplace
Francisco A. González Díaz

Análisis de actualidad

- La indemnización disuasoria por despido arbitrario, entre ortos (auroras) y ocasos (crepúsculos): ¿justicia resarcitoria o «justicia del cadí»? 185-208
Dissuasive compensation for arbitrary dismissal, between sunrise and sunset: compensatory justice or «cadí justice»?
Cristóbal Molina Navarrete

Diálogos con la jurisprudencia

- Sobre la superposición de permisos a descansos o vacaciones. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2020, asunto C-588/18 209-215
Carmen Sánchez Trigueros
- Jornada parcial variable y retribución de las vacaciones. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 394/2020, de 22 de mayo 216-221
Ignacio González del Rey Rodríguez
- Juzgando el derecho a conciliar familia y trabajo con doble perspectiva: infancia y género. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 1 de septiembre de 2020 (rec. 197/2020) 222-231
Glòria Poyatos i Matas
- Determinación del convenio aplicable al personal de empresas multiservicios sin convenio propio: (al fin) la realidad supera la ficción. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 438/2020, de 11 de junio 232-239
Margarita Miñarro Yanini
- Posibilidad de recurrir la sentencia dictada en materia de traslado de centro de trabajo sin cambio de residencia. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 383/2020, de 21 de mayo 240-242
Pilar Palomino Saurina

Recursos humanos

- El doble rol de la inversión en recursos humanos en la desigualdad social 243-278
The dual role of human resource investment in social inequality
Premio Estudios Financieros 2020
Vicente Roca Puig
- Normas de publicación 279-280

Las opiniones vertidas por los autores y las autoras son de su única y exclusiva responsabilidad. 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.

La suscripción a la revista implica la recepción quincenal por correo electrónico de 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>.

Hacia una transición ecológica justa en el ámbito de las relaciones de trabajo y la inmigración

Margarita Miñarro Yanini

Secretaria

Una actitud vital que busca la realización en la obtención unilateral de riquezas no encaja dentro de este mundo porque no contiene ningún principio limitativo en sí misma, mientras que el entorno en el que está ubicada es estrictamente limitado.

E. F. Shumacher (*Lo pequeño es hermoso*)

1. La declaración de emergencia climática y ambiental por parte del Parlamento Europeo, en noviembre de 2019, y posteriormente por el Gobierno de España, por [Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de enero de 2020](#), abrió una nueva etapa de acción por la lucha contra el cambio climático. Este es, sin duda, el mayor desafío global al que se enfrenta el mundo, que se ha considerado que será el mayor reto del siglo XXI. Es por ello precisa y urgente la adopción de medidas generales dirigidas tanto a tratar de atajar o ralentizar sus efectos, como a solventar los problemas causados por las condiciones que origina. A tal fin, exige una respuesta desde las diversas áreas de la vida y por parte de todos los países, que debería ser rápida, coordinada y, en lo posible, simultánea. De este modo, el problema de la emergencia climática se presenta también como reto para la solidaridad interestatal, que, si bien nunca ha sido el «punto fuerte» en el panorama internacional, seguramente en estos tiempos de reafirmación de los Estados y reemergencia de los nacionalismos lo es menos que nunca. No obstante, el problema del clima hace cuestionar los límites artificiales, como son las fronteras, evidenciando la incapacidad de control de los Estados ante su magnitud, puesto que contra él no caben vallas ni aranceles.

Es seguramente esta dimensión universal la que más dificulta la ordenación de una respuesta común, dada la existencia de Estados y partidos políticos que se declaran escépticos ante la realidad del cambio climático, probablemente más por una visión corta de miras, firmemente asentada en modelos inerciales y

El problema de la emergencia climática se presenta también como reto para la solidaridad interestatal, que, si bien nunca ha sido el «punto fuerte» en el panorama internacional, seguramente en estos tiempos de reafirmación de los Estados y reemergencia de los nacionalismos lo es menos que nunca

aterrada ante la idea de reconocer su ineptitud para gestionar tan magno problema y de diseñar un cambio de modelo, que por ceguera ante la evidencia de la crisis climática. No obstante, como erróneamente parecen creer quienes mantienen estas posiciones, economía y protección del clima no son términos antitéticos, sino, muy al contrario, inversión ambiental y beneficio económico pueden y deben ir unidos en la consecución de un **desarrollo socio-económico sostenible, rentable y beneficioso para todos**. De hecho, recurriendo a términos estrictamente económicos, la insostenibilidad del actual «modelo depredador» de recursos naturales y altamente contaminante resulta cada vez más incuestionable. Incluso analizado como «foto fija», no por su profundo arraigo industrial –al vincularse a las bases de la industrialización– resulta menos reprobable el proceder de socializar el daño y privatizar los beneficios, siendo siempre, además, mucho mayores los primeros –salud, medioambiente... que suponen gasto público– que los segundos –de carácter privado–.

2. Es de destacar que esta profunda imbricación en materia económica y social ha quedado evidenciada en el **Acuerdo por la reactivación económica y el empleo**, firmado el 3 de julio entre el Gobierno y los agentes sociales. Este se plantea como un pacto de base para la reactivación de la economía y el empleo tras la profunda crisis provocada por la COVID-19. No obstante, se cuida de manifestar que para lograr tal objetivo no sirven cualesquiera cauces, sino que, aprovechando la crisis como oportunidad de reorientación, incide en la necesidad de lograr el crecimiento económico a través de una economía «verde, digital e inclusiva», como destacó el presidente del Gobierno en su comparecencia en el acto de presentación. En este sentido, el **acuerdo** busca que el crecimiento económico sea sólido y estable, y para ello es preciso que esté «apoyado en la economía verde y la transición ecológica» (punto 1), estableciendo, a tal efecto, el apoyo financiero a las empresas para que puedan abordar los cambios que ha de implicar la «transición verde» (punto 8). Asimismo, como no podía ser de otra manera, incluye esta materia como una de las áreas de acción en las que se han de adoptar acuerdos para acelerar el crecimiento económico y la creación de empleo:

El Acuerdo por la reactivación económica y el empleo busca que el crecimiento económico sea sólido y estable, y para ello es preciso que esté «apoyado en la economía verde y la transición ecológica», estableciendo el apoyo financiero a las empresas para que puedan abordar los cambios que ha de implicar la «transición verde»

[i]mpulsando la transición «verde» del conjunto de los sectores productivos y la economía circular, apostando por la colaboración público-privada y la inversión en la industria, la agricultura y en servicios competitivos, que contribuyan a la transición ecológica y generen empleos de calidad, con el objetivo de no dejar a nadie atrás en la modernización del país (punto 9).

Como se ha podido apreciar, en este **acuerdo** se identifica de forma directa alguna de las áreas sociolaborales que más directamente requieren una «respuesta verde», como es

el empleo «verde de calidad». Si bien ello es perfectamente lógico, dado su objeto, ha de tenerse presente que esta es solo una de las áreas de intervención sociolaborales exigidas por la crisis climática, pero que ni mucho menos las agota.

En este sentido, identifica no ya la importancia, sino la absoluta necesidad de que la economía sea sostenible, lo que no solo implica que sea «verde», sino más ampliamente que se desarrolle en el marco de la transición ecológica justa que imperiosamente debe producirse. Dado que esta no se puede producir de manera mágica e instantánea, sino que se trata de una mudanza que requiere planificación, tiempo y esfuerzo, ello plantea la necesidad de ofrecer soluciones justas a quienes resultan directamente afectados por el tránsito a una economía verde. No obstante, también es imprescindible [arbitrar respuestas adecuadas para atender a quienes han de adaptarse al cambio climático](#).

De este modo, la dimensión sociolaboral de la transición ecológica justa requiere igualmente, entre otras cosas, adaptar las condiciones de trabajo, fundamentalmente las que afecten de forma más directa a la seguridad y salud en el trabajo, a los efectos del cambio climático sobre las personas trabajadoras, a fin de garantizar la prevención de riesgos laborales que pueden incrementarse por obra del calentamiento global. Asimismo, desde una dimensión migratoria, debe darse una respuesta jurídica que tutele a las personas que deben abandonar su casa y sus medios de vida a consecuencia de las alteraciones en los lugares en que han vivido y trabajado, colmando el vacío actualmente existente.

Desde una dimensión migratoria, debe darse una respuesta jurídica que tutele a las personas que deben abandonar su casa y sus medios de vida a consecuencia de las alteraciones en los lugares en que han vivido y trabajado, colmando el vacío actualmente existente

3. Esta última cuestión está tomando gran importancia en la realidad de los últimos tiempos, no por la atención que se le presta, ni mucho menos por las soluciones adoptadas por los Estados, que son nulas –aunque, ante la gravedad de la situación, la inadmisibile evidencia de este vacío bien podría ser noticia–, sino por el peso inexorable de los acontecimientos. De este modo, ya son varias las zonas del planeta que están presentando problemas de habitabilidad para sus residentes por cuestiones climáticas o daño ecológico, provocando importantes movimientos de población dentro y fuera de las fronteras de sus países. Además, el problema no ha hecho más que empezar, pues se agravará en pocos años debido a la subida del nivel del mar, la desertificación, las lluvias torrenciales y otros fenómenos adversos con impacto en el hábitat, sean naturales o provocados de forma directa por intervención humana (deforestación, vertidos tóxicos...). A ello hay que añadir que, aunque en muchas ocasiones la degradación medioambiental pueda no aparecer como la causa directa de estos desplazamientos, con frecuencia los conflictos bélicos que los motivan están ocasionados o se agudizan por la reducción de los recursos naturales y la voluntad de hacerse con su dominio.

La importancia y gravedad de este problema es tal que se considera que es el de mayor magnitud de este siglo XXI. Pese a ello, aunque el tema es objeto de debate, de momento «preocupa más que ocupa», puesto que no se ha producido la necesaria evolución al plano de las actuaciones, que debe suponer la adopción de medidas que den respuesta a esta compleja situación. Evidentemente, la entidad del problema determina que la solución no pueda ser sencilla –ni a nivel teórico ni, desde luego, práctico–, lo que en ningún caso exime de su adopción. Sin duda, esta respuesta debe ser necesariamente jurídica, a fin de resultar suficientemente garantista para las personas afectadas y otorgarles seguridad jurídica.

4. Por lo que respecta a los eventuales cauces de tutela que pueden arbitrarse, aparecen imbricados los planos conceptual y sustancial, mostrando, una vez más, lo insuficientes que resultan a estos efectos las instituciones jurídicas relativas a los movimientos de personas tal y como están definidas en la actualidad. Esta cuestión terminológica reviste suma importancia, puesto que tiene consecuencias prácticas muy significativas. En este sentido, a las personas que abandonan sus países a consecuencia de los efectos del cambio climático se las suele denominar «refugiados climáticos» o «migrantes ambientales», utilizando con frecuencia estos términos como equivalentes, lo que solo podría ser aceptable desde un punto de vista laxo y coloquial, pues ambas expresiones hacen referencia a la situación de quienes se marchan de sus países de origen por no contar en ellos con condiciones adecuadas de vida y se dirigen a otros en los que consideran que sí las tendrán, con vocación de permanencia. No obstante, una interpretación más precisa desde el punto de vista jurídico no puede obviar las importantes diferencias –al menos, teóricas– existentes entre persona «refugiada» e «inmigrante», que además alcanzan a sus garantías, trascendiendo al plano de la intensidad de la tutela que una y otra dispensan. En este sentido, en un plano de construcción formal, la inmigración parece concebirse como una opción de mejora de condiciones de vida para quien la ejerce, que no obstante podría elegir permanecer en su lugar de origen. En consecuencia, dado que no se configura como situación ineludible, el ordenamiento jurídico no reconoce a las personas inmigrantes el derecho inmediato a entrar en el Estado de destino, sino que lo condiciona a que este le conceda la preceptiva autorización a tal efecto –en el caso de España, permiso de residencia y de trabajo–. Muy distinta es la lógica del asilo, puesto que su fundamento es la tutela de los bienes jurídicos de la vida y la libertad, por lo que se presenta como situación inexorable. Por ello, constituye un derecho humano dotado de mayor protección, dado que se reconoce al solicitante no solo el derecho a salir de su Estado de origen, sino también de entrar en otro Estado seguro, cumpliendo los trámites de la solicitud.

A las personas que abandonan sus países a consecuencia de los efectos del cambio climático se las suele denominar «refugiados climáticos» o «migrantes ambientales», utilizando con frecuencia estos términos como equivalentes, lo que solo podría ser aceptable desde un punto de vista laxo y coloquial

Con todo, la definición del asilo que formulan los textos jurídicos que lo regulan suma exigencias que complican el reconocimiento de tal condición a quienes han de abandonar sus países por cuestiones climáticas o ambientales. En este sentido, según la Convención de Ginebra, persona refugiada es quien, debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas,

se ve obligado a abandonar el país en el que reside habitualmente a fin de evitar un riesgo para su vida o su libertad. La [Directiva 2011/95/UE, de 13 de diciembre](#), sobre requisitos para el reconocimiento de asilo, y la española [Ley 12/2009, de 30 de octubre](#), reguladora del derecho de asilo, si bien acogen el cauce de ampliación de la protección subsidiaria, recogen los puntos básicos de esta noción, tomando como eje de la protección el «temor a ser perseguido». Además, los artículos 6 de la [Directiva 2011/95](#) y [13 de la Ley 12/2009](#) incluso precisan, aunque sin carácter taxativo, quiénes pueden ser los «agentes perseguidores» –Estado, partidos u organizaciones que controlan todo o parte del Estado y agentes no estatales, si se demuestra que los primeros no pueden o no quieren proporcionar protección–. De este modo, la existencia de persecución determinante de la imposibilidad de permanecer en el país de origen se erige como elemento central de la definición del asilo, siendo condición necesaria para reconocer el estatus jurídico de «persona refugiada».

Relacionando estas nociones con la situación de las personas que abandonan sus países por causas climáticas, puede concluirse que no encajan en la noción de inmigrante, puesto que esta presupone, desde un punto de vista teórico, que, aunque optan por la salida como la alternativa más conveniente, tienen la posibilidad de permanecer en aquellos. No obstante, en los supuestos examinados, la opción de permanecer en los países de origen no existe, sea por hacerse imposible vivir dignamente en ellos o, en los casos más extremos, sea por haber dejado de existir. Esta falta de alternativa a la salida determina que se ajuste mucho mejor a la figura del asilo, que parte de la necesidad imperiosa de abandonar el país de origen. Con todo, no concurren las concretas exigencias establecidas por las normas reguladoras, pues falta el requisito de la «persecución», así como los motivos específicos que la provocan, sin que puedan incluirse en los consiguientes colectivos delimitados, pues técnicamente los afectados no se consideran «grupo determinado» dado que la incidencia de los fenómenos climáticos es general e indiferenciada. Asimismo, estas personas no tienen la posibilidad de regresar a sus hogares cuando desaparezca la causa que motiva la salida, puesto que esta es irreversible. Por ello no se ajusta al concepto jurídico estricto de asilo, por lo que técnicamente no se acepta como válida la noción de «persona refugiada climática».

5. No obstante, ello supone interpretar de forma restrictiva un derecho humano, en contra del criterio hermenéutico que obliga a superar interpretaciones formalistas a fin de tutelar

La definición del asilo que formulan los textos jurídicos que lo regulan suma exigencias que complican el reconocimiento de tal condición a quienes han de abandonar sus países por cuestiones climáticas o ambientales

efectivamente derechos y principios superiores. Esto se debe a que la situación que sufren quienes han de salir de sus Estados por fenómenos climáticos extremos es una huida de lo inexorable sin más alternativas, que es precisamente la base del reconocimiento del asilo. Por ello, sustancialmente, en términos amplios o teleológicos, se produce el ajuste entre una y otro dado el carácter forzoso de la partida, que es realmente el elemento esencial en la noción de asilo. A ello hay que añadir que la condición de «personas refugiadas climáticas» se vincula con el derecho de tercera generación de disfrutar de un medioambiente saludable, cuya base es la solidaridad, determinando este elemento axiológico que deba hacerse efectivo a través del también derecho humano de asilo. Por esta razón, se considera inadecuado reconducirlos a la inmigración económica, puesto que –teóricamente– en esta la salida del país se presenta como fórmula opcional y voluntaria, siendo, por eso mismo, una vía que no ofrece una solución cierta, pues queda condicionada al cumplimiento de los requisitos del eventual Estado receptor.

Pese a todo ello, y aunque apremia encontrar una respuesta a estas situaciones, subsisten las resistencias a aceptar como tales a las personas refugiadas climáticas, por temor a menoscabar el estatus internacional ligado al asilo y a que su ámbito se desborde. Ante la inexistencia hasta el momento de alternativas garantistas en un plano general, este rechazo podría suponer una condena a convertirse en apátridas para quienes padecen esta situación.

No obstante, algunos Estados se han mostrado más sensibles frente a este problema. Es el caso de Noruega y Suiza, que, tras la Conferencia sobre «Cambio climático y desplazamiento en el siglo XXI», celebrada en Oslo en 2011, impulsaron la «[Iniciativa Nansen](#)» a fin de establecer cauces de protección para las personas desplazadas climáticas –dentro o fuera de sus países–. Asimismo, algunos países nórdicos, como [Suecia](#) y Finlandia (también Dinamarca), han concedido el «asilo climático» de forma individual, a través de cláusulas legales abiertas o mediante la aplicación flexible de sus normas de asilo.

Con todo, pese a lo loables que resultan estos esfuerzos por proteger a las personas afectadas, no dejan de ser respuestas individuales, casi anecdóticas por minoritarias, a un problema global de enorme entidad. Exige, por ello, articular cauces jurídicos a fin de dar una respuesta adecuada, homogénea y segura a estas realidades. En la situación actual y contando con las alternativas jurídicas existentes, el asilo resulta la opción más garantista, pero su aplicación exigiría vencer las resistencias a superar el concepto rígido marcado por el Convenio de Ginebra para adaptarlo a las nuevas realidades y necesidades, ampliando con ello su utilidad social. Sin embargo, recientemente la interpretación de una norma internacional ha puesto de manifiesto la existencia de otras posibles opciones.

La situación que sufren quienes han de salir de sus Estados por fenómenos climáticos extremos es una huida de lo inexorable sin más alternativas, que es precisamente la base del reconocimiento del asilo. Por ello, sustancialmente, en términos amplios o teleológicos, se produce el ajuste entre una y otro dado el carácter forzoso de la partida, que es realmente el elemento esencial en la noción de asilo

6. En este sentido, de importancia histórica es la [Decisión del Comité de Derechos Humanos de la ONU de 7 de enero de 2020](#) (en adelante, Decisión), a la que los medios han dado gran difusión, si bien reproduciendo el titular confuso de una nota de prensa de la organización que indica que «[el Comité de Derechos Humanos abre la puerta a solicitudes de asilo por cambio climático](#)», lo que queda desmentido por la lectura de la resolución. Esta vino motivada por la denuncia de Ioane Teitiota, ciudadano de Kiribati –un archipiélago del océano Pacífico especialmente vulnerable al cambio climático al encontrarse solo 2 metros sobre el nivel del mar– que residió legalmente en Nueva Zelanda desde 2007 a 2010, y que en 2012 solicitó asilo en ese Estado alegando la imposibilidad de regresar a su país de origen por razones climáticas. La norma neozelandesa con base en la que formuló su solicitud, de 2009, regula el acceso a las condiciones de persona refugiada y protegida en virtud de convenios y pactos para la protección de la vida y contra la tortura. Su petición fue desestimada, así como los sucesivos recursos que interpuso ante instancias neozelandesas frente a la misma, siendo deportado a Kiribati junto a su familia en 2015. Agotados los recursos judiciales nacionales, el señor Teitiota plantea su denuncia ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU (en adelante, Comité), aduciendo violación del derecho a la vida con apoyo en el artículo 6 del [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos](#) (PIDCP). La Decisión del órgano internacional, si bien es igualmente desestimatoria –aunque con dos «opiniones individuales discrepantes»– por considerar que en este caso concreto no existía peligro inminente, abre otro posible horizonte para la protección de personas que han de salir de sus Estados a consecuencia del cambio climático.

Esta resolución no solo resulta interesante por la concreta respuesta que el Comité da al caso y, más aún, por sus afirmaciones generales sobre el tema. Más ampliamente, refleja la percepción y sensibilidad que ante este tienen los tribunales de Estados que ya se están viendo afectados por los efectos del cambio climático, bien por sufrir las consecuencias directamente o bien por ubicarse cerca de estos y ser por ello «destinos naturales» de su población. Asimismo, aunque parece haber sido obviado en los titulares de los medios que se han hecho eco de esta Decisión, apunta a otra posible opción de tutela jurídica para estas

De importancia histórica es la [Decisión del Comité de Derechos Humanos de la ONU de 7 de enero de 2020](#), a la que los medios han dado gran difusión, si bien reproduciendo el titular confuso de una nota de prensa de la organización que indica que «[el Comité de Derechos Humanos abre la puerta a solicitudes de asilo por cambio climático](#)», lo que queda desmentido por la lectura de la resolución

Aunque parece haber sido obviado en los titulares de los medios que se han hecho eco de esta Decisión, apunta a otra posible opción de tutela jurídica para estas situaciones al margen del asilo, lo que resulta muy interesante puesto que generalmente no se plantean alternativas que supongan una garantía real más allá de dicho derecho, que podría ser una solución adecuada de persistir las resistencias a [flexibilizar sus requisitos](#)

situaciones al margen del asilo, lo que resulta muy interesante puesto que generalmente no se plantean alternativas que supongan una garantía real más allá de dicho derecho, que podría ser una solución adecuada de persistir las resistencias a flexibilizar sus requisitos. Igualmente, en fin, recoge el testimonio descarnado de lo que suponen los efectos del cambio climático.

En este sentido, dado que las circunstancias concretas del caso son esenciales para determinar si se produce la vulneración de derechos denunciada, la Decisión recoge una prolija descripción de los efectos que el cambio climático provoca en Tarawa, la isla de Kiribati en la que reside el señor Teitiota, y en todo el Estado, algunos de ellos perceptibles desde la década de los noventa. Así, a través de la transcripción de fragmentos obrantes en autos de la declaración del actor, el testimonio de su esposa, un informe pericial y las apreciaciones de las diversas instancias judiciales, el texto de la resolución refleja un panorama en el que la subida del nivel del mar y las cada vez más frecuentes tormentas y ciclones han anegado, erosionado e incomunicado amplias zonas de territorio, haciéndolas inhabitables. Ello ha provocado que sus habitantes hayan debido desplazarse hacia otras zonas que todavía permanecen secas al menos durante gran parte del año, causando en estas problemas de superpoblación. Además, en estas áreas, por efecto de la subida del nivel del mar, se ha producido la salinización del agua potable y también de la tierra, que se ha convertido en estéril. Esta escasez de tierras cultivables genera frecuentes conflictos y actos violentos entre los habitantes de la región. Asimismo, el hacinamiento provoca enfermedades y epidemias, así como problemas de contaminación por la dificultad de gestionar el amplio volumen de residuos generados. De este modo, la Decisión refleja extensamente una evidencia de la que muchas veces parece que no se tiene suficiente consciencia, que es que los efectos del cambio climático se padecen no solo en las zonas que ya han devenido directamente inhabitables, sino también en las aledañas, que, antes de sufrir el mismo destino que las primeras, soportan un periodo de deterioro del medio y superpoblación que degradan las condiciones de habitabilidad. En definitiva, el cambio climático provoca un problema superlativo, de alcance global, puesto que comprende todas las esferas de la vida, si bien se hace especialmente evidente en zonas cuyos medios de subsistencia y economía se asientan de manera absolutamente preponderante en el sector primario.

7. Por lo que respecta a la respuesta de los órganos que han examinado la solicitud del señor Teitiota, es de destacar que todos ellos muestran sensibilidad ante la realidad que la motiva. En este sentido, si bien lo que ha trascendido a los medios es la posición general favorable a dar protección jurídica a estas situaciones –aunque considere que no procede en el caso concreto– del Comité de Derechos Humanos, dada la importancia de este órgano y su carácter internacional, es de destacar que esa es también la respuesta que dieron al

Si bien lo que ha trascendido a los medios es la posición general favorable a dar protección jurídica a estas situaciones del Comité de Derechos Humanos, dada la importancia de este órgano y su carácter internacional, es de destacar que esa es también la respuesta que dieron al caso los órganos que examinaron la solicitud previamente

caso los órganos que examinaron la solicitud previamente. Con todo, existen algunos matices reseñables entre las posiciones de unos y otro.

De este modo, el Tribunal de Inmigración y Protección, que es el que resolvió en primera instancia su solicitud de asilo, aunque parte de que «while in many cases the effects of environmental change and natural disasters will not bring affected persons within the scope of the Refugee Convention», señala que «no hard and fast rules or presumptions of non-applicability exist». Por ello, incide en que se debe atender a las circunstancias particulares del caso concreto. En consecuencia, como afirma el Comité de Derechos Humanos en su Decisión, este tribunal, si bien «issued a negative decision [...] did not exclude the possibility that environmental degradation could "create pathways into the Refugee Convention or protected person jurisdiction"». Aunque no constan detalles de la resolución del tribunal de apelación, más allá de su signo desestimatorio, sí se indica que, en la instancia superior, el Tribunal Supremo «did not rule out the possibility that environmental degradation resulting from climate change or other natural disasters could "create a pathway into the Refugee Convention or other protected person jurisdiction"». Así, pese a haberse mostrado abiertos de modo genérico a la protección de las personas afectadas por el cambio climático mediante la figura del asilo u otro tipo de protección –en relación con la segunda vía contemplada en la norma neozelandesa–, en este caso entienden que el actor no ha presentado pruebas específicas que demuestren que en Kiribati se enfrenta a un riesgo concreto, inminente y real para su vida o para su subsistencia, sino que ha apoyado su solicitud en referencias a peligros generales, suposiciones y conjeturas.

8. Sobre esta base, el Comité de Derechos Humanos de la ONU admite el examen de la denuncia del señor Teitiota, al comprobar que ha cumplido los requisitos formales para ello y –sumamente importante a los efectos tratados– porque:

[b]ased on the information the author presented to the domestic authorities and in his communication, the Committee considers that the author sufficiently demonstrated, for the purpose of admissibility, that due to the impact of climate change and associated sea level rise on the habitability of the Republic of Kiribati and on the security situation in the islands, he faced as a result of the State party's decision to remove him to the Republic of Kiribati a real risk of impairment to his right to life under article 6 of the Covenant.

En suma, en esta fase inicial, considera que los indicios de posible vulneración de derechos presentados por el actor son los necesarios y suficientes para proceder al examen de fondo del caso.

Se infiere, por lo tanto, una posición, genérica y de partida, favorable a la protección de las personas de entornos castigados por las consecuencias del cambio climático. Esta

se corrobora de forma expresa en el texto de la Decisión, en la que el Comité afirma que «environmental degradation can compromise effective enjoyment of the right to life, and that severe environmental degradation can adversely affect an individual's well-being and lead to a violation of the right to life». En consecuencia, coincide con los tribunales de las instancias previas al entender que, efectivamente, las personas víctimas de los efectos adversos del cambio climático pueden ser merecedoras de tutela. No obstante, se aparta de estas en un aspecto lógico y esencial que se considera muy importante a efectos de interpretar la Decisión del Comité adecuadamente desde la perspectiva jurídica, que ha sido obviado por las notas de prensa publicadas sobre esta Decisión.

En este sentido, no incide en el asilo más que tangencialmente, y solo para poner de manifiesto sus limitaciones. Señala así que:

The obligation not to extradite, deport or otherwise transfer pursuant to article 6 of the Covenant may be broader than the scope of the principle of non-refoulement under international refugee law, since it may also require the protection of aliens not entitled to refugee status.

De este modo, destaca el mayor alcance que dispensa la protección del derecho a la vida derivada del artículo 6 del PIDCP mediante la prohibición de extraditar o deportar que la que ofrece el asilo a través de la obligación de no devolución. Con ello reconoce, a los efectos que aquí interesan, dos cuestiones aparentemente evidentes, pero a las que parece no se ha atendido suficientemente en los titulares sobre esta Decisión aparecidos en los medios. Por una parte, que la protección a través del asilo es estrecha, debido a la restricción y rigidez de la definición de este derecho. Por otra, que la protección del derecho a la vida ex artículo 6 del PIDCP y el derecho de asilo son dos vías distintas de tutela, pese a que la norma neozelandesa incluya ambas. Esta clara diferenciación, que apuntaban las instancias previas –que se referían a «the Refugee Convention or protected person jurisdiction» y «the Refugee Convention or other protected person jurisdiction»–, pero en la que no habían abundado, es esencial para comprender la importancia y alcance de esta resolución.

Así, partiendo de ello, el Comité se centra en examinar si la devolución del señor Teitiota

Se infiere, por lo tanto, una posición, genérica y de partida, favorable a la protección de las personas de entornos castigados por las consecuencias del cambio climático, que se corrobora de forma expresa en el texto de la Decisión

Destaca el mayor alcance que dispensa la protección del derecho a la vida derivada del artículo 6 del PIDCP mediante la prohibición de extraditar o deportar que la que ofrece el asilo a través de la obligación de no devolución

a Kiribati vulneró su derecho a la vida en los términos del artículo 6 del PIDCP, que es su referente normativo. Con esa finalidad, el Comité trata de delimitar este derecho, a cuyo efecto trae a colación las Observaciones generales números 31 y 36, en las que señala la obligación de los Estados parte de no expulsar de sus territorios a las personas cuando exista riesgo para su vida o puedan sufrir tortura, trato cruel, inhumano o degradante, y que el derecho a la vida supone el disfrute de una vida digna, respectivamente. Asimismo, en conexión con esta segunda idea, incide en que en ningún caso puede darse una interpretación restrictiva al derecho a la vida. No obstante, el Comité precisa que, a efectos de activar este cauce de tutela, los riesgos para la vida aducidos por los solicitantes deben ser concretos, reales y de suficiente entidad, sin que en ningún caso puedan estar basados en condiciones generales de los Estados o en situaciones hipotéticas. Por lo tanto, deben atenderse las circunstancias particulares de cada caso para comprobar si efectivamente se dan tales condiciones.

En su evaluación de si la Decisión de Nueva Zelanda de trasladar al actor y su familia a Kiribati fue justificada y oportuna o, por el contrario, resultó arbitraria o errónea, el Comité considera que el Estado examinó minuciosamente las declaraciones y pruebas del actor, aunque después concluyera que de ellas no se deducía que debiera enfrentarse a un riesgo real, personal y razonablemente previsible para su vida, ni por actos violentos resultantes del hacinamiento o disputas de tierras, ni por carecer de agua dulce, ni por quedar condenado a la indigencia por falta de recursos que imposibilitaran una vida digna. Asimismo, entiende que las autoridades neozelandesas estimaron que ya se estaban realizando esfuerzos por parte de la República de Kiribati para reducir las vulnerabilidades existentes, y que había margen para que estas fueran reforzadas por la intervención de la comunidad internacional. Concluye el Comité que:

While the author disagrees with the factual conclusions of the State party, the information made available to it does not demonstrate that the conduct of the judicial proceedings in the author's case was clearly arbitrary or amounted to a manifest error or denial of justice, or that the courts otherwise violated their obligation of independence and impartiality.

Y, de este modo, desestima su solicitud.

En consecuencia, en esta Decisión, el Comité afirma de forma directa y expresa la posibilidad de dar protección *ex* artículo 6 del PIDCP a quienes han de abandonar sus Estados por la imposibilidad de llevar en ellos una vida digna a consecuencia de los efectos del cambio climático.

El Comité se centra en examinar si la devolución del señor Teitiota a Kiribati vulneró su derecho a la vida en los términos del artículo 6 del PIDCP, que es su referente normativo

En esta Decisión, el Comité afirma de forma directa y expresa la posibilidad de dar protección *ex* artículo 6 del PIDCP a quienes han de abandonar sus Estados por la imposibilidad de llevar en ellos una vida digna a consecuencia de los efectos del cambio climático

No obstante, en contra de lo que apuntaban los titulares de los medios que se hicieron eco de la misma, en ningún caso el Comité reconduce la situación de las personas que han de huir de sus países por cuestiones climáticas a la de refugiadas. Tal conclusión es sin duda errónea, pues únicamente puede encontrarse alguna relación de la Decisión con el derecho de asilo en el sentido de que la denuncia originaria se refiere a la ley neozelandesa de 2009, que acoge conjuntamente los cauces de tutela de persona refugiada y de persona protegida en virtud de convenios y pactos para la protección de la vida y contra la tortura. Sin embargo, el Comité solo se pronuncia sobre esta última vía, coherentemente con su ámbito competencial directo, y las únicas referencias que realiza al asilo son para indicar su más restringido alcance aplicativo. En consecuencia, como se ha expuesto en las anteriores líneas, lo que hace es reconocer que la vía genérica de la protección del derecho a la vida del artículo 6 del PIDCP puede amparar las solicitudes de tutela de quienes padecen las consecuencias del cambio climático. Ni más ni menos.

Pero en ningún caso el Comité reconduce la situación de las personas que han de huir de sus países por cuestiones climáticas a la de refugiadas

9. Es cierto que la medida inmediata de protección dispensada por ambos cauces consiste igualmente en la prohibición de devolución/deportación de la persona que sufre el riesgo a su país de origen, pero desde luego la eventual aplicación de una u otra no resulta en absoluto indiferente. Ello es así porque al derecho de asilo se vincula un contenido definido, que comprende un catálogo de garantías concretas que refuerzan su eficacia, de las que carece la genérica protección del derecho a la vida que dispensa el artículo 6 del PIDCP. Es por ello por lo que reconocer a quienes han de abandonar sus países por efecto del cambio climático la condición de personas refugiadas climáticas, a través de una flexibilización de la definición del asilo, sería una solución más garantista.

Además, ello resultaría coherente con el principio de solidaridad que inspira este derecho, puesto que los países más afectados por el cambio climático, paradójicamente, con frecuencia basan su subsistencia en el sector primario, con una industria escasamente desarrollada y poco contaminante, por lo que al darles protección los Estados de acogida, más desarrollados y también más contaminantes, estarían de algún modo restableciendo un equilibrio solidario. Con todo, ello exigiría redefinir en términos más laxos el asilo, para sortear el óbice que ahora supone la exigencia estricta del requisito de la persecución y de los motivos concretos que la provocan. A tal fin, aunque podría realizarse una reforma a tal efecto para integrar a las personas «refugiadas climáticas», tampoco sería imprescindible, puesto que podría suplirse por vía interpretativa, como ya han hecho algunos –pocos– países, según quedó expuesto. En este sentido, como bien apunta el Tribunal de Inmigración y Protección y recoge la Decisión examinada, se trata de una «cuestión de aplicación».

10. Con todo, volviendo a la Decisión y a su contenido real, el hecho de que no responda a los llamativos titulares de los medios no puede restarle la importancia que, sin duda, ha de atribuírsele. En este sentido, supone el reconocimiento por parte del Comité de que las personas que han de abandonar sus países de origen a consecuencia de los efectos del cambio climático tienen derecho a no ser deportadas por la vía de la tutela del derecho a la vida del artículo 6 del PIDCP. Es cierto que este cauce es genérico y que, más allá de la prohibición de expulsión, carece de perfiles y garantías precisos. Con todo, es un primer paso que podría consolidarse, bien con una regulación complementaria y específica que contemplara las peculiaridades de este concreto supuesto, bien a través de posibles futuras decisiones que dicte el Comité en respuesta a nuevas reclamaciones formuladas en aplicación de su [Protocolo facultativo](#), en las que vaya perfilando las condiciones y garantías vinculadas a la protección ex artículo 6 del PIDCP de las personas que hayan de abandonar sus países a consecuencia del cambio climático.

En suma, en esta Decisión, el Comité realiza la nada desdeñable aportación de admitir la existencia de otra vía jurídica hábil para la protección de quienes padecen tales situaciones, que supone un importante avance dadas las persistentes resistencias a flexibilizar el asilo para reconocer a las «personas refugiadas climáticas» y la falta de otras alternativas. Es cierto que la generalidad del bien jurídico protegido y la inespecificidad de su base jurídica pueden plantear algunos problemas relacionados con la intensidad tuitiva. No obstante, que no sea una respuesta jurídica perfecta no le resta valor, pues marca un hito que podría evolucionar hacia una solución más precisa

y ajustada. Es por ello por lo que se considera que es una Decisión positiva e importante que, ante la gravedad creciente del problema del cambio climático y la falta de respuestas jurídicas específicas para proteger a quienes a consecuencia de este deben salir de sus países, con las debidas adaptaciones y concreciones acerca de su estatuto jurídico, podría llegar a consolidar el cauce de tutela *ad futurum* de la «protección por razones climáticas».

Es una Decisión positiva e importante que, ante la gravedad creciente del problema del cambio climático y la falta de respuestas jurídicas específicas para proteger a quienes a consecuencia de este deben salir de sus países, con las debidas adaptaciones y concreciones acerca de su estatuto jurídico, podría llegar a consolidar el cauce de tutela *ad futurum* de la «protección por razones climáticas»

Cómo citar: Miñarro Yanini, Margarita. (2020). Hacia una transición ecológica justa en el ámbito de las relaciones de trabajo y la inmigración. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 451, 5-17.



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

Implicaciones jurídico-laborales de la COVID-19: lecciones judiciales para garantizar un futuro más seguro

Roberto Fernández Fernández

*Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de León*



Este trabajo ha obtenido el **Premio Estudios Financieros 2020** en la modalidad de **Derecho del Trabajo y Seguridad Social**.

El jurado ha estado compuesto por: doña Verónica Martínez Barbero, don Faustino Cavas Martínez, don Jordi García Viña, doña Lourdes Mella Méndez, don Cristóbal Molina Navarrete, doña Susana Rodríguez Escanciano y doña Aránzazu Vicente Palacio.

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

Extracto

La situación provocada por la pandemia de la COVID-19 ha dado lugar no solamente a la declaración de un estado de alarma con una duración nunca vista desde la restauración de la democracia en España, sino también a la promulgación de una gran profusión de normas destinadas a regular la nueva realidad, que ha tenido que aceptar la ciudadanía como consecuencia de la veloz propagación con la que se transmitía la enfermedad. El derecho del trabajo y de la Seguridad Social no ha sido ajeno a la producción normativa excepcional y temporal surgida durante este convulso periodo. En este sentido, además de las disposiciones de contenido laboral recogidas en los reales decretos de alarma, se han dictado un buen número de reales decretos-leyes y órdenes ministeriales que vienen a afectar a instituciones propias de esta área jurídica de conocimiento. Aun cuando todavía es pronto para conocer el alcance de toda la regulación laboral promulgada, el presente trabajo ha pretendido analizar la misma a partir de las resoluciones judiciales que se han publicado hasta el momento en torno a esta regulación, y se puede decir que ya es posible alcanzar ciertas conclusiones parciales sobre determinadas materias en las cuales ya han recaído un número no desdeñable de resoluciones judiciales, en particular en lo que se refiere a la prevención de riesgos del personal esencial, sobre todo del sector sanitario.

Palabras clave: COVID-19; estado de alarma; personal esencial; servicios sanitarios.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2020

Cómo citar: Fernández Fernández, Roberto. (2020). Implicaciones jurídico-laborales de la COVID-19: lecciones judiciales para garantizar un futuro más seguro. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 451, 19-62.



Labor legal implications of COVID-19: judicial lessons to ensure a safe future

Roberto Fernández Fernández

Abstract

The situation caused by the COVID-19 pandemic has led not only to the declaration of a state of alarm with a duration never seen since the restoration of democracy in Spain, but also to the promulgation of a great profusion of regulations aimed at to order the new reality, which citizens have had to accept as a consequence of the rapid spread with which the disease was transmitted. Labor and Social Security Law has not been immune to the exceptional and temporary normative production that arose during this troubled period. In this sense, in addition to the labor content provisions collected in the royal alarm decrees, a good number of royal decrees-laws and ministerial orders have been issued that affect the institutions of this legal area of knowledge. Even though it is still too early to know the scope of all the labor regulations issued, the present work has tried to analyze them based on the judicial decisions that have been issued so far regarding this regulation, being able to say that they can already be achieved certain partial conclusions on certain matters in which a not inconsiderable number of court decisions have already fallen, in particular as regards the prevention of risks of essential staff, especially in the health sector.

Keywords: COVID-19; state of alarm; essential staff; health secto.

Citation: Fernández Fernández, Roberto. (2020). Labor legal implications of COVID-19: judicial lessons to ensure a safe future. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 451, 19-62.





Sumario

1. Contextualización de una pandemia de ciencia ficción (hasta el momento) para las sociedades más avanzadas
2. El estado de alarma y sus efectos en el marco del sistema de relaciones laborales: dudas sobre la constitucionalidad de la restricción a la movilidad de la población decretada por el Gobierno
3. El derecho del trabajo durante el estado de alarma: repercusiones en la práctica judicial de unas soluciones insólitas para una situación inédita
 - 3.1. La idoneidad del real decreto-ley para gobernar esta situación de urgencia
 - 3.2. La protección de seguridad y salud laboral del personal esencial especialmente expuesto al contagio por COVID-19
 - 3.2.1. La protección del personal esencial a través de la adopción de medidas de protección cautelarísimas
 - 3.2.2. La negativa a adoptar medidas cautelarísimas de protección de las personas empleadas esenciales
 - 3.3. Las previsiones destinadas a asegurar el principio de estabilidad en el empleo y conservación del contrato de trabajo: el ERTE o la reducción de jornada como mecanismos para evitar el fin del vínculo laboral
4. Breves conclusiones finales

Referencias bibliográficas

A mi ángel en el cielo, María José, porque desde allá arriba está cuidando y velando por un amigo que la añora mucho. A su familia, Chechu, María, Jaime y Arturo, para que esta dedicatoria mitigue en parte el dolor de su pérdida.

A mi ángel en la tierra, Ana, por haber transformado mi mundo y darme los mejores momentos de mi vida sentimental; por un presente dichoso y un futuro esperanzador y compartido.

A mis padres, Charo y Benigno, y mis hermanos, Miguel, Naty y Edu, por su apoyo y ayuda constante, porque sin ellos este trabajo no hubiera podido realizarse. Mi agradecimiento por saber perdonar y comprender mis ausencias para poder alcanzar mis metas profesionales.

1. Contextualización de una pandemia de ciencia ficción (hasta el momento) para las sociedades más avanzadas

Cuando el pasado 31 de diciembre de 2019 la Comisión Municipal de Salud y Sanidad de Wuhan (provincia de Hubei, China) informó sobre la existencia de 27 casos de neumonía cuya causa era desconocida, con unos síntomas iniciados el 8 de diciembre, y sin poder identificar la fuente del brote, pocas personas conocían el impacto que iba a tener dicha dolencia. El 7 de enero de 2020, las autoridades chinas señalaron que el patógeno causante del brote pertenecía a la familia de los coronavirus, en concreto, el SARS-Cov-2 causante de la enfermedad COVID-19 (acrónimo de *Coronavirus Disease 2019*). Como consecuencia de su rápida y veloz transmisión, el 30 de enero de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró la situación en el país asiático como emergencia de salud pública de importancia internacional. Pues bien, tras esos acontecimientos ni la ciudadanía ni las personas dirigentes de los países más avanzados podían prever las devastadoras consecuencias que dicho virus ha provocado, está provocando y seguirá haciéndolo a nivel global.

En efecto, las diferentes variantes del síndrome respiratorio agudo severo (SARS), la gripe aviar o el ébola, por citar solamente algunos ejemplos, eran problemas de países o zonas del mundo alejadas de las potencias occidentales y de las principales economías y no habían pasado de ser un foco de enfermedad focalizado en diferentes zonas del planeta, pero sin una repercusión en los países denominados del primer mundo.

No hay que olvidar, como ha recogido expresamente alguna resolución judicial, partiendo del conocimiento científico (escaso aún, cabe lamentar) sobre la materia, que:

Los coronavirus son una familia de virus que causan infección en los seres humanos y en una variedad de animales, enfermedad zoonótica, lo que significa que pueden transmitirse de los animales al hombre y pueden producir cuadros clínicos que van desde el resfriado común con patrón estacional en invierno hasta otros más graves como los producidos por los virus del síndrome respiratorio agudo grave,

[...] [de manera] que la vía de transmisión entre humanos se considera similar a la descrita para otros coronavirus a través de las secreciones de personas infectadas, principalmente por contacto directo con gotas respiratorias y las manos o los fómites contaminados con estas secreciones seguido del contacto con la mucosa de la boca, nariz u ojos [no existiendo] [...] un tratamiento específico para esta enfermedad hasta la fecha¹, causando en aquellos casos más graves la muerte del paciente como consecuencia de un fallo alveolar masivo y una insuficiencia respiratoria progresiva (Xu *et al.*, 2020, p. 1).

Sin embargo, y a pesar de pertenecer a la misma familia que los SARS-CoV, la COVID-19 se replica muy eficientemente en el tracto respiratorio superior de las personas y, aun cuando parecen tener un inicio menos brusco de síntomas una vez infectadas, estas producen una gran cantidad de virus en dicha zona durante la fase asintomática de la enfermedad, de manera que al moverse y realizar actividades de la vida cotidiana contribuyen a propagar más fácil y rápidamente la infección (Heymann y Shindo, 2020, p. 543), lo que ha llevado a la comunidad científica a hablar de cuatro incógnitas importantes que impiden por el momento encontrar un tratamiento o vacuna totalmente eficaz contra el virus: la tasa de letalidad, si antes de presentar síntomas una persona puede infectar a otras, la posibilidad de un gran número de personas asintomáticas o, en fin, el periodo de duración de la infección (Anderson *et al.*, 2020, pp. 931-932).

En este sentido, la posibilidad de una pandemia global que pusiera en jaque los sistemas sanitarios de los países más avanzados solamente era un asunto de ciencia ficción y que la ciudadanía occidental veía a través del cine o las pantallas de televisión mediante filmes como *Contagio*, *Epidemia*, *Doce monos*, *Soy leyenda* o, por no seguir, *Guerra Mundial Z*.

Sin embargo, la realidad, como en tantas otras ocasiones, nos ha vuelto a enseñar la fragilidad del ser humano, y de ser un problema de China que no traspasaría sus fronteras y no se convertiría en una cuestión mundial, se ha transformado en uno de los mayores retos a los que tiene que enfrentarse la comunidad internacional desde la II Guerra Mundial y, fuera de los contextos bélicos y vinculados a cuestiones sanitarias, estamos ante una situación no acaecida desde la «mal llamada» gripe española sobrevenida entre 1918 y 1920 y

¹ Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Valladolid de 13 de marzo de 2020 (proc. núm. 1/2020).

«Los signos más habituales de la infección incluyen síntomas respiratorios, fiebre, tos y dificultad respiratoria. En los casos más severos, la infección puede causar neumonía, síndrome respiratorio severo, fallo renal y muerte. Los casos más graves generalmente ocurren en personas ancianas o que padecen alguna otra enfermedad. Según los datos preliminares del brote, las autoridades chinas han calculado que el periodo de incubación de COVID-19 es de 2-12 días, con un promedio de 7 días. Por analogía con otros coronavirus se estima que este periodo podría ser de hasta 14 días» (Auto del Juzgado de lo Social núm. 1 de León de 6 de abril de 2020, proc. núm. 239/2020).

que segó la vida de cerca de 40 millones de personas en todo el mundo². Así, en un mundo globalizado como el actual se ha desterrado la idea de que un país pueda actuar como una isla ante una enfermedad zoonótica como la actual, siendo una irresponsabilidad pensar que el cierre de fronteras contendrá la epidemia una vez esta se ha asentado en varios países (McKibbin y Fernando, 2020, p. 25), con lo cual la cooperación internacional y el trabajo coordinado se hace cada vez más indispensable, pues, compartiendo la opinión de uno de los mayores especialistas españoles sobre el acervo comunitario, «no hacen falta mudanzas en tiempos de tribulaciones, sino que es suficiente con no olvidar que, sin una Europa Social, la de los mercaderes no puede sobrevivir» (Miranda Boto, 2020, p. 516).

Ante la vertiginosa evolución de los acontecimientos, el 11 de marzo de 2020, la OMS declara la situación de pandemia internacional dada la crisis sanitaria sin precedentes en los últimos 100 años que había provocado la COVID-19, consecuencia de su rápida propagación por todos los países del mundo³, el alto número de personas infectadas y las elevadas cifras de mortalidad que se iban haciendo públicas⁴.

Las cifras estadísticas, muchas veces frías, dan cuenta de la gravedad de la situación. Así, según datos facilitados por las autoridades españolas a fecha 24 de septiembre de 2020, a nivel mundial se habían notificado 31.425.029 casos y la cifra de personas fallecidas se situaba en 967.164. Con respecto a España habían sido notificados un total de 704.209 casos confirmados de COVID-19 por PCR y 31.118 personas fallecidas, con una incidencia acumulada, esto es, casos acumulados por 100.000 habitantes notificados en los últimos 14 días, de 283,26 (Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias, 2020, pp. 1, 2 y 16).

² En efecto, la ciudadanía mundial se encuentra:

[...] en el marco de una situación de pandemia global muy grave, que ha producido un gran número de afectados y de fallecidos en nuestro país, y que ha puesto a prueba a las instituciones democráticas y a la propia sociedad y los ciudadanos, en cuanto se han convertido, en conjunto, en elementos esenciales para luchar contra esta situación de crisis sanitaria y económica que afecta a todo el país, situado por mor de la misma ante una situación que, pese a no ser la primera vez que se produce (ya sufrimos, entre otras, la pandemia de 1918), sí es la primera vez que nuestra actual democracia se ha visto en la necesidad de enfrentarse ante un desafío de esta magnitud y de poner en marcha los mecanismos precisos para hacerle frente (Auto del Tribunal Constitucional –ATC– de 30 de abril de 2020, rec. 2056/2020).

³ Se trata de una enfermedad «que afecta a toda la humanidad y que trata de superarse con medidas que tienden a superarla, como es la restricción de movimientos y el cierre de fronteras entre miembros de la Unión Europea» (Auto de la Audiencia Nacional, Penal, de 6 de abril de 2020, rec. 223/2020).

⁴ Como se indica en los Autos del Tribunal Superior de Justicia (AATSJ) del País Vasco de 27 de abril y 4 de mayo de 2020 (recs. 22/2020 y 9/2020):

La ciudadanía conoce los rápidos y letales o mórbidos efectos que está produciendo el fenómeno, así como conoce que se impone la observancia de determinadas medidas de comportamiento en orden a paliar, en lo posible, sus efectos y en tal sentido, es de notorio conocimiento la magnitud de esta terrible pandemia.

Ante las cifras con las que iba evolucionando la pandemia en sus orígenes, el Estado español procedió a decretar el estado de alarma con fecha 14 de marzo de 2020, haciendo uso de sus prerrogativas constitucionales, con la publicación en el BOE del Real Decreto (RD) 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19; situación que se mantuvo hasta el 21 de junio de 2020, sustituida por una nueva regulación para ordenar el presente, conocida como «nueva normalidad», caracterizada por ser una etapa intermedia entre el confinamiento y la recuperación del *statu quo* previo a la pandemia, cuya duración es incierta, pero que muy probablemente abarque un periodo entre 12 y 18 meses, hasta que una cura o vacuna estén ampliamente disponibles en todo el mundo (Fana *et al.*, 2020, p. 5). La normativa promulgada trata de evitar que esta nueva etapa sea desarrollada «en un escenario de transmisión comunitaria sostenida generalizada» (Ministerio de Sanidad, 2020, p. 6), aunque los hechos actuales no parecen ser demasiado optimistas y halagüeños sobre la evolución a corto plazo de la pandemia.

2. El estado de alarma y sus efectos en el marco del sistema de relaciones laborales: dudas sobre la constitucionalidad de la restricción a la movilidad de la población decretada por el Gobierno

El artículo 116.2 de la Constitución española (CE) habilita al Gobierno a declarar el estado de alarma mediante decreto acordado en Consejo de Ministros (norma que habrá de determinar el ámbito territorial al que se extienden sus efectos) y por un plazo máximo de 15 días, del que tendrá que dar cuenta al Congreso de los Diputados, reunido de manera inmediata al efecto y sin cuya autorización expresa no puede ser prorrogado el lapso temporal inicial.

En su desarrollo, el artículo 4 b) de la Ley orgánica (LO) 4/1981, de 1 de junio, permite al Gobierno dictar el estado de alarma en caso de «crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves», tal y como ocurre con la pandemia provocada por la COVID-19⁵.

En aplicación del artículo 6 de la LO 4/1981, el Gobierno dicta, conforme ya se ha indicado, el RD 463/2020, de 14 de marzo, que afecta a todo el territorio nacional (art. 2 RD 463/2020), con fecha de efectos del 14 de marzo y duración de 15 días naturales (art. 3 RD 463/2020).

⁵ Si bien como señala el voto particular a la Sentencia del TSJ (STSJ), Sala de lo Contencioso-Administrativo, de Aragón de 30 de abril de 2020 (rec. 112/2020):

Dado que estamos ante una epidemia, en principio lo propio sería el estado de alarma, que menciona aquella expresamente, si bien, según la gravedad de la situación, que llega a impedir el ejercicio de los derechos fundamentales y el normal funcionamiento de las instituciones y servicios públicos (semicierre de las Cortes, temor a acudir a centros médicos, rechazo de ingresos por falta de camas, posibilidad de «deserción» de trabajadores sanitarios, supermercados, etc., por temor al contagio), podría incardinarse la pandemia en el estado de excepción.

Es conocido que la situación inicial pronto se vio agravada de manera rápida y exponencial y el estado de alarma fue prorrogado seis veces, contando en todas las ocasiones con la correspondiente autorización del Congreso de los Diputados y mediante la publicación de los correspondientes reales decretos por parte del Gobierno, en cumplimiento del artículo 6.Dos de la LO 4/1981.

A este respecto menester es recordar la doctrina constitucional sobre la naturaleza de los *placets* aprobados por la Cámara Baja en estas situaciones, de forma que:

[...] el acto de autorización parlamentaria de la prórroga del estado de alarma o el de la declaración y prórroga del de excepción, [...] no son meros actos de carácter autorizatorio, pues tienen un contenido normativo o regulador (ya en cuanto hacen suyos el alcance, condiciones y términos del estado de alarma o de excepción fijados o solicitados por el Gobierno, ya en cuanto la propia Cámara directamente los establece o introduce modificaciones en los propuestos), así como el acto parlamentario de declaración del estado de sitio son, todos ellos, decisiones con rango o valor de ley, expresión del ejercicio de una competencia constitucionalmente confiada a la Cámara Baja ex art. 116 CE en aras de la protección, en los respectivos estados de emergencia, de los derechos y libertades de los ciudadanos (Sentencia del TC –STC– 83/2016, de 28 de abril)⁶.

Se trata, por tanto:

[...] de decisiones o actos parlamentarios que, aunque no dictados en el ejercicio de la potestad legislativa de la Cámara ni revestidos, en consecuencia, de la forma de ley, configuran el régimen jurídico del estado de emergencia en cada caso declarado, repercutiendo en el régimen de aplicabilidad de determinadas normas jurídicas, incluidas las previstas de rango de ley, normas a las que, como ya hemos señalado, pueden, con taxativas condiciones, suspender o desplazar durante el periodo de vigencia del estado de emergencia de que se trate (ATC 7/2012, de 13 de enero).

⁶ En este sentido, los tribunales ordinarios no pueden pronunciarse sobre la licitud de tales decretos, habida cuenta de que:

[...] nuestro enjuiciamiento afecta a un decreto de declaración de estado de alarma del que ha sido informado el Congreso de los Diputados, en el marco de la relación de fiducia parlamentaria que vincula al Gobierno con esa Cámara y sobre el que se ha producido la aprobación del Congreso al pronunciarse sobre sus prórrogas. La posibilidad de control en estos casos corresponde, sin duda alguna, al Tribunal Constitucional en ejercicio de sus competencias de control de la constitucionalidad de las leyes y normas con rango de ley, [pero sí alcanza a la revisión de] los decretos o disposiciones que acompañen a dicha declaración o que se dicten durante su vigencia o en relación con la misma ni tampoco respecto de sus actos de aplicación (Auto del Tribunal Supremo –ATS–, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 4 de mayo de 2020, rec. 99/2020).

Obteniendo la misma conclusión, la STSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de Madrid de 30 de abril de 2020 (rec. 306/2020).

Volviendo al régimen jurídico del estado de alarma, la LO 4/1981 establece una serie de potestades extraordinarias en manos del Gobierno que puede ejercer durante la situación del mismo y que, a los efectos que interesan para el presente trabajo, pueden ser resumidas en las siguientes:

- Posibilidad de exigir a las autoridades civiles, integrantes de cuerpos y fuerzas de seguridad de comunidades autónomas y corporaciones locales y el resto de personal funcionario y personas trabajadoras al servicio de las mismas, servicios extraordinarios en cuanto a su duración o naturaleza, con el fin de asegurar la protección de personas, bienes y lugares (art. 9.Uno LO 4/1981); medidas que se han adoptado en relación con el personal sanitario o de servicios sociosanitarios o en relación con las personas liberadas sindicales.
- Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos; practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias; intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, dando cuenta de ello a los ministerios interesados; limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad o impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados (art. 11 LO 4/1981).

En este sentido, se han establecido prestaciones personales obligatorias, se ha limitado la libertad de movimientos de la ciudadanía o, por no seguir, se ha establecido el cierre de determinados lugares e industrias para intentar parar la onda expansiva de los contagios que se estaban produciendo cual tsunami por este tipo de coronavirus.

- Asimismo, la autoridad competente podrá adoptar por sí, según los casos, además de las medidas previstas en los artículos anteriores, las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas (art. 12.Uno LO 4/1981).

En ningún caso, la toma de cuantas decisiones han sido reseñadas puede suponer una suspensión de los derechos fundamentales y libertades públicas básicas enumeradas en el artículo 55 de la CE, pues dicha posibilidad solamente queda reservada para los estados de excepción y sitio, y no para la declaración del estado de alarma.

De esta manera, de una interpretación *a sensu contrario* del artículo 55.1 de la CE, cabe concluir cómo la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental, pero sí la puesta en práctica de disposiciones jurídicas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio. Además:

[...] fuera del real decreto de declaración del estado de alarma, aunque dirigida a atender las inmediatas consecuencias económicas y sociales de la emergencia sanitaria

de COVID-19, la serie de normas de urgencia excepcionales que han conformado este derecho en la emergencia han regulado la modificación temporal de la aplicación de instituciones jurídico-laborales y de seguridad social existentes y reconocido derechos y obligaciones «estrechamente vinculadas a los hechos justificativos del estado de alarma» (Casas Baamonde y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, 2020, p. 343).

Y es en este ámbito donde se ha producido un debate jurídico en torno a si la declaración del estado de alarma y la restricción de movimientos y el confinamiento masivo de la ciudadanía pueden haber supuesto una vulneración al principio de libertad personal previsto en el artículo 19 de la CE y, por cuanto aquí interesa, afectar de manera indirecta a la libre elección de profesión u oficio y al derecho al trabajo consagrados en el artículo 35.1 de la CE, a modo de principio rector de la política social y económica, pues con la actividad deambuladora restringida difícilmente se podría acudir libremente a realizar una prestación efectiva de servicios laborales.

En efecto, el RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, establece en su artículo 7 (modificado por la disp. final primera RD 492/2020, de 24 de abril) una limitación de la circulación de las personas por todo el territorio nacional, de manera que:

[...] durante la vigencia del estado de alarma, las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las siguientes actividades, que deberán realizarse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores, o por otra causa justificada,

citando expresamente entre ellas el «desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial».

Esta limitación se ha visto agravada, conforme consta, como consecuencia de la rápida y veloz propagación de la enfermedad y el exponencial crecimiento de casos y personas fallecidas, con un confinamiento total de la población y la limitación al máximo de su movilidad, medida adoptada a través del Real Decreto-Ley (RDL) 10/2020, de 29 de marzo, que regula en su articulado un permiso retribuido recuperable para todo el personal laboral por cuenta ajena (a salvo quienes prestan su actividad en los considerados servicios esenciales⁷, cuantos se encuentren de baja por incapacidad temporal o cuyo contrato esté suspendido por otras causas legalmente previstas o aquellos que puedan seguir desem-

⁷ Sobre la falta de competencia de la jurisdicción social para conocer de las reclamaciones sobre las resoluciones de las autoridades competentes dictadas para establecer la lista de servicios esenciales, *vid.* ATSJ del País Vasco de 7 y 22 de abril de 2020 (recs. 11/2020 y 11/2020) y Auto del Juzgado de lo Social número 2 de Pamplona de 9 de abril de 2020 (proc. núm. 220/2020).

peñando su actividad con normalidad mediante teletrabajo o cualquiera de las modalidades no presenciales de prestación de servicios).

Tales disposiciones suponen en la práctica que, salvo determinadas excepciones recogidas en las propias normas, «las personas dentro del territorio español deben de permanecer confinadas en sus domicilios»⁸.

De esta manera, y en un resumen rápido de dicha norma, el permiso tenía naturaleza obligatoria, recuperable y carácter temporal, pues abarcaba los días 30 de marzo y el 9 de abril de 2020, ambos inclusive (art. 2.1 RDL 10/2020). Además, por su carácter obligatorio impuesto *ex lege*, presentaba una naturaleza retribuida, habida cuenta de que «las personas trabajadoras conservarán el derecho a la retribución que les hubiera correspondido de estar prestando servicios con carácter ordinario, incluyendo salario base y complementos salariales» (art. 2.2 RDL 10/2020).

Sin embargo, y frente a la formulación clásica de estos permisos retribuidos recogida en el artículo 37.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET), esta licencia presenta carácter recuperable, pues, según el artículo 3.1 del RDL 10/2020, «la recuperación de las horas de trabajo se podrá hacer efectiva desde el día siguiente a la finalización del estado de alarma hasta el 31 de diciembre de 2020».

La restricción total de la movilidad duró esos 15 días y posteriormente se ha visto aliviada como consecuencia de las medidas legislativas previstas para la transición hacia una «nueva normalidad»⁹ y que colocaron a los diferentes territorios ante un panorama de cuatro fases que iban a permitir poco a poco ir recobrando parte de los derechos restringidos hasta alcanzar un nuevo estadio de recuperación de la vida cotidiana; todo ello sin olvidar:

[...] la fragilidad de este lento y delicado proceso, que todos los ciudadanos desean avance paulatinamente, y no repara en que para su éxito resulta primordial mantener las medidas preventivas de distanciamiento social, por ahora, para así

⁸ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Carballo 42/2020, de 29 de marzo. «Con carácter general la normativa vigente reconoce la probabilidad de exposición por razón del trabajo y por ello se han limitado las actividades laborales [...] y se ha hecho obligatorio el trabajo a distancia siempre que sea técnicamente posible (art. 5 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo). Esto es, existe un reconocimiento legislativo explícito de la probabilidad de exposición al agente biológico con cualesquiera tipos de actividades que impliquen contacto social, incluidas las laborales, que es lo que justifica constitucionalmente la restricción de las mismas e incluso de derechos fundamentales, con el confinamiento de la población en sus domicilios» (ATSJ de Madrid de 1 de abril de 2020, proc. núm. 318/2020).

⁹ Plan para la transición hacia una nueva normalidad, de 28 de abril de 2020 (<https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/planDesescalada.htm>).

evitar una nueva escalada, que frustrase el inmenso esfuerzo del sistema sanitario realizado y el duro sacrificio soportado por todos los ciudadanos¹⁰.

Así, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el apartado 6 del artículo 7 del RD 463/2020, el ministro de Sanidad ha venido dictando una serie de órdenes ministeriales destinadas a regularizar cuanto se ha dado en llamar proceso de desescalada, a través de un:

[...] proceso articulado en cuatro fases, fase 0 a fase 3, [que] ha de ser gradual y adaptable a los cambios de orientación necesarios en función de la evolución de los datos epidemiológicos y del impacto de las medidas adoptadas. El objetivo fundamental del citado Plan para la transición es conseguir que, preservando la salud pública, se recupere paulatinamente la vida cotidiana y la actividad económica, minimizando el riesgo que representa la epidemia para la salud de la población y evitando que las capacidades del Sistema Nacional de Salud se puedan desbordar (exposición de motivos Orden SND/386/2020, de 3 de mayo).

A este respecto, y una vez que todo el país alcanzó el estado final, la evolución de la pandemia ha llevado a que aquellos territorios con mayores repuntes de la enfermedad hayan tenido que aplicar otra vez algunas de las restricciones diseñadas para fases precedentes.

Frente a esta situación no han faltado pronunciamientos, eso sí minoritarios, que han criticado las limitaciones a la restricción de movimientos por considerar que se trata más de una suspensión de derechos que de una mera limitación temporal en su ejercicio¹¹, justificando su postura en las siguientes consideraciones de interés:

¹⁰ STSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de Madrid de 30 de abril de 2020 (rec. 306/2020).

«[En efecto] la fase I en la que nos encontramos no significa que el riesgo de contagio no exista y que no deban adoptarse todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los intervinientes en la manifestación, los transeúntes que deambulen por esa plaza del centro de la ciudad de Mérida, los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía y de la Policía Local que tengan que intervenir por razones de seguridad y de control del tráfico, los empleados que trabajan en la Presidencia de la Junta de Extremadura y en definitiva de todos los ciudadanos, pues un repunte del número de contagiados afectaría a un número elevado de habitantes debido a que, como es notorio, el índice de contagio del virus es muy elevado» (STSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de Extremadura de 12 de mayo de 2020, rec. 1/2020).

¹¹ Para reputados/as constitucionalistas y administrativistas:

[...] la declaración del estado de alarma no permite, a su amparo, decretar, como se ha hecho, la suspensión generalizada del derecho de libertad de circulación y residencia de los españoles, medida que solo puede adoptarse en el estado de excepción, como determina el artículo 55.1 de la Constitución [...]. Ordenar una especie de arresto domiciliario de la inmensa mayoría de los españoles, que es lo que realmente se ha hecho, no es limitar el derecho, sino suspenderlo, y esa conclusión resulta difícilmente rebatible desde un entendimiento jurídico correcto, y en tal sentido la medida adoptada creo que es bien distinta de la normativamente estipulada para el estado de alarma (Aragón Reyes, 2020; de la misma opinión, Fernández de Gatta Sánchez, 2020).

- La decisión del Gobierno de optar por el estado de alarma no modifica el régimen jurídico de este último, y su menor intensidad le impide afectar de ninguna manera, y mucho menos con la suspensión, a los derechos de reunión y manifestación; en ejercicio de las prerrogativas recogidas en la LO 4/1981, se podrá limitar el derecho a la libre circulación de la población en mayor o menor medida –habida cuenta de que «no se puede dejar de advertir que el derecho de reunión del art. 21 (repetimos, no está nominalmente afectado por la declaración del estado de alarma, y menos suspendido) y el derecho a la libre circulación (libertad deambulatoria) son distintos»¹², pero nunca con un alcance como para impedir el libre ejercicio del derecho de manifestación, pues no cabe la suspensión ni la limitación por vía excepcional¹³.
- El principio de efectividad de los derechos exige coherencia el derecho de reunión con la prerrogativa a la salud pública y el peligro de contagio, de manera que, al no estar el primero suspendido, su ejercicio no puede quedar privado de virtualidad como consecuencia del estado de alarma, más aún cuando de tener en cuenta la realidad circundante tanto social como sanitaria, en muchos lugares, como centros de trabajo, supermercados, terrazas o lugares de paseo o ejercicio físico, están teniendo lugar concentraciones de personas tanto o más numerosas que las que en el caso de la concentración solicitada se va a producir¹⁴. Sin embargo, para otro grupo de sentencias, el estado de alarma no supera los límites constitucionales y lo único que hace es restringir el ejercicio de determinados

¹² STSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de Navarra de 30 de abril de 2020 (rec. 133/2020).

¹³ «Y en esta línea cabe decir ya que lo que puede justificar una declaración de estado alarma, que es una situación de crisis sanitaria en abstracto, no necesariamente será suficiente para justificar una suspensión de derecho fundamental que tal declaración no puede decretar. Solo si en el caso concreto concurren datos objetivos suficientes que permitan un correcto juicio de ponderación, cabrá el sacrificio del derecho en liza por el superior interés que contempla el artículo 21.2 de la CE o en aras de evitar una indebida colisión con otros valores constitucionales –como puede serlo la preservación de la salud pública en línea con lo dispuesto en el artículo 11 del CEDH, por mor del artículo 10.2 de nuestra Constitución–. Al fin, la cuestión se reduce a la constatación de una suficiente y adecuada motivación de la decisión administrativa sometida a nuestra consideración [de manera que] en el caso concreto la Administración se ha limitado a prohibir, sin hacer propuesta alguna de modificación o de imposición de condiciones y sin motivar con base en argumentos contrastados la inadecuación de la propuesta realizada, más allá de formular dos conjeturas ayunas de sostén probatorio y de contraste con la concreta solicitud realizada» (STSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de Aragón de 30 de abril de 2020, rec. 112/2020).

¹⁴ «[En consecuencia] el contexto de la actual crisis sanitaria existente no puede significar que la autoridad competente impida absolutamente el ejercicio del derecho de reunión. Dicho de otro modo, no puede llevar a la Administración, en la práctica, en todo caso, y de plano, a la denegación de la concentración estática y reducida que nos ocupa, so pena de dejar el derecho de reunión vacío de contenido; lo que se deduce de la resolución administrativa es que, habida cuenta de que existe decretado estado de alarma, en ningún caso se podría autorizar una manifestación. Se concluye en la tesis de la parte demandada, y así se expresó en la vista, que el derecho de manifestación y reunión no está suspendido, pero que en la práctica no puede ejercerse en ningún caso debido a la pandemia» (STSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de Navarra de 30 de abril de 2020, rec. 133/2020).

derechos, quedando dicha decisión justificada en la crisis sanitaria que ha provocado la rápida y exponencial propagación del virus y el alto grado de contagio y fallecimiento entre la población.

En coherencia con lo señalado en el párrafo anterior, los tribunales mayoritariamente han ratificado las decisiones del Poder Ejecutivo, considerando perfectamente válidas sus actuaciones a partir de la siguiente argumentación:

- El TC ya se ha pronunciado sobre el alcance que puede tener el estado de alarma habiendo determinado ya sus presupuestos habilitantes, de manera que «todos los estados que cabe denominar de emergencia ex art. 116 CE y también, por tanto, el de menor intensidad de entre ellos, esto es, el de alarma, suponen, como es evidente y así resulta de su regulación en la Ley orgánica 4/1981, de 4 de junio»¹⁵, «excepciones o modificaciones *pro tempore* en la aplicabilidad de determinadas normas del ordenamiento vigente, incluidas, en lo que ahora importa, determinadas disposiciones legales, que sin ser derogadas o modificadas sí pueden ver alterada su aplicabilidad ordinaria (arts. 9 a 12; 16 a 30; 32 a 36 de la Ley orgánica 4/1981, de 4 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio), pues el fundamento de la declaración de cualquiera de estos estados es siempre la imposibilidad en que se encuentran las autoridades competentes para mantener mediante "los poderes ordinarios", la normalidad ante la emergencia de determinadas circunstancias extraordinarias»¹⁶; ahora bien, la declaración del estado de alarma, al tener una menor penetración invasiva en la afectación de prerrogativas constitucionales, no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE *a sensu contrario*), pero sí puede «entrañar la excepción, modificación o condicionamiento de determinadas normas y puede suponer limitaciones o restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales»¹⁷.
- Aun cuando entra a analizar el derecho de reunión y manifestación, cabe dar cuenta de un primer pronunciamiento del máximo intérprete de la carta magna que ha fallado sobre el alcance del estado de alarma en tiempos de la pandemia

¹⁵ ATC 7/2012, de 13 de enero.

¹⁶ STC 83/2016, de 28 de abril.

¹⁷ ATC de 30 de abril de 2020 (rec. 2056/2020).

«[De esta manera] la interpretación conjunta del artículo 55 de la Constitución, en relación con la regulación contenida en la Ley orgánica 9/1983, de 15 de julio, y del contenido del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, permite afirmar que dicha medida tiene perfecta cobertura legal, sin que incurra en el motivo impugnatorio denunciado por el sindicato recurrente, ya que dicho artículo 7.2 del Real Decreto encuentra igualmente amparo en el artículo 11 b) de la Ley orgánica 4/1981, que, a raíz de la declaración del estado de alarma, permite limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos» (STSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de Castilla y León/Burgos de 30 de abril de 2020, rec. 1/2020).

provocada por la COVID-19. Así, siguiendo con la línea de los pronunciamientos anteriormente expuestos, viene a reconocer que la garantía de valores como la vida, la salud y la defensa de un sistema de asistencia sanitaria impone, en unas circunstancias como las actuales, un sacrificio más intenso, dentro siempre eso sí de la proporcionalidad, de otros derechos constitucionalmente reconocidos, habida cuenta de que la finalidad perseguida por la legislación de urgencia consiste en evitar la propagación de una enfermedad grave, cuyo contagio masivo puede llevar al colapso de los servicios públicos de asistencia sanitaria.

De esta manera, y acudiendo al literal del pronunciamiento constitucional, «la limitación del ejercicio del derecho tiene una finalidad que no solo ha de reputarse como legítima, sino que además tiene cobertura constitucional bastante en los arts. 15 CE (garantía de la integridad física de las personas) y 43 CE (protección de la salud), ambos tan intensamente conectados que es difícil imaginarlos por separado, máxime en las actuales circunstancias. Es aquí donde la finalidad de la medida restrictiva del ejercicio del derecho confluye con la justificación de la declaración del estado de alarma. Las razones que sustentan ambas son idénticas y buscan limitar el impacto que en la salud de los seres humanos, en su integridad física y en su derecho a la vida pueda tener la propagación del COVID-19. En el estado actual de la investigación científica, cuyos avances son cambiantes con la evolución de los días, incluso de las horas, no es posible tener ninguna certeza sobre las formas de contagio, ni sobre el impacto real de la propagación del virus, así como no existen certezas científicas sobre las consecuencias a medio y largo plazo para la salud de las personas que se han visto afectadas en mayor o menor medida por este virus. Ante esta incertidumbre tan acentuada y difícil de calibrar desde parámetros jurídicos que acostumbran a basarse en la seguridad jurídica que recoge el art. 9.3 de la Constitución, las medidas de distanciamiento social, confinamiento domiciliario y limitación extrema de los contactos y actividades grupales son las únicas que se han averado eficaces para limitar los efectos de una pandemia de dimensiones desconocidas hasta la fecha. Desconocidas y, desde luego, imprevisibles cuando el legislador articuló la declaración de los estados excepcionales en el año 1981»¹⁸.

- La tutela de la salud pública tiene un elemento positivo y negativo; dimensión esta última que puede suponer una invasión negativa en los derechos y libertades de la ciudadanía, más aún en las circunstancias de extraordinaria anomalía como las vividas en los momentos actuales consecuencia de la COVID-19, en las que, ante la posibilidad de contagio masivo de la población, la Administración tiene que activar instrumentos excepcionales con el fin de proteger como conviene la salud pública¹⁹, y, ante la inexistencia de un tratamiento adecuado a través de

¹⁸ ATC de 30 de abril de 2020 (rec. 2056/2020).

¹⁹ «[En efecto, tanto] las medidas preventivas adoptadas como las instrucciones que se dictan no suscitan debate jurídico alguno en cuanto que se trata de medidas extraordinarias que persiguen un fin

vacunas²⁰, las resoluciones que se pueden adoptar conforme al conocimiento actual del virus no pueden ser otras que aislar la fuente de infección y limitar al máximo que el mecanismo de transmisión facilite el contagio (Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Pamplona de 13 de marzo de 2020, proc. núm. 86/2020). En consecuencia, «en estos supuestos, la limitación de derechos y libertades individuales es connatural a la medida de salud pública, y, por tanto, necesaria e imprescindible para la consecución del fin al que se asocia»²¹, pues «la situación de pandemia global y la elevada morbilidad del virus imponen atender al superior bien común como es la salud pública en su más literal y elevada acepción»²².

Ahora bien, estos poderes no son omnímodos, habida cuenta de que «el fin de tutela de la salud pública no puede interpretarse como un apoderamiento en blanco, y por tanto, las medidas que se adopten en aras a la protección de la salud pública que limiten derechos y libertades individuales, deben, a su vez, someterse a límites, guardándose siempre un equilibrio que garantice que el sacrificio de derechos y libertades, es siempre el mínimo e imprescindible para proteger la salud pública»²³.

- No son escasas las resoluciones que han convalidado las actuaciones de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado frente a la población que se ha saltado

constitucionalmente legítimo, que su adopción se encuentra amparada por normas con rango de ley, que encuentran cobertura en el estado de alarma declarado por el Gobierno de la Nación y que existe la adecuada y necesaria proporcionalidad entre las medidas que se adoptan y los fines que se persiguen» (Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Pamplona de 16 de marzo de 2020, proc. núm. 87/2020). Del mismo parecer, STSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de Madrid de 30 de abril de 2020 (rec. 306/2020).

²⁰ «[E]l tratamiento de primera línea para las fiebres incluye terapia antipirética como paracetamol, mientras que los expectorantes como la guaifenesina pueden usarse para una tos no productiva» [en cambio los] pacientes con infección respiratoria aguda grave, dificultad respiratoria, hipoxemia o *shock* requieren la administración de terapia de oxígeno» (Sohrabia *et al.*, 2020, p. 73).

²¹ Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Zaragoza de 16 de marzo de 2020 (proc. núm. 70/2020).

²² Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Valladolid de 13 de marzo de 2020 (proc. núm. 1/2020).

«[Son] las consecuencias sanitarias que pueden afectar, con casi toda seguridad, no solo a los manifestantes, sino también a las personas que puedan tener accidentalmente contacto con ellos, las que deben llevar a la adopción de la decisión de permitir o prohibir una manifestación. Y en las circunstancias actuales, es un hecho notorio que es muy probable que se puedan producir contagios entre las personas participantes que luego puedan extenderse entre sus círculos de amistad, profesionales y familiares, incrementando de esta manera la crisis sanitaria por más que se adopten medidas de seguridad» (STSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de Madrid de 30 de abril de 2020, rec. 306/2020). En el mismo sentido, SSTSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de Galicia de 28 de abril de 2020 (rec. 152/2020) y Extremadura de 12 de mayo de 2020 (rec. 1/2020).

²³ Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Zaragoza de 16 de marzo de 2020 (proc. núm. 70/2020).

el confinamiento (parece obvio recordar que un comportamiento cívico y responsable por parte de la ciudadanía²⁴ se ha vuelto indispensable para hacer frente a la pandemia en un momento «en el cual es necesaria la máxima implicación y solidaridad de todos los ciudadanos para superar la situación excepcional que vivimos»²⁵) y ha infringido la prohibición de limitación de movimientos, sin plantearse la ilicitud de las mismas por inconstitucionalidad del RD 463/2020, considerando lícitas las sanciones administrativas impuestas a las personas infractoras²⁶, imponiendo la obligación de mantener el ingreso hospitalario forzoso²⁷ o su traslado obligatorio a otro centro sanitario debido a la actitud incívica del paciente²⁸, condenando por delito de resistencia o desobediencia a la autoridad²⁹ o en

²⁴ Todo lo contrario hacen quienes incumplen las normas mostrando un «comportamiento delictivo, arbitrario e incívico», lo que «evidencia el desprecio por la crítica situación que viene sufriendo nuestra sociedad, sin ningún tipo de consideración por la encomiable labor de nuestros profesionales sanitarios, los ciudadanos enfermos y los desgraciadamente ya fallecidos, la salud de las personas vulnerables en situación de riesgo, y quienes velan por la seguridad y la conservación del orden público, los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado» (Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Los Llanos de Aridane de 1 de abril de 2020, proc. núm. 333/2020).

²⁵ Autos del Juzgado de Primera Instancia número 51 de Barcelona de 20 y 26 de marzo de 2020 (procs. núm. 202/2020 y 203/2020).

²⁶ Con remisión de las actuaciones a la autoridad administrativa competente, Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Ponteareas de 15 de abril de 2020 (proc. núm. 119/2020).

«A fin de diferenciar el ámbito penal del administrativo ha de tenerse en cuenta que la mera inobservancia de las normas como el vigente RD 463/20, solo entra en la esfera penal cuando haya una desobediencia de mandato determinado. Por ello, el deslinde entre la desobediencia como infracción administrativa y la desobediencia como delito, vendrá dado por la naturaleza grave o no de dicha conducta» –Autos del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Ribeira de 30 (dos) de abril de 2020 (procs. núm. 222/2020 y 223/2020)–. De manera que el cuadro de sanciones previstas a nivel administrativo «pone de manifiesto que, para conjurar un riesgo para la salud pública, los medios adecuados no se encuentran en el derecho penal ni en el proceso de esa naturaleza» (Auto de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 24 de abril de 2020, rec. 276/2020).

²⁷ «Máxime tratándose de una situación de emergencia sanitaria sin precedentes y que además excede el ámbito nacional. Pues lo contrario, y de permitirse que dicha persona afectada por el Covid 19 y con evidente sintomatología pudiera salir del centro hospitalario, entrañaría un evidente y temerario riesgo de propagación. Y ello con el agravante de que el paciente ingresado está siguiendo el tratamiento en dicho centro con arreglo a los protocolos sanitarios y que son de estricta observancia a tenor de las presentes circunstancias» (Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Palencia de 31 de marzo de 2020, proc. núm. 1/2020).

²⁸ Auto del Juzgado de Instrucción número 3 de Badajoz de 30 de marzo de 2020 (proc. núm. 64/2020).

²⁹ Sentencias del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Gandía de 23 de marzo de 2020 (proc. núm. 515/2020); número 3 de Carballo de 24 y 29 de marzo de 2020 (proc. núm. 132/2020 y Sent. 42/2020); número 1 de Vilagarcía de Arousa de 27 de marzo de 2020 (proc. núm. 158/2020); número 2 de Corcubión de 1 de abril de 2020 (Sent. 12/2020); número 1 de Carballo de 3 (dos) de abril de 2020 (Sent. 25/2020 y proc. núm. 181/2020); número 1 de Padrón de 15 de abril de 2020 (Sent. 26/2020); número 1 de Ponteareas de 15 de abril de 2020 (proc. núm. 119/2020); y número 2 de Ribeira de 9 (dos), 28 y

algún supuesto excepcional imponiendo la prohibición de residir o acudir al municipio dadas las expresiones en relación con la pandemia proferidas en un supermercado de la localidad delante de un buen número de personas³⁰.

En algunos supuestos se llega a dictar incluso la prisión provisional de alguna persona encausada por la elevada posibilidad de reiteración delictiva o la gravedad de su conducta³¹ y la alta probabilidad de contraer la enfermedad y poner en serio riesgo a la comunidad donde mora³², se suspende la condena impuesta condicionada al «cumplimiento del confinamiento decretado en todo el territorio del Estado por la situación de emergencia sanitaria derivada de la propagación del nuevo coronavirus SARS-CoV-2, causante de la enfermedad Covid-19»³³ o se levanta la medida cautelar dictada por el órgano instructor³⁴ bajo la

29 de abril de 2020 (procs. núm. 208/2020, 210/2020, 229/2020 y 220/2020); o Juzgado de Instrucción número 2 de Pamplona de 21 de marzo de 2020 (proc. núm. 845/2020); número 3 de Santander de 29 de marzo de 2020 (proc. núm. 425/2020); número 4 de Santa Cruz de Tenerife de 30 de marzo, 1, 2 (dos) y 25 de abril de 2020 (procs. núm. 297/2020, 649/2020, 670/2020, 672/2020 y 411/2020); número 1 de Vitoria de 4, 6 y 7 de abril de 2020 (proc. núm. 415/2020, 424/2020 y 431/2020); número 1 de Torrevejea de 11 de abril de 2020 (proc. núm. 554/2020); número 2 de Salamanca de 14 de abril de 2020 (proc. núm. 18/2020); número 3 de Logroño de 16 de abril y 5 y 7 (dos) de mayo de 2020 (procs. núm. 51/2020, 53/2020, 54/2020 y 55/2020); y número 8 de Las Palmas de Gran Canaria de 24 (dos) de abril de 2020 (procs. núm. 1388/2020 y 1391/2020).

³⁰ Auto del Juzgado de Instrucción número 1 de Torrevejea de 11 de abril de 2020 (proc. núm. 551/2020). Absolviendo de los cargos al autor por no concurrir los requisitos del tipo penal, Sentencia del Juzgado de lo Penal número 1 de La Coruña de 30 de abril de 2020 (proc. núm. 93/2020).

³¹ «Y este fin legítimo, mucho más protegible en las concretas circunstancias en las que se está desarrollando la peligrosa y recurrente actividad delictiva [...], pues no se puede obviar que el marco concreto de la misma es el de una alerta sanitaria gravísima y sin precedentes que la investigada desprecia sin ningún pudor, poniendo en riesgo su propia seguridad y, sobre todo, la de los agentes y la de otras personas [...]. En orden a la proporcionalidad y necesidad de la medida, es evidente la gravedad de esta presunta conducta ilícita, que crea una gran intranquilidad y desasosiego, no solamente en el ánimo de las personas que directamente hubieran podido presenciar lo acontecido en plena calle, en el marco de la delicada situación que nos afecta, sino también en la sociedad en general, con la evidente alarma que estos hechos generan, una situación que, en todo caso, se une a la natural creencia de que la conducta de la investigada se podría repetir y repetir de no adoptarse medidas a este respecto» (Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Betanzos de 27 de marzo de 2020, proc. núm. 107/2020). Alcanzando idéntica conclusión, Auto de la Audiencia Provincial, Sala de lo Penal, de Segovia de 30 de marzo de 2020 (proc. núm. 79/2020) y Autos del Juzgado de Instrucción número 2 de Reus de 23 de marzo de 2020 (proc. núm. 325/2020) y número 3 de Castellón de la Plana de 20 de abril de 2020 (proc. núm. 402/2020).

³² Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 7 de Cáceres de 11 de abril de 2020 (proc. núm. 159/2020). Adoptando la misma medida, Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Los Llanos de Aridane de 1 de abril de 2020 (proc. núm. 333/2020).

³³ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 6 de Ceuta de 23 de abril de 2020 (proc. núm. 68/2020).

³⁴ Auto de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 24 de abril de 2020 (rec. 276/2020).

advertencia de que una nueva detención por abandonar su domicilio podrá dar lugar a que se vuelva a decretar su encarcelamiento³⁵.

3. El derecho del trabajo durante el estado de alarma: repercusiones en la práctica judicial de unas soluciones insólitas para una situación inédita

El día 11 de marzo, el BOE publica la primera norma en España que hace referencia a la COVID-19. Se trata del RDL 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública. A partir de dicha norma se han ido sucediendo un buen número de disposiciones normativas³⁶, tanto legales como reglamentarias, destinadas a paliar las importantes consecuencias tanto sanitarias como sociales o económicas que esta pandemia está causando a nivel mundial y también nacional y que, a la postre, «introducen cambios importantes en el *statu quo* del *lus Laborum* bajo la premisa de dar solución a problemas apremiantes para ambas partes del contrato de trabajo» (Rodríguez Escanciano, 2020, p. 450).

El presente trabajo no pretende realizar un análisis exhaustivo de todas y cada una de ellas, ni tampoco de cuantas presentan cierta trascendencia en el marco de las relaciones laborales y que, en muchas ocasiones, han significado cambiar la orientación de determinados institutos laborales en el ordenamiento español asentados en la tradición interna, como la incompatibilidad entre trabajo y prestación de desempleo, la libertad empresarial para despedir, la paralización de las actividades productivas no esenciales, la concesión de un permiso retribuido recuperable, y un largo etcétera que ha sido ya suficientemente analizado por la doctrina científica (Beltrán de Heredia Ruiz, 2020; Casas Baamonde y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, 2020; Fernández Avilés, 2020; Lantarón Barquín *et al.*, 2020; o Rojo Torrecilla, 2020).

Se trata de ofrecer un estudio de carácter judicial atendiendo a aquellas resoluciones que han parado mientes en las actuaciones que el Gobierno ha desarrollado a lo largo de los meses desde que la pandemia fue asumida como tal en España. Eso sí, es necesario tener en cuenta las limitaciones del presente trabajo, pues la actuación de los tribunales es todavía muy temprana y aún no va a recoger la posible catarata de demandas que esta legislación de urgencia puede provocar, habida cuenta de que:

³⁵ Auto de la Audiencia Provincial de Segovia de 30 de marzo de 2020 (rec. 79/2020).

³⁶ «[En efecto] en estas extraordinarias circunstancias, se ha procedido a la adopción gubernamental de una amplísima batería de medidas de alcance público y privado, con incidencia en los derechos fundamentales y libertades públicas, para tratar de paliar los efectos de lo que se ha calificado como una crisis sanitaria sin precedentes en nuestro país» (Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Valencia de 28 de marzo de 2020, proc. núm. 647/2019).

[...] habremos de esperar, seguramente, el desarrollo de una gran litigiosidad ante la incertidumbre de su regulación normativa y de su aplicación y pasará tiempo hasta que se forme una jurisprudencia unificada sobre este derecho del trabajo y de la Seguridad Social en la emergencia, en la medida en que los asuntos tengan acceso al Tribunal Supremo, ya a su Sala de lo Social, ya a su Sala de lo Contencioso-Administrativo. En cuanto a las dudas de constitucionalidad suscitadas sobre algunas de las medidas, su resolución, si se plantean, será tarea del Tribunal Constitucional, y, en su caso, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con los derechos consagrados en el CEDH afectados por las medidas del estado de alarma en la lucha contra la pandemia (Casas Baamonde y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, 2020, p. 348).

3.1. La idoneidad del real decreto-ley para gobernar esta situación de urgencia

Durante el tiempo en que se empezó a tomar conciencia en España de la alta gravedad de la pandemia, el Gobierno procedió a dictar en este periodo hasta diecinueve reales decretos-leyes con un contenido claramente laboral, la mayor parte de los cuales ya han pasado por el trámite de convalidación exigido por el artículo 86.2 de la CE ante el Congreso de los Diputados.

La idoneidad del cauce utilizado para dictar las disposiciones destinadas a combatir los efectos sociolaborales de la COVID-19 no ha presentado demasiadas controversias, pues la utilización del real decreto-ley parece no haber planteado mayor debate, más allá de que si los remedios adoptados son o no los más adecuados, pero casi nadie ha puesto en duda la concurrencia de los presupuestos previstos en el artículo 86.1 de la CE sobre la extraordinaria y urgente necesidad de adoptar unas medidas que en muchas ocasiones podrían haberse adoptado antes o que, cuando se han tomado, no han cumplido los beneficios esperados por retrasarse en demasía.

Eso sí, en un futuro próximo tendremos respuesta a esta cuestión por parte del TC que ya ha admitido a trámite varios recursos presentados por parte del Partido Popular³⁷ y VOX³⁸

³⁷ Recurso de inconstitucionalidad número 2035-2020, promovido por más de cincuenta senadores/as del Grupo Parlamentario Popular del Senado, contra la disposición final segunda del RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, o recurso de inconstitucionalidad número 2295-2020, promovido por más de cincuenta senadores/as del Grupo Parlamentario Popular del Senado, contra las disposiciones adicionales sexta y séptima, disposición transitoria segunda y disposición final primera del RDL 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo.

³⁸ Recurso de inconstitucionalidad número 1813-2020, promovido por más de cincuenta diputados/as del Grupo Parlamentario de VOX en el Congreso, contra la disposición final segunda del RDL 8/2020, de

contra los diferentes reales decretos-leyes que ha ido dictando el Gobierno de la Nación hasta el momento.

En este sentido, algunas resoluciones han procedido a recordar cómo el control del contenido de dichas normas no corresponde a la jurisdicción ordinaria, sino al TC, de manera que no dudan en declarar cómo «la sala carece de jurisdicción para conocer de la impugnación de los reales decretos-leyes, tal como resulta de manera diáfana del artículo 1 de la Ley de la jurisdicción [contencioso-administrativa]»³⁹.

Aventurando una respuesta que todavía está *subiudice*, y al menos en lo que respecta al contenido de la normativa laboral y de Seguridad Social, un análisis jurisprudencial exhaustivo de la doctrina constitucional al respecto excedería con mucho los objetivos del presente trabajo, pero sí cabe dar cuenta aquí de la argumentación recogida por alguna de las más recientes sentencias del máximo intérprete de la carta magna, quien viene a recordar los requisitos necesarios para cumplir con el mandato constitucional, habida cuenta de que «se trata de un instrumento que puede ser utilizado para atender a situaciones singulares, siempre que se respeten los preceptos y principios constitucionales que condicionan la aprobación de esa clase de normas»⁴⁰, a situar en dos elementos fundamentalmente: «los motivos que, habiendo sido tenidos en cuenta por el Gobierno en su aprobación, hayan sido explicitados de una forma razonada, y la existencia de una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para sostenerla»⁴¹.

En efecto, la vertiginosidad con que han ido cambiando las circunstancias, no medibles en semanas sino en días, parece habilitar al Gobierno para haber procedido como lo ha hecho, existiendo una situación de urgencia sanitaria palpable que ha conllevado el confinamiento general de la población y la puesta en marcha de determinadas previsiones tendentes a minimizar en la medida de lo posible las consecuencias laborales de dicha decisión, tratando también de establecer mecanismos de contención sobre los que se pueda asentar la reconstrucción posterior una vez se supere la situación excepcional provocada por la pandemia.

17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, y recurso de inconstitucionalidad número 2054-2020, promovido por más de cincuenta diputados/as del Grupo Parlamentario de VOX en el Congreso en relación con los artículos 7, 9, 10 y 11 del RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis ocasionada por la COVID-19; RD 465/2020, de 17 de marzo, en cuanto modifica el artículo 7 del RD 463/2020; RR.DD. 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020, de 10 de abril, y 492/2020, de 24 de abril, en cuanto aprueban sucesivas prórrogas del estado de alarma; RD 492/2020, además, en cuanto da nueva redacción al artículo 7 del RD 463/2020; y Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, por la que se establecen medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y el contagio por la COVID-19.

³⁹ ATS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de abril de 2020 (rec. 90/2020).

⁴⁰ STC 14/2020, de 28 de enero.

⁴¹ STC 98/2017, de 20 de julio.

Se trata, como acertadamente se ha señalado por alguna de las personas laboristas españolas más reputadas:

[...] de medidas excepcionales –obviamente, no son leyes singulares–, de respuesta inmediata a una emergencia sanitaria extraordinaria y de evolución exponencial, que se han sucedido en un corto espacio de tiempo, y han originado un derecho del trabajo en la emergencia en tiempo real. Actúan, como el propio real decreto que declara el estado de alarma, predominantemente en el campo de la aplicabilidad de normas con rango de ley ya existentes en el ordenamiento jurídico, alterando temporalmente los requisitos y condiciones de su aplicación. Sin embargo, en bastantes ocasiones, los decretos-leyes han incluido regulaciones procedimentales detalladas que, aunque transitoriamente, han afectado a la aplicación de normas de rango reglamentario, invadiendo el espacio propio encomendado al reglamento (Casas Baamonde y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, 2020, p. 333).

3.2. La protección de seguridad y salud laboral del personal esencial especialmente expuesto al contagio por COVID-19

El artículo 4 del RD 463/2020, de 14 de marzo, viene a configurar como autoridad competente al Gobierno, estableciendo hasta cuatro autoridades competentes delegadas como son la ministra de Defensa, el ministro del Interior, el ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y el ministro de Sanidad, asumiendo este último la competencia en cuantas áreas de responsabilidad no recaigan en alguno de los tres ministros mencionados anteriormente.

En desarrollo de semejante atribución de competencias, y con el fin de reforzar el Sistema Nacional de Salud, el artículo 12 del RD 463/2020, de 14 de marzo, establece que el ministro de Sanidad asumirá lo que ha dado en denominarse un «mando único», poniendo bajo sus órdenes directas a «todas las autoridades civiles sanitarias de las Administraciones públicas del territorio nacional, así como los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas» y afectando a todas aquellas actividades imprescindibles «para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza» (apdo. 1.^o)⁴²; todo ello sin perjuicio del mantenimiento por parte de las Administraciones

⁴² Se ha producido así un «trastocamiento de competencias que comporta la declaración del estado de alarma mediante RD 463/2020 y la consideración que posee el ministro de Sanidad como «autoridad delegada competente» (art. 4.2), bien que «a los efectos del estado de alarma la autoridad competente será el Gobierno» (art. 4.1)» (ATS de 6 de abril de 2020, rec. 2/2020), pero lo hace «para garantizar la cohesión y equidad en la prestación del servicio sanitario y para determinar la mejor distribución en todo el territorio de los medios técnicos y personales, manteniendo la Administración autonómica la competencia sobre la gestión del servicio sanitario» (Auto del Juzgado de lo Social núm. 6 de Alicante de 26 de marzo de 2020, proc. núm. 286/2020).

autónomas y locales en el marco de sus competencias de la gestión de los servicios de salud, con el fin de asegurar en todo momento su adecuado funcionamiento (apdo. 2.º).

Por su parte, el artículo 13 del RD 463/2020, de 14 de marzo, faculta al ministro de Sanidad para adoptar toda una serie de medidas con el fin de garantizar el suministro de bienes y servicios necesarios para garantizar la salud pública de toda la ciudadanía.

Sin embargo, la realidad ha demostrado que el sistema sanitario no estaba totalmente preparado para atender con la eficacia requerida el impacto de un tsunami como el que ha provocado la enfermedad de la COVID-19, y durante todo este periodo, pero en particular durante los estadios más duros de la pandemia, se han visto en medios de comunicación y se han trasladado a través de las redes sociales las quejas de profesionales que han tenido que combatir la propagación de la epidemia en primera línea⁴³, en especial el personal sanitario⁴⁴, de la falta de material protector imprescindible para minimizar el riesgo de contagio de la enfermedad y evitar someter a una mayor presión al sistema sanitario español⁴⁵. En este sentido, las estadísticas muestran la alta repercusión de la enfermedad en España sobre el personal sanitario, pues, según datos facilitados el 21 de mayo de 2020, se habían confirmado 40.921 casos de COVID-19 entre quienes son considerados como tales, lo que supone un 24,1 % del global de casos declarados, con una cifra de fallecimientos totales situada en 53 personas (Instituto de Salud Carlos III *et al.*, 2020, pp. 3, 7 y 11), habiendo

⁴³ «Es precisamente el personal sanitario, junto a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, y el resto de empleados de los sectores esenciales para mantener en funcionamiento el suministro de productos y servicios de primera necesidad, los que se hallan más expuestos a los riesgos de contagio» (Auto del Juzgado de lo Social núm. 4 de Castellón de la Plana de 27 de marzo de 2020, proc. núm. 222/2020).

⁴⁴ «Es público y notorio que los profesionales sanitarios se encuentran desbordados por el número de pacientes a los que asisten y por la falta de medios para atenderlos con la eficacia necesaria, tanto por falta de medios esenciales para el diagnóstico de la enfermedad causada por el COVID-19, como para la protección de su salud, con un altísimo riesgo de contagio y, con ello, con un peligro exponencial de contagio a terceros, al poder convertirse en fuente de contagio tanto entre ellos como entre los pacientes que han de acudir a solicitar su asistencia médica» (Auto del Juzgado de lo Social núm. 6 de Alicante de 26 de marzo de 2020, proc. núm. 286/2020).

«[Asimismo] es un hecho público y notorio, que se está produciendo una precariedad en las medidas de seguridad individual de los sanitarios de todo el país por carencia de EPIS adecuados y suficientes, y pese al esfuerzo de CC. AA. y el Ministerio de Sanidad, el esfuerzo de muchas empresas que han adecuado su producción para desarrollar productos relacionados con la lucha contra el COVID19, los poderes públicos han sido incapaces de dar una respuesta eficaz a las necesidades sanitarias del país» (Auto del Juzgado de lo Social núm. 2 de Logroño de 31 de marzo de 2020, proc. núm. 153/2020).

⁴⁵ Ante la falta de material adecuado, «los profesionales sanitarios están trabajando con batas permeables, chubasqueros, bolsas de basura, sus propias gafas, gafas de buceo y aquellos otros medios que se les ocurre agudizando su ingenio para protegerse frente al COVID-19 y evitar la propagación de la enfermedad ante la pasividad de la Administración» (Auto del Juzgado de lo Social núm. 10 de Valencia de 26 de marzo de 2020, proc. núm. 320/2020).

umentado a fecha 23 de septiembre de 2020 hasta alcanzar la cifra de 61.537 casos confirmados (Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias, 2020, p. 12).

La situación de riesgo descrita con anterioridad ha dado lugar a la solicitud por diferentes agentes, en particular organizaciones sindicales⁴⁶, de la petición de medidas cautelarísimas a través del procedimiento *inaudita parte*⁴⁷ recogido tanto en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 135 Ley 29/1998, de 13 de julio) como en la Ley reguladora de la jurisdicción social (art. 79 Ley 36/2011, de 10 de octubre), destinadas a exigir de manera judicial el cumplimiento de las previsiones recogidas en la CE (especialmente los arts. 15 y 43.1) y en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (en particular los arts. 14, 15 y 17)⁴⁸ y la puesta a disposición de los profesionales tanto de medidas colectivas como de equipos de protección individual⁴⁹ escasos durante mucho tiempo como

⁴⁶ Sobre la falta de legitimación activa para reclamar en nombre de terceras personas, ATS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 4 de mayo de 2020 (rec. 99/2020); en términos similares, Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Pontevedra de 15 de abril de 2020 (proc. núm. 86/2020) y Auto del Juzgado de lo Social número 2 de La Coruña de 6 de mayo de 2020 (proc. núm. 275/2020).

⁴⁷ «La caracterización de este tipo de medidas se define por la concurrencia de «circunstancias de especial urgencia» que, por revestir una singular premura, resulta incompatible con la demora propia de la sustanciación de la pieza de medidas cautelares. Tan poderosas han de ser estas circunstancias apremiantes, que se permite que se adopten sin oír a la parte contraria, se adoptan «inaudita parte», prescindiendo, por tanto, de un elemento vertebrador de orden procesal, como es el principio de contradicción. La urgencia, por tanto, es el presupuesto habilitante para la adopción de este tipo de medidas cautelares urgentes, siempre, naturalmente y una vez advertida la concurrencia de la urgencia, que concurren los presupuestos generales de cualquier cautela, ex artículo 130 de la Ley jurisdiccional, de un lado, que la ejecución de la actividad administrativa impugnada pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso, y, de otro, que no concorra una perturbación grave de los intereses generales» (ATS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de abril de 2020, rec. 95/2020).

⁴⁸ «Ni el real decreto constitutivo del estado de alarma, ni la legislación derivada del mismo en ningún caso excepcionan la vigencia del derecho fundamental a la vida y a la integridad física de las personas, ni consta se haya suspendido la vigencia del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley de prevención de riesgos laborales en las disposiciones concernidas en esta materia», (ATSJ del País Vasco de 23 de abril de 2020, rec. 5/2020). «Y es que ello incluso subsiste en los casos en que determinadas actividades de la función pública realizadas en situaciones de crisis y que imponen un especial sacrificio, como es el caso de la policía, las fuerzas armadas o en un ámbito mucho más cercano al que nos movemos, el personal sanitario o el de protección civil y servicios auxiliares de apoyo» (AATSJ del País Vasco de 15 y 27 de abril y 4 de mayo de 2020, recs. 4/2020, 22/2020 y rec. 9/2020). «Es más, el estado de alarma se decretó precisamente por una alerta sanitaria, y ante esta situación de riesgo masivo de contagios deben incrementarse por todas las empresas la adopción de medidas de prevención y de protección individual a los trabajadores, siendo notorio y patente el esfuerzo realizado por todos los sectores de la sociedad para proteger a los trabajadores, así supermercados, farmacias, e incluso los propios juzgados, han proveído a sus trabajadores de medios individuales de protección, tales como mascarillas, guantes o geles desinfectantes, precisamente la existencia de un mayor riesgo para la salud de los trabajadores obliga a los empresarios en general a adoptar las medidas de prevención necesarias tendentes a eliminar o paliar el riesgo, en la medida de lo posible» (Auto del Juzgado de lo Social núm. 2 de Logroño de 20 de abril de 2020, proc. núm. 153/2020).

⁴⁹ «[Así] se hace diferenciación entre las dirigidas a posibilitar el mantenimiento de las distancias necesarias evitando interacciones con el público (establecimiento de mamparas o pantallas de seguridad, cintas de

podieran ser mascarillas FFP2 y FFP3, caretas faciales, batas y mandiles impermeables, gafas de protección, calzado específico, material adecuado para la esterilización (*v. gr.*, toallitas, gel o alcohol), contenedores de residuos adecuados o desinfección diaria de centros o vehículos de trabajo⁵⁰; en algunas ocasiones, incluso, se solicita la realización a todas las personas que lo requieran de test rápidos o por técnica PCR⁵¹, además de la puesta a disposición del personal de kits de diagnóstico rápido para detectar antígenos o hisopos⁵².

A este respecto, se han pronunciado órganos tanto de la jurisdicción social como contencioso-administrativa con resultados dispares, habida cuenta de que:

[...] las decisiones judiciales dictadas han divergido también en su decisión de denegar o adoptar las medidas cautelárisimas solicitadas con padecimiento del derecho a la tutela judicial efectiva en circunstancias en que la unificación de criterios judiciales, como es patente, no puede tener lugar (Casas Baamonde y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, 2020, p. 344).

Antes de entrar en semejante materia, es necesario dar cuenta de una cuestión previa, a saber, cuál es la autoridad competente que está obligada a prestar la protección requerida por las personas trabajadoras, si el ministro de Sanidad, como autoridad competente delegada al respecto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del RD 463/2020, o, en cambio, siguen concernidas también las autoridades autonómicas o locales como encargadas de cumplir cuanto dispone la normativa preventiva.

Algunas resoluciones no dudan en situar la responsabilidad en esta materia en el Ministerio de Sanidad de conformidad con lo previsto en los preceptos ya referidos del RD 463/2020⁵³. Sin embargo, mientras para algún fallo muy excepcional dicho gravamen es

seguridad, balzamiento) y las dirigidas a obtener la protección personal de las personas trabajadoras ante el riesgo de contagiar y ser contagiadas (puesta a disposición de la plantilla de mascarillas, guantes y geles de base alcohólica o soluciones hidroalcohólicas)» (ATSJ del País Vasco de 30 de abril de 2020, rec. 8/2020).

⁵⁰ La carestía de estos productos durante muchas semanas ha llevado incluso a autorizar judicialmente la incautación de aquellos que se han ocultado con fines ilícitos y su puesta a disposición de la autoridad sanitaria competente (Auto del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Logroño de 1 de abril de 2020, proc. núm. 267/2020).

⁵¹ ATS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de abril de 2020 (rec. 98/2020); AATSJ del País Vasco de 17, 21, 23 (dos), 24 y 30 de abril de 2020 (recs. 14/2020, 16/2020, 5/2020, 20/2020, 6/2020 y 7/2020); o Auto del Juzgado de lo Social número 2 de Logroño de 31 de marzo de 2020 (proc. núm. 153/2020).

⁵² Auto del Juzgado de lo Social número 1 de León de 6 de abril de 2020 (proc. núm. 239/2020).

⁵³ AATS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 31 de marzo y 20 de abril de 2020 (medidas cautelares 91/2020 y 91/2020).

En algún caso la responsabilidad concierne al Ministerio de Justicia, por tratarse de una medida solicitada por los letrados de la Administración de Justicia (Auto del Juzgado de lo Social núm. 41 de Madrid de 19 de marzo de 2020, proc. núm. 356/2020), incluyendo también a la Fiscalía General del Estado,

exclusivo del órgano estatal⁵⁴, para otros pronunciamientos la carga debe ser compartida con el resto de Administraciones públicas territoriales con competencias en la materia⁵⁵.

De esta manera, se ha fallado sobre la responsabilidad que deben asumir las consejerías competentes de las comunidades autónomas⁵⁶ a las que se condena a adoptar medidas para proteger a las personas empleadas en los considerados como servicios esenciales y a ofrecer cobertura oportuna también para estos últimos aumentando los recursos necesarios para darles una adecuada protección⁵⁷.

cuando la tutela cautelar es incoada por una asociación de fiscales en el marco de la actuación judicial (Auto del Juzgado de lo Social núm. 13 de Madrid de 25 de marzo de 2020, proc. núm. 362/2020).

⁵⁴ Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de Barcelona de 27 de marzo de 2020 (proc. núm. 111/2020).

⁵⁵ No se debe olvidar que el marco normativo estatal dictado a partir de la declaración del estado de alarma «permite y obliga a las comunidades autónomas a adoptar las medidas oportunas para la efectividad de los objetivos que se quieren lograr con la declaración del estado de alarma» (STSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de Castilla y León/Valladolid de 25 de marzo de 2020, rec. 145/2020). Del mismo parecer, Auto del Juzgado de lo Social número 1 de Segovia de 6 de abril de 2020 (proc. núm. 222/2020). «Consecuentemente, centralizándose la gestión sanitaria en las Administraciones públicas autonómicas y locales, concluimos sobre la legitimación pasiva de la Administración demandada, en relación a la adopción de la medida cautelar instada, sin perjuicio de lo que, en su caso, proceda ulteriormente resolver» (ATSJ de Cataluña de 22 de abril de 2020, rec. 15/2020). En consecuencia, «la Gerencia sigue conservando sus facultades como empresario público en lo que respecta a las decisiones sobre su personal, entre las que indudablemente se encuentra la prevención de riesgos laborales» (ATSJ de Castilla y León/Valladolid de 13 de abril de 2020, rec. 5/2020); del mismo parecer, ATSJ de Castilla y León/Valladolid de 12 de mayo de 2020 (rec. 6/2020).

Sobre la extensión de la responsabilidad a otras personas distintas, se ha señalado la falta de legitimación pasiva pues la «sala no puede admitir unas medidas cautelares contra un elenco de mutuas y servicios de prevención sin la más mínima concreción ni argumentación al respecto, y mucho menos "inadita parte"» (ATSJ del País Vasco de 27 de abril de 2020, rec. 22/2020).

⁵⁶ En este sentido, se ha procedido incluso a advertir la posible comisión de un delito del artículo 316 del Código Penal, si el departamento correspondiente no procede a dar respuesta adecuada al requerimiento judicial, valorando la sala la proyección y aplicación misma de las medidas requeridas, pues el estado de alarma no modifica la responsabilidad del Gobierno y sus agentes prevista en la Constitución y las leyes (AATSJ de Cataluña de 5 y 16 abril de 2020, recs. 9/2020 y 13/2020), o se han abierto diligencias previas solicitando información para conocer en qué momento la Administración pudo tener constancia de la enfermedad (Providencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 51 de Madrid de 21 de abril de 2020, proc. núm. 607/2020). Asimismo, se ha presentado alguna querrela penal, aunque la causa se ha sobreesido (Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Cangas de 21 de abril de 2020, proc. núm. 170/2020).

⁵⁷ Entre muchas, AATSJ del País Vasco de 23 de marzo y 15, 17 y 21 de abril de 2020 (recs. 20/2020, 4/2020, 14/2020 y 16/2020); Madrid de 1 de abril de 2020 (rec. 318/2020); y Cataluña de 5, 16 y 22 de abril y 4 de mayo de 2020 (recs. 9/2020, 13/2020, 15/2020 y 26/2020); ATSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de Madrid de 21 de abril de 2020 (rec. 428/2020); o Autos del Juzgado de lo Social número 31 de Madrid de 25 de marzo de 2020 (proc. núm. 348/2020), número 6 de Alicante de 26 de marzo y 18 de mayo de 2020 (proc. núm. 286/2020 y 315/2020), número 1 de Ávila de 26 de marzo de 2020

Por su claridad cabe dar cuenta en este sentido de ciertos pronunciamientos que no dejan dudas al respecto, pues la asunción de competencias por el Ministerio de Sanidad a través de los preceptos ya reseñados del RD 463/2020 no puede ser confundida con la posición de la persona empleadora en sentido amplio que recoge la normativa preventiva en España, ni exonera de sus responsabilidades a otras Administraciones como expresamente indica el artículo 12.2 de la norma reglamentaria⁵⁸, de manera que:

[...] la declaración del estado de alarma, efectuada por el RD 463/2020, y su prórroga, no convierte al Ministerio de Sanidad en el «empleador» del personal sanitario (estatutario) de la Junta de Castilla y León, continuando el mismo bajo la dependencia, ámbito organizativo y retributivo –la nómina se la sigue pagando la CC. AA.– de la Gerencia de Salud de dicha Administración autonómica⁵⁹.

(proc. núm. 164/2020), número 2 de Ciudad Real de 26 de marzo de 2020 (proc. núm. 229/2020), número 10 de Valencia de 26 de marzo de 2020 (proc. núm. 320/2020), número 4 de Castellón de la Plana de 27 de marzo de 2020 (rec. 222/2020), número 1 de Guadalajara de 27 de marzo de 2020 (proc. núm. 235/2020), número 1 de León de 27 de marzo de 2020 (proc. núm. 239/2020), número 1 de Palencia de 27 de marzo de 2020 (proc. núm. 171/2020), número 1 de Santander de 27 de marzo de 2020 (proc. núm. 193/2020), número 1 de Segovia de 27 de marzo de 2020 (proc. núm. 222/2020), número 2 de Toledo de 27 de marzo de 2020 (proc. núm. 338/2020), número 1 de Zamora de 27 de marzo y 3 de abril de 2020 (procs. núm. 160/2020 y 160/2020), número 2 de Albacete de 30 de marzo de 2020 (proc. núm. 250/2020), número 1 de Vitoria de 30 de marzo de 2020 (proc. núm. 184/2020), número 2 de Logroño de 31 de marzo y 20 de abril de 2020 (procs. núm. 153/2020 y 153/2020), número 3 de Plasencia de 1 de abril de 2020 (proc. núm. 148/2020) y número 1 de Segovia de 6 de abril de 2020 (proc. núm. 222/2020).

⁵⁸ «Ello supone que cada Administración sanitaria mantiene la titularidad y la gestión de los servicios bajo la coordinación obligatoria del Ministerio de Sanidad, que podrá impartirles órdenes directas» (Auto del Juzgado de lo Social núm. 1 de Soria de 1 de abril de 2020, proc. núm. 112/2020), lo cual «determinará, por ejemplo, que pueda ser el Ministerio de Sanidad el que reasigne los recursos sanitarios entre distintas Administraciones –decisión impugnabile, en su caso, ante la citada jurisdicción–, pero en modo alguno convierte al Ministerio de Sanidad en Administración empleadora a nivel nacional» (Auto del Juzgado de lo Social núm. 1 de Soria de 8 de abril de 2020, proc. núm. 112/2020). En este sentido, la pretensión no puede dirigirse más que frente a la Administración empleadora que sigue conservando sus competencias en relación con el personal a su servicio y ello aun cuando se haya producido una «centralización» en la gestión de recursos (Auto del Juzgado de lo Social núm. 1 de Zamora de 3 de abril de 2020, proc. núm. 160/2020), habida cuenta de que «el real decreto de declaración de estado de alarma no ha alterado el régimen de atribución de competencias autonómicas en materia de gestión de medios y recursos en materia sanitaria» y por consiguiente «la gestión, como resulta evidente, incluye proveer a los trabajadores sanitarios y demás personal que se encuentra prestando servicios en los centros a los que va dirigida la medida cautelar de los recursos y medios necesarios en materia de protección de riesgos laborales que eviten poner en peligro su salud» (Auto del Juzgado de lo Social núm. 1 de Ávila de 7 de abril de 2020, proc. núm. 164/2020).

⁵⁹ Auto del Juzgado de lo Social número 1 de León de 6 de abril de 2020 (proc. núm. 239/2020). En términos muy parecidos, Auto del Juzgado de lo Social número 3 de Plasencia (proc. núm. 148/2020).

3.2.1. La protección del personal esencial a través de la adopción de medidas de protección cautelarísimas

Los argumentos de aquellos pronunciamientos que han considerado ajustado a derecho conceder las medidas cautelarísimas pueden ser resumidos bajo los siguientes parámetros:

- Se trata de un asunto de la máxima trascendencia, pues no solamente está en juego el derecho fundamental a la integridad física y la preservación de la salud del personal sanitario (u otro personal que se ha considerado esencial y que presta servicios en lo que se ha denominado primera línea de combate contra la pandemia⁶⁰), sino que también se encuentran concernidos los mismos derechos para las personas a las que atienden, de manera que se trata potencialmente de toda la población en general y, tratándose de un «interés público común que en medio de la pandemia adquiere un carácter esencial, su preservación, en consecuencia, ha de ser el criterio principal a tener en cuenta y no parece necesario explicar que frente a él no se vislumbran intereses diferentes merecedores de mejor protección»⁶¹ de manera que es menester conceder la medida cautelar solicitada al no haber alcanzado de manera óptima y plena la distribución de los medios de protección a quienes prestan servicios en el sector sanitario⁶².
- Concurrencia de los requisitos necesarios exigidos legalmente para conceder la medida en tanto en cuanto se puede apreciar una apariencia de buen derecho y existe un peligro real por la tardanza en resolver el asunto, pues si la medida solicitada no se atendiera en este momento, la demanda presentada podría perder en el futuro su finalidad legítima, pudiendo causar serios perjuicios de muy difícil reparación para la persona recurrente al estar en juego su salud⁶³.

⁶⁰ «Los miembros de la policía están expuestos a diario, no solo por su condición de servicios esenciales con deber de asistir a sus puestos de trabajo, sino, en muchos casos, y de añadido, por las concretas funciones de seguridad y orden público derivadas del estado de alarma decretado por el Gobierno» (ATSJ de Cataluña de 5 de abril de 2020, rec. 9/2020).

«[Asimismo], resulta notorio que los riesgos relacionados con la exposición al coronavirus en el ámbito laboral concurren en el personal sanitario asistencial y no asistencial, en supuestos de atención a casos confirmados o en investigación sintomáticos» (ATSJ de Cataluña de 22 de abril de 2020, rec. 15/2020).

⁶¹ ATJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de abril de 2020 (rec. 91/2020).

⁶² «La urgencia es clara, no resultando de recibo ni concebible que, tras más de 10 días de la declaración del estado de alarma, el material imprescindible para proteger a los sanitarios y por ende, a los pacientes que tratan, siga sin llegar a los hospitales y demás centros que lo precisan, o no al menos ni con la premura ni en la cuantía que se precisa» (Auto del Juzgado de lo Social núm. 2 de Ciudad Real de 26 de marzo de 2020, proc. núm. 229/2020).

⁶³ Autos del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Tarragona de 27 de marzo y 3 de abril de 2020 (procs. núm. 37/2020 y 39/2020).

Así, en cuanto al primero de los requisitos reseñados⁶⁴ (el *fumus boni iuris*), resulta patente que los equipos de protección individual solicitados son necesarios para que quienes tienen que continuar su actividad profesional durante este estado excepcional puedan desempeñar su quehacer con unas condiciones mínimas de seguridad y que se pueden extraer sin ningún esfuerzo de los artículos 14 y 15 de la Ley de prevención de riesgos laborales y 3 del RD 486/1997⁶⁵, tratando de tutelar, conforme se ha indicado ya a lo largo del presente trabajo, no solamente unos derechos individuales (la integridad física y moral y la salud de las personas empleadas), sino una prerrogativa colectiva (la salud pública de toda la ciudadanía).

En cuanto hace al segundo de los presupuestos (el *periculum in mora*), su presencia parece todavía más palpable como consecuencia de la declaración del estado de alarma y los datos que a diario están ofreciendo tanto las autoridades sanitarias como los medios de comunicación de masas o las redes sociales, que están destacando el papel central que el personal sanitario (y otros colectivos que están haciendo frente en primera línea, de forma directa y desde el primer momento a la crisis sanitaria, cabría añadir) está jugando en la lucha contra la pandemia, de manera que su protección es aún más necesaria que nunca para evitar un colapso en el sistema con el riesgo que ello conlleva para toda la población, que se quedaría sin personal cualificado para atender sus necesidades de salud⁶⁶.

⁶⁴ Siguiendo en la exposición el Auto del Juzgado de lo Social número 1 de León de 27 de marzo de 2020 (proc. núm. 239/2020).

⁶⁵ «Por tanto, la obligación legal de proteger a los trabajadores por parte de la empresa o Administración empleadora implica también la obligación de dotarles de los medios preventivos necesarios para que realicen su trabajo en las mínimas condiciones de seguridad» (Autos del Juzgado de lo Social núm. 31 de Madrid de 25 de marzo de 2020, proc. núm. 348/2020; núm. 2 de Ciudad Real de 26 de marzo de 2020, proc. núm. 229/2020; núm. 3 de León de 26 de marzo de 2020, proc. núm. 234/2020; núm. 10 de Valencia de 26 de marzo de 2020, proc. núm. 320/2020; núm. 1 de Segovia de 27 de marzo de 2020, proc. núm. 222/2020; núm. 2 de Toledo de 27 de marzo de 2020, proc. núm. 338/2020; núm. 1 de Zamora de 27 de marzo de 2020, proc. núm. 160/2020; núm. 2 de Albacete de 30 de marzo de 2020, proc. núm. 250/2020; núm. 1 de Vitoria de 30 de marzo de 2020, proc. núm. 184/2020; y núm. 1 de Segovia de 4 de mayo de 2020, proc. núm. 248/2020).

⁶⁶ Auto del Juzgado de lo Social número 1 de León de 27 de marzo de 2020 (proc. núm. 239/2020).

«Es también un hecho notorio que no existen vacunas ni otras profilaxis frente al Covid-19 y que el riesgo de contagio es superior al de otros virus» (Auto del Juzgado de lo Social núm. 1 de Soria de 1 de abril de 2020, proc. núm. 112/2020), de manera que «esta circunstancia no solo compromete seriamente la salud e integridad del personal sanitario, sino que pone en riesgo el normal funcionamiento de los servicios gestionados por la Gerencia de Asistencia Sanitaria de Soria, al incrementar exponencialmente el riesgo de contagio por Covid-19 de los propios sanitarios –con la consiguiente merma de recursos personales frente al notable incremento de la demanda de servicios– y de los pacientes –con la consiguiente saturación de los servicios sanitarios y el riesgo vital derivado de ello–» (Auto del Juzgado de lo Social núm. 1 de Soria de 8 de abril de 2020, proc. núm. 112/2020). Es más, «de las pocas certezas a día de hoy existentes en orden a la Covid 19 y en la que coinciden tanto los científicos, autoridades sanitarias,

En fin, la urgencia de la petición se encuentra justificada como consecuencia de la evolución tan rápida y vertiginosa de la pandemia, pudiendo las autoridades competentes haber articulado, al menos desde el 30 de enero de 2020 (fecha en la cual la OMS declaró la enfermedad como emergencia de salud pública de importancia internacional), mecanismos de protección tanto individual como colectiva para minimizar en la medida de lo posible las consecuencias de la pandemia⁶⁷ y que no solamente alcanza al deber de la persona empleadora de proteger la salud de su plantilla, sino también, en cuanto actúe como Administración pública, abarca la prerrogativa del/de la paciente a recibir por parte del sistema sanitario unos cuidados adecuados, con el fin de proteger como conviene su salud y, en particular, salvar el mayor número de vidas posible⁶⁸.

- Es necesario dar cumplimiento, conforme se ha dicho, a lo señalado en la normativa preventiva aplicable en España, la cual establece un deber de protección y una deuda de seguridad para la empresa, configurándose como una obligación de carácter abierto, dinámico, permanente y continuo, resultando necesario, a fin de cumplir cuanto establecen los artículos 14 y siguientes de la Ley 31/1995⁶⁹,

epidemiólogos y, en suma, los expertos en la materia, está en el «peligro» que representan las personas asintomáticas y, sin embargo, positivas, portadoras del virus, puesto que sin síntomas de enfermedad transmiten la infección, siendo esta la razón por la que la OMS lleva tiempo aconsejando la realización masiva de test [...]. En definitiva, la necesidad de reforzar la detección precoz para detectar los asintomáticos positivos (planteándose el Ejecutivo incluso el aislamiento –voluntario– en infraestructuras habilitadas a los contagiados asintomáticos)» (ATSJ del País Vasco de 21 de abril de 2020, rec. 16/2020). «Mientras tanto, los empleados públicos se encuentran desprotegidos en la realización de sus funciones, en contacto con ciudadanos, ignorando si han sufrido el coronavirus pandémico que nos ataca y han alcanzado la inmunidad o se han contagiado y son asintomáticos, pero son fuente de contagio exponencial a todo aquel al que atiendan, además de poder estar sufriendo síntomas de la enfermedad no graves no siendo diagnosticada la enfermedad ni atendida médicamente al no realizarse el test» (Auto del Juzgado de lo Social núm. 1 de Alicante de 18 de mayo de 2020, proc. núm. 315/2020).

⁶⁷ Auto del Juzgado de lo Social número 1 de León de 6 de abril de 2020 (proc. núm. 239/2020).

⁶⁸ Autos del Juzgado de lo Social número 31 de Madrid de 25 de marzo de 2020 (proc. núm. 348/2020), número 2 de Ciudad Real de 26 de marzo de 2020 (proc. núm. 229/2020), número 10 de Valencia de 26 de marzo de 2020 (proc. núm. 320/2020) y número 4 de Castellón de la Plana de 27 de marzo de 2020 (proc. núm. 222/2020). En términos parecidos, Autos del Juzgado de lo Social número 1 de Ávila de 26 de marzo de 2020 (proc. núm. 164/2020) y número 2 de Badajoz de 2 de abril de 2020 (proc. núm. 305/2020).

⁶⁹ «No hay que olvidar que, en la exigencia de dicha obligación, el juez social se convierte en el garante último de la normativa de prevención de riesgos laborales, incluso con carácter previo a la posible causación del daño, por lo que debe adoptar y exigir que se cumplan las medidas preventivas pertinentes» (Autos del Juzgado de lo Social núm. 31 de Madrid de 25 de marzo de 2020, proc. núm. 348/2020; núm. 2 de Ciudad Real de 26 de marzo de 2020, proc. núm. 229/2020); núm. 3 de León de 26 de marzo de 2020, proc. núm. 234/2020; núm. 10 de Valencia de 26 de marzo de 2020, proc. núm. 320/2020; núm. 1 de Guadalajara de 27 de marzo de 2020, proc. núm. 235/2020; núm. 1 de Zamora de 27 de marzo de 2020, proc. núm. 160/2020; núm. 3 de Plasencia de 1 de abril de 2020, proc. núm. 148/2020; y núm. 2 de Badajoz de 2 de abril de 2020, proc. núm. 305/2020).

que la persona titular de la unidad productiva en la actual coyuntura establezca medidas destinadas a proteger a las personas trabajadoras frente al riesgo de contagio por el coronavirus SARS-Cov-2⁷⁰.

Y dicha obligación no puede dejar de cumplirse por las dificultades para adquirir equipos de protección adecuados y el desabastecimiento existente en el mercado, habida cuenta de que la obligación es de difícil pero no de imposible cumplimiento⁷¹, de manera que «la falta de dotación de medios de protección necesarios por la Administración/empleadora demandada constituye un hecho negativo de prueba diabólica para la parte solicitante, correspondiendo a la parte demandada acreditar, en su caso, que sí ha llevado a cabo las actuaciones pertinentes para dotar al personal sanitario de medios de protección eficaces frente a la pandemia»⁷², dada la mayor disponibilidad y facilidad que tiene para ello en tanto poder público⁷³.

De esta manera, la persona empleadora:

[...] debería haber tenido provisión de dichos equipos en cantidad suficiente para atender, al menos, las necesidades ordinarias de su personal a medio plazo, así como para atender un eventual incremento de las

⁷⁰ Deber que alcanza a la empresa principal en una concesión administrativa, quien, en aplicación del artículo 24.3 de la Ley 31/1995, tiene la obligación de vigilar que sus contratistas cumplen con la normativa preventiva (AATSJ de Extremadura de 24 de abril de 2020, rec. 2/2020, y Castilla y León/Valladolid de 12 de mayo de 2020, rec. 6/2020).

⁷¹ STSJ del País Vasco de 3 de junio de 2020 (rec. 20/2020). En efecto, «no estamos ante una obligación de imposible cumplimiento, máxime si atendemos al volumen económico de la empresa que ahora solicita la suspensión de las medidas acordadas» (Auto del Juzgado de lo Social núm. 8 de Las Palmas de Gran Canaria de 30 de marzo de 2020, proc. núm. 339/2020), habida cuenta de que «el deber de protección de la salud es de tracto sucesivo y subsiste mientras subsisten los riesgos que lo originan» (Auto del Juzgado de lo Social núm. 1 de Soria de 8 de abril de 2020, proc. núm. 112/2020). Además, «también es notorio que en todo el territorio nacional existen entidades públicas y privadas que han adquirido y recibido material, tanto de empresas internacionales como de empresas españolas que en estos momentos se encuentran dedicadas a la fabricación en exclusiva de los EPIS que se solicitan, de modo que no se trata de una obligación de imposible cumplimiento sino de difícil cumplimiento, extremo que no hace decaer su deber al respecto» –Auto del Juzgado de lo Social núm. 3 de Plasencia de 8 de abril de 2020 (proc. núm. 148/2020); en términos parecidos, Auto del Juzgado de lo Social núm. 2 de Logroño de 20 de abril de 2020 (proc. núm. 153/2020)–, debiendo distinguir la situación en los momentos más duros de la pandemia de aquellos otros en los que comenzaron a adoptarse medidas de desescalada hacia la nueva normalidad, pues la situación «difiere, de forma relevante, de la actual y en la que confluye una dinámica divergente (al coincidir la disminución de los contagios con el incremento del suministro de las medidas protectoras) de la que razonablemente habrá de derivarse una disponibilidad entonces insuficientemente justificada» (ATSJ de Cataluña de 4 de mayo de 2020, rec. 26/2020).

⁷² Autos del Juzgado de lo Social número 10 de Valencia de 26 de marzo de 2020 (proc. núm. 320/2020) y número 1 de Segovia de 27 de marzo y 6 de abril de 2020 (procs. núm. 222/2020 y 222/2020).

⁷³ Auto del Juzgado de lo Social número 1 de Ávila de 7 de abril de 2020 (proc. núm. 164/2020).

necesidades por la aparición de brotes epidémicos puntuales; previsión que consideramos que debería haberse incrementado tras la declaración por la OMS del brote de nuevo coronavirus 2019 (Covid-19) como emergencia de salud pública de importancia internacional (ESPII) efectuada el 30 de enero de 2020 [...]; así como a la vista del informe de la OMS de 3 de febrero de 2020, sobre «Preparación estratégica y plan de respuesta al Covid-19» [...]; y, de otra parte, por la propia evolución de la enfermedad en otros países –China e Italia, sobre todo, a que ya nos hemos referido–, que razonablemente anticipaba el resultado en los demás países, incluida España [...]; y, que, hubiera debido servir para incrementar dichas previsiones de protección del personal sanitario, tanto por las exigencias de la normativa relativa a la prevención de riesgos laborales, como por la elemental razón de que el personal sanitario –dada la importantísima función que está llamado a desempeñar en cualquier pandemia– ha de estar dotado de las máximas protecciones posibles para su propia salud, evitando la afectación de su integridad física o moral, o incluso de su propia vida (art. 15 CE), derechos fundamentales básicos de cualquier persona en un Estado de Derecho como el nuestro, que no han de verse afectados ni restringidos, en modo alguno, por la declaración del estado de alarma (art. 116.2 CE y Ley orgánica 1/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio)⁷⁴.

Tales medidas deben entrar en juego para evitar posibles exposiciones a riesgos biológicos como los provocados por este coronavirus⁷⁵, pero deben ser aplicadas

⁷⁴ Siguiendo en la exposición, los claros e inspiradores argumentos jurídicos del Auto del Juzgado de lo Social número 1 de León de 6 de abril de 2020 (proc. núm. 239/2020). En términos similares, Auto del Juzgado de lo Social número 2 de Ciudad Real de 26 de marzo de 2020 (proc. núm. 229/2020).

«[Es más] la imprevisibilidad que aducen las demandadas resulta desvirtuada en atención a los numerosos avisos y recomendaciones de la OMS, desde enero de 2020, y acrecentados en febrero de 2020, y asimismo, con los propios informes del Gobierno desde el 23 de enero de 2020, de los que se desprenden que conocían esos datos de la OMS, y por tanto, podían prever la forma de propagación del virus entre personas, debido a las recomendaciones de distanciamiento social y acopio de EPIS para sanitarios, con objeto de evitar la propagación derivada del estrecho contacto con los afectos. Se alega por la defensa de las demandadas que otros coronavirus no se habían propagado con tanta intensidad y no se podía prever que en este caso fuera de tal intensidad. Sin embargo, una cosa es que se confiara fervientemente en que el nuevo coronavirus se comportara en cuanto a su propagación como otros, el SARS-CoV o el MERS-CoV, siendo menor la propagación precisamente por ser más letales, y otra, que no fuera previsible que habiendo habido otras pandemias por coronavirus, ahora no llegara a España» (Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Teruel de 3 de junio de 2020, proc. núm. 114/2020).

⁷⁵ «El empresario garantizará una vigilancia adecuada y específica de la salud de los trabajadores en relación con los riesgos por exposición a agentes biológicos, realizada por personal sanitario competente, según determinen las autoridades sanitarias en las pautas y protocolos que se elaboren, debiendo ofrecerse esta protección tanto antes de la exposición, como con la periodicidad que los conocimientos médicos aconsejen, considerando el agente biológico, el tipo de exposición y la existencia de pruebas eficaces

de manera proporcional y proporcionada, pues no existen otros medios más adecuados para obtener el fin primordial de proteger la salud de las personas empleadas, la clientela de la empresa y la población en general. Pero ello no impide tener en cuenta la realidad circundante y ante:

[...] la notoria y conocida escasez de determinados medios de producción impide un pronunciamiento global con determinación de plazo mínimo exigible, que a la postre sería de difícil ejecución al convertirse en una especie de obligación de hacer dificultosa, cuando no de difícil cumplimiento y ejecución, en los momentos de devengo y adquisición de muchos de los test de detección de anticuerpos para Covid-19, máxime cuando nuestro requerimiento judicial para proporcionar a este colectivo demandante específico transporte sanitario esas medidas de protección necesarias para ejercer su profesión en condiciones de seguridad, aun de ser preferentes predeterminantes y necesarios, tampoco debería condicionar y desatender cualesquiera otros colectivos profesionales de idéntica prioridad o si se quiere vulnerabilidad, que podrá ser objeto de matización por las contrapartes⁷⁶.

- Se trata de medidas de protección destinadas a colectivos especialmente vulnerables a la exposición de la COVID-19⁷⁷, en los que no juega solamente el interés privado de quien reclama (dada la mayor letalidad que afecta a estas personas⁷⁸), sino la salud pública de toda la población, pues su mayor predisposición a contraer la enfermedad puede ser una fuente de contagio que hay que combatir⁷⁹.

de detección precoz; y siempre que sea necesario por haberse detectado en algún trabajador, con exposición similar, una infección o enfermedad que pueda deberse a la exposición a agentes biológicos» (ATSJ del País Vasco de 30 de abril de 2020, rec. 7/2020).

⁷⁶ ATSJ del País Vasco de 24 de abril de 2020 (rec. 6/2020). En el mismo sentido, ATSJ del País Vasco de 21 de abril de 2020 (rec. 16/2020) y Auto del Juzgado de lo Social número 2 de Logroño de 31 de marzo de 2020 (proc. núm. 153/2020).

⁷⁷ «Los principales grupos vulnerables son los mayores de 60 años, y aquellas personas diagnosticadas de hipertensión arterial, diabetes, enfermedades cardiovasculares, enfermedades pulmonares crónicas, cáncer, inmunodeficiencias, y el embarazo por el principio de precaución» (Auto del Juzgado de lo Social núm. 8 de Santa Cruz de Tenerife de 23 de marzo de 2020, proc. núm. 276/2020).

⁷⁸ ATSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de Madrid de 21 de abril de 2020 (rec. 428/2020).

⁷⁹ Autos del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Tarragona de 27 de marzo y 3 de abril de 2020 (reces. 37/2020 y 39/2020).

«No debe perderse de vista que la protección de la salud de los trabajadores es vital, no solo para proteger su salud, la de sus familiares y la colectiva, sino para salvaguardar la integridad de los usuarios del CAD, que constituyen un grupo especialmente vulnerable» (Auto del Juzgado de lo Social núm. 1 de Santander de 27 de marzo de 2020, proc. núm. 193/2020).

De constatarse un incumplimiento de las previsiones preventivas señaladas, no han faltado resoluciones judiciales que, de manera tajante, han concluido la contravención de derechos fundamentales como la integridad física y la salud de las personas empleadas⁸⁰ pues la actuación empresarial:

[...] o mejor dicho su conducta omisiva durante un determinado periodo ha supuesto un: «riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse», y, por ende, ha generado: «un peligro grave y cierto para la salud» [...]. Periodo que, aunque en una primera aproximación pudiera no ser significativo desde un punto de vista temporal, dada la rapidez de expansión e importancia de esta pandemia cobra virtualidad por sí mismo. Sin embargo, también existen circunstancias que atemperan la trascendencia de su inactividad. Por ejemplo, que esta situación era difícil de prever en un primer momento, sobre todo en relación con unos efectos tan negativos. Pero una vez que se conocen en mayor o menor grado, existió un claro retraso a la hora de reaccionar de una manera rauda y eficaz⁸¹.

3.2.2. La negativa a adoptar medidas cautelarísimas de protección de las personas empleadas esenciales

En sentido contrario a la adopción de las medidas solicitadas lo han hecho determinados fallos bajo los criterios judiciales a continuación expuestos:

- No concurren los presupuestos habilitantes para proceder a dictar una medida cautelarísima como la solicitada, y mucho menos sin permitir a la Administración concernida poder defenderse ante el tribunal, habida cuenta de que:

[...] la cuestión jurídica a resolver en este momento, sin embargo, no es la insuficiencia de medios sino si puede ser reprochada como resultado de una inactividad antijurídica de la Administración y, mientras que no es discutible esa carencia, esta sala carece de elementos suficientes para afirmar que existe tal inactividad y, mucho menos, sin oír antes a la Administración⁸².

⁸⁰ «Procede afirmar, como reconoce el TC, la existencia de una conexión entre la protección de la salud y la integridad física hasta el punto de que, en ciertas ocasiones, cabe entender vulnerado el derecho fundamental de integridad física si existiera un peligro grave y cierto, o un efectivo daño a la salud» (Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Teruel de 3 de junio de 2020, proc. núm. 114/2020).

⁸¹ STSJ del País Vasco de 3 de junio de 2020 (rec. 14/2020).

⁸² ATS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 31 de marzo de 2020 (medidas cautelares 91/2020). En términos similares, AATS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de abril de 2020 (rec. 98/2020) y 4 (tres) de mayo de 2020 (recs. 99/2020, 103/2020 y 104/2020); Autos de la Audiencia Nacional de 6

- La protección de los/las profesionales de la sanidad (y otros colectivos distintos), conforme se ha indicado, es un asunto de la máxima importancia con el fin de que su abnegada labor por salvar vidas no se vea obstaculizada por poner en riesgo su propia vida y salud y la de las personas con quienes tengan contacto, de manera que es menester proveerlas de todos los medios posibles con el fin de protegerlas. Ahora bien:

[...] no consta ninguna actuación contraria a esa exigencia evidente y sí son notorias las manifestaciones de los responsables públicos insistiendo en que se están desplegando toda suerte de iniciativas para satisfacerla. En estas circunstancias, como hemos dicho, no hay fundamento que justifique la adopción de las medidas provisionalísimas indicadas. Es decir, no se han traído a las actuaciones elementos judicialmente asequibles, los únicos que cabe considerar en el proceso, en cuya virtud deban acordarse sin oír a la Administración⁸³.

- Dadas las circunstancias en las que se ha desarrollado la pandemia caracterizadas por la escasez de material de protección y la reserva del mismo para el personal sanitario, es necesario ponderar como conviene las circunstancias en juego y si el personal expuesto tiene un riesgo bajo de contagio según los protocolos facilitados por las autoridades sanitarias, no hay una ausencia total de material, sino que este ha sido proporcionado en cierta medida y el no facilitado es por la dificultad para su adquisición, no resulta posible «imponer a la empresa una obligación de imposible cumplimiento en la actualidad»⁸⁴, debiendo aplicar para resolver el litigio «las leyes de la lógica y la realidad»⁸⁵, siendo menester operar con lo posible y no con lo deseable⁸⁶.

En consecuencia, no se está en presencia de un:

[...] supuesto de infracción de las normas de prevención de riesgos laborales, que vienen establecidas para evitar los riesgos profesionales

(tres) de abril de 2020 (procs. núm. 97/2020, 98/2020 y 100/2020) y ATSJ de Castilla y León/Burgos de 9 de abril de 2020 (rec. 1/2020).

⁸³ ATS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de marzo de 2020 (rec. 88/2020). Siguiéndola, AATSJ de Canarias/Las Palmas de 27 de marzo de 2020 (rec. 22/2020) y Castilla y León/Valladolid de 13 de abril de 2020 (rec. 5/2020).

⁸⁴ Auto del Juzgado de lo Social número 1 de Pamplona de 8 de abril de 2020 (proc. núm. 227/2020). Del mismo parecer, AATSJ de Murcia de 13 de abril de 2020 (rec. 1/2020) y País Vasco de 15, 23, 30 de abril y 4 de mayo de 2020 (recs. 12/2020, 5/2020, 8/2020 y 9/2020), y Autos del Juzgado de lo Social número 2 de Salamanca de 30 de marzo de 2020 (proc. núm. 234/2020) y número 4 de Pamplona de 7 de abril de 2020 (proc. núm. 222/2020).

⁸⁵ Auto del Juzgado de lo Social número 8 de Santa Cruz de Tenerife de 23 de marzo de 2020 (proc. núm. 276/2020).

⁸⁶ Auto del Juzgado de lo Social número 4 de Orense de 27 de abril de 2020 (proc. núm. 174/2020).

habituales del puesto de trabajo, sino ante riesgos extraordinarios y ajenos a cualquier previsión ordinaria, derivados de la pandemia generada por la COVID-19, cuya evaluación devenía imposible de prever por parte de la empresa, debiendo además estar a este respecto a las instrucciones emanadas del Ministerio de Sanidad en prevención de los riesgos derivados de la COVID-19,

de manera que no procede acoger las medidas cautelarísimas solicitadas, más aún cuando «afectan con carácter general a todos los trabajadores en servicios esenciales, tampoco se podría conceder preferencia a los demandantes frente a otros colectivos indudablemente más expuestos»⁸⁷.

3.3. Las previsiones destinadas a asegurar el principio de estabilidad en el empleo y conservación del contrato de trabajo: el ERTE o la reducción de jornada como mecanismos para evitar el fin del vínculo laboral

Con la finalidad de tratar de minimizar los efectos económicos y sociales que está causando la COVID-19, el Gobierno ha introducido, a través de la vía de urgencia, determinadas disposiciones normativas cuyo fin último consiste en evitar una mayor destrucción de empleos, regulando unos mecanismos excepcionales y más flexibles de ajustes temporales en la actividad, con el fin de evitar despidos.

Así, el RDL 8/2020, de 17 de marzo, en su artículo 22, permite las suspensiones de contrato y reducciones de jornada que traigan consecuencia de fuerza mayor, con aplicación de las consecuencias previstas en el artículo 47 del ET, si bien estableciendo al respecto una serie de especialidades en cuanto al procedimiento ordinario en aras de facilitar la tramitación de los expedientes⁸⁸.

⁸⁷ Auto del Juzgado de lo Social número 39 de Madrid de 1 de abril de 2020 (proc. núm. 370/2020).

De esta manera, «unas medidas cautelares como las solicitadas nada aportarían en este escenario, porque el ministerio ya ha dispuesto la entrega de equipos y el cumplimiento de la normativa preventiva, y no cesa en sus actuaciones para intentar conseguir los medios necesarios y hacer efectiva dicha entrega» (Autos de la Audiencia Nacional de 6 (dos) de abril de 2020, procs. núm. 97/2020 y 100/2020); además, «pretender que esta sala priorice a un colectivo determinado a través de la solicitud de medidas, supone que la misma usurpe competencias de la Administración sanitaria, anticipándose a lo que dicha Administración pueda disponer una vez se dispongan de los referidos test diagnósticos» (Auto de la Audiencia Nacional de 6 de abril de 2020, proc. núm. 98/2020).

⁸⁸ «[...] se establecen medidas de flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de actividad para evitar despidos, siendo así que las medidas adoptadas en materia de suspensión temporal de contratos y reducción temporal de la jornada (ERTE) persiguen evitar que una situación coyuntural como la actual tenga un impacto negativo de carácter estructural sobre el empleo. A la luz de la experiencia internacional, este tipo de medidas que tienen por objetivo la flexibilización y agilización de los procedimientos de

De esta manera, se permiten:

[...] las suspensiones de contrato y reducciones de jornada que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia de la COVID-19, incluida la declaración del estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditados (art. 22.1 RDL 8/2020).

En este sentido, el catálogo de actividades que pueden acogerse a esta posibilidad no es cerrado, al contrario, es abierto, pues no solamente encajan aquellas en las que el Gobierno decretó su cese, no resultando posible una enumeración total de las actividades limitadas por el estado de alarma, sino también pueden encuadrarse en dicho precepto otras situaciones no expresamente descritas en las que concurran, por ejemplo, baja actividad, situación de confinamiento y limitación de movimientos⁸⁹.

Por su parte, el apartado 2 del precepto es el encargado de establecer las particularidades correspondientes al procedimiento⁹⁰, que pueden ser situadas en las siguientes:

- a) El procedimiento se iniciará mediante solicitud de la empresa, que se acompañará de un informe relativo a la vinculación de la pérdida de actividad como consecuencia del COVID- 19, así como, en su caso, de la correspondiente documentación acreditativa. La empresa deberá comunicar su solicitud a las personas trabajadoras y trasladar el informe anterior y la documentación acreditativa, en caso de existir, a la representación de estas.
- b) La existencia de fuerza mayor, como causa motivadora de suspensión de los contratos o de la reducción de jornada prevista en este artículo, deberá ser constatada por la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de personas trabajadoras afectadas.

regulación de empleo y la mejora de la cobertura, tanto para los trabajadores como para los empresarios, contribuye a minorar el impacto negativo sobre el empleo y la actividad económica, dado que se priorizará el mantenimiento del empleo sobre la extinción de los contratos» (Sentencias de la Audiencia Nacional de 29 y 30 de julio de 2020, procs. núm. 129/2020 y 130/2020).

⁸⁹ STSJ de Castilla y León/Burgos de 16 de julio de 2020 (rec. 199/2020) y Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Murcia de 1 de junio de 2020 (proc. núm. 271/2020). Denegando su aplicación a una sociedad mercantil pública, al albur de lo previsto en la disposición adicional decimoséptima del ET y disposición adicional tercera del RD 1483/2012, de 29 de octubre (Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Vitoria de 27 de mayo de 2020, proc. núm. 187/2020).

⁹⁰ Asimismo, es menester tomar en consideración las especialidades adicionales recogidas en el artículo 1 del RDL 24/2020, de 26 de junio, y referidas a la ampliación de los plazos a los que se puede extender la situación de fuerza mayor hasta, en principio, el 30 de septiembre de 2020.

c) La resolución de la autoridad laboral se dictará en el plazo de 5 días desde la solicitud, previo informe, en su caso, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y deberá limitarse a constatar la existencia, cuando proceda, de la fuerza mayor alegada por la empresa correspondiendo a esta la decisión sobre la aplicación de medidas de suspensión de los contratos o reducción de jornada, que surtirán efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor.

d) El informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, cuya solicitud será postestativa para la autoridad laboral, se evacuará en el plazo improrrogable de 5 días.

De esta manera, alguna de las especialidades más importantes son la eliminación del carácter preceptivo del informe de la Inspección de Trabajo y la pérdida de importancia de las consultas con la representación de las personas trabajadoras que se sustituye con un simple traslado de información⁹¹, si bien se refuerzan los poderes de la autoridad laboral, pues habrá de dictar resolución constatando la situación de fuerza mayor, jugando el silencio administrativo en sentido positivo en caso de ausencia de resolución expresa en tiempo y forma, al no existir previsión alguna que establezca lo contrario⁹².

Además, con el fin de reforzar el principio de conservación del contrato de trabajo, la disposición adicional sexta del RDL 8/2020 viene a establecer que las medidas previstas en el artículo 22:

[...] estarán sujetas al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de 6 meses desde la fecha de reanudación de la actividad, entendiéndose por tal la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, aun cuando esta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla;

abundando en la misma línea de actuación, el artículo 2 del RDL 9/2020, de 27 de marzo, establece que la fuerza mayor regulada en el artículo 22 del RDL 8/2020 en ningún caso va a poder entenderse como justificativa de la extinción del vínculo laboral ni del despido (art. 2 RDL 9/2020), considerando algún fallo la contravención del precepto como un despido improcedente y no nulo⁹³.

⁹¹ Sobre el alcance de dicho deber en tiempos de estado de alarma, entre otras, Sentencias de la Audiencia Nacional de 29 de julio y 7 de septiembre de 2020 (procs. núm. 124/2020 y 119/2020) o Sentencia del Juzgado de lo Social número 7 de Valencia de 8 de junio de 2020 (proc. núm. 358/2020).

⁹² Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de junio de 2020 (proc. núm. 113/2020).

⁹³ «El art. 2 del Real Decreto ley 9/2020 no introduce una prohibición. Se limita a apuntar que las causas de fuerza mayor o de carácter económico, técnico, organizativo o productivo, derivadas de la crisis por el Covid 19, que podrían justificar un expediente de regulación temporal de empleo (ERTE) de los previstos en el Real Decreto ley 8/2020 «no se podrán entender como justificativos de la extinción del contrato de trabajo ni del despido». Y un despido sin causa es improcedente; pero no nulo» (Sentencias del Juzgado de lo Social núm. 16 de Barcelona de 10 y 31 de julio de 2020, procs. núm. 348/2020 y 348/2020-B).

Tomando en consideración las previsiones anteriores, no han faltado pronunciamientos que han inadmitido la demanda presentada por no haber resuelto la Administración laboral la solicitud presentada en tanto en cuanto no se ha agotado la vía administrativa correspondiente⁹⁴.

Otros, en cambio, entran en el fondo del asunto para reconocer que:

[...] facilitar y especificar medidas de aplicación a los ERTE de suspensión de contratos o reducciones de jornada por causa de las medidas del estado de alarma supone una medida de mantenimiento del empleo, y, por tanto, no entendida esta como conservación del puesto en el sentido de continuar la relación laboral con plena disponibilidad y pago de salarios por el empleador⁹⁵.

Incluso han dado su beneplácito a aplicar medidas como las recogidas en el artículo 22 del RDL 8/2020 en el marco de un proceso concursal, pues a pesar de las dudas sobre si dichas disposiciones de la normativa de urgencia eran aplicables o no en su seno⁹⁶:

[...] las especialidades introducidas por el artículo 22 del RDL 8/2020 deben ser aplicadas también al expediente de regulación temporal de empleo de una sociedad concursada, dada la aplicación supletoria de la normativa laboral y el carácter excepcional de dicha regulación, teniendo en cuenta el propósito declarado del RDL 8/2020 de evitar que una situación coyuntural como la actual tenga un impacto negativo de carácter estructural sobre el empleo, lo que ha motivado la promulgación de este régimen excepcional de flexibilización y agilización de los procedimientos de regulación de empleo⁹⁷.

⁹⁴ «[...] la Administración demandante en este caso concreto no actúa en el ejercicio de una potestad administrativa en presencia de un interés general e investida de facultades de «imperium», sino en el marco de unas relaciones bilaterales (empresa-trabajadores) ya existente y por ello no está sujeta al derecho administrativo, en sentido estricto» (Auto del Juzgado de lo Social núm. 1 de León de 12 de mayo de 2020, proc. núm. 251/2020).

⁹⁵ Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Segovia de 21 de mayo de 2020 (proc. núm. 236/2020).

⁹⁶ «[...] el artículo 22 del RDL 8/2020, que regula las medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por causa de fuerza mayor, ha generado dudas entre los Juzgados de lo Mercantil, al no contemplar una regulación específica para los trabajadores de empresas en concurso de acreedores. Estas dudas se refieren, esencialmente, a (i) determinar cuál es el órgano competente para tramitar el procedimiento, y (ii) cuál debe ser este [...] Por tanto, a juicio de este tribunal, en el referido artículo se establece un procedimiento de excepción aplicable a los ERTE administrativos, es decir, los de las empresas que no han sido declaradas en concurso. Sin embargo, cuando se trata de sociedades en concurso, como consecuencia de la declaración de concurso de cualquier empleador, tales procedimientos pasan a la jurisdicción del juez del concurso (arts. 8.2 y 64 LC)» (Autos del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Las Palmas de Gran Canaria de 27 y 30 de marzo de 2020, procs. núm. 153/2016 y 438/2016).

⁹⁷ Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Las Palmas de Gran Canaria de 30 de marzo de 2020 (proc. núm. 545/2019).

También, y con el fin de volver a reactivar o generar nuevos puestos de trabajo, no se ha dudado en conceder el *placet* judicial para dejar salir de su letargo a empresas en concurso permitiendo rehabilitar de nuevo su proceso productivo en el contexto de crisis, habida cuenta de que su producción puede coadyuvar a la tarea de cooperar con los objetivos de protección y restauración de la salud pública en todo el territorio estatal⁹⁸.

4. Breves conclusiones finales

El análisis del más del centenar de pronunciamientos judiciales que han sido objeto de estudio a lo largo del presente trabajo permite extraer, al menos para quien suscribe estas líneas, las siguientes lecciones de interés:

Primera. Las sociedades más avanzadas han tenido que enfrentarse a una crisis sin precedentes en tiempos de ausencia de conflicto bélico, teniendo que adaptarse a una nueva realidad basada en la restricción de movimientos y en muchos casos en el confinamiento de la población, con el fin de luchar contra una epidemia no vista desde comienzos del siglo pasado y que ha sometido a los sistemas sanitarios de la mayor parte del mundo a una prueba de estrés no vivida ni previsible en tiempos modernos.

La presión ha afectado a todos los ámbitos de la vida, y el jurídico no iba a ser una excepción, pues ha obligado a tomar decisiones muy rápidas y con muy escaso margen de reflexión, a modificar los mecanismos de los Estados, y en España de manera mucho más acentuada como consecuencia de la declaración del estado de alarma.

Una decisión que no ha sido controvertida al principio, pero que con el paso del tiempo y el avance de los días, con el mantenimiento de su prórroga, ha dado lugar a un intenso debate político, que se ha trasladado a los tribunales de justicia, en torno a si la medida más restrictiva de derechos adoptada durante el mismo, el confinamiento primero parcial, luego total y después otra vez parcial de la ciudadanía, tiene encaje en el artículo 116.2 de la CE y en la LO 4/1981.

La mayor parte de las resoluciones judiciales que se han pronunciado al respecto parecen ir en la línea de los criterios sentados por el TC en las escasas ocasiones en que se ha tenido que pronunciar sobre esta materia y no han puesto en duda la constitucionalidad de la medida adoptada por el Gobierno, habida cuenta de que, ante la velocísima propagación de la enfermedad, las incertidumbres sobre su forma de infección y la ausencia de una vacuna o remedio médico para hacerle frente, han considerado que, para preservar la integridad física y la salud de la ciudadanía, otras prerrogativas fundamentales tenían que ceder en su ejercicio ordinario, viendo limitada su eficacia, tal y como ocurre con la libertad de circulación y, de manera análoga, por cuanto hace a la libre elección de profesión u oficio y al derecho al trabajo.

⁹⁸ Auto del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Valencia de 28 de marzo de 2020 (proc. núm. 647/2019).

Segunda. Una de las primeras medidas que ha tomado el RD 463/2020, por el que se declara el estado de alarma, ha sido considerar al Gobierno como máxima autoridad durante la duración del mismo, poniendo bajo sus órdenes al resto de Administraciones, en particular en cuanto tiene que ver con los aspectos sanitarios y de seguridad pública vinculados a la gestión de la pandemia.

Para algunos se ha tratado de una recentralización de determinados poderes, pero se ha mostrado necesario el denominado «mando único» para intentar unificar los intereses tan diferentes que cada comunidad autónoma ha manifestado a la hora de gobernar la situación y que se siguen manifestando a la hora de afrontar los retos de la desescalada y la nueva normalidad. En esta nueva fase, la asunción de competencias plenas por parte de las comunidades autónomas ha traído resultados bastante diferentes y, en muchos territorios, tampoco ha logrado los éxitos que estas habían pronosticado cuando solicitaban reiteradamente la eliminación del mando único, advirtiéndose una regresión en la situación sanitaria desde que el control estatal ha desaparecido.

Sin embargo, las tensiones y la falta de músculo de la Administración General del Estado en determinados ámbitos como el sanitario en un país tan descentralizado como el español han supuesto problemas importantes, en particular en los primeros momentos de la pandemia, a la hora de dar una respuesta óptima y eficaz para la ciudadanía.

Por tal razón, una de las primeras tareas a afrontar una vez se vea superada en mayor o menor medida la actual situación será reflexionar sobre cómo reforzar los mecanismos de coordinación en determinadas competencias descentralizadas, a fin de que desde el Gobierno central se puedan tomar decisiones más acertadas a la hora de hacer frente a posibles situaciones futuras, no deseables pero bastante probables, similares a la pandemia provocada por la COVID-19, y sin que ello se pueda interpretar como un ataque al ejercicio de prerrogativas propias por parte de las comunidades autónomas, intentando eliminar el ruido de la confrontación política y asumir dicha tarea como una labor de servicio a la ciudadanía afrontándola dentro de un contexto caracterizado por el mayor sosiego y consenso que se pueda.

Tercera. El impulso de la iniciativa privada debe ser un eje fundamental en cualquier actuación gubernativa de un Estado social y democrático de derecho como el español, pero no es posible olvidar que el sistema público (de salud, de seguridad o de servicios sociosanitarios) ha sido el dique de contención que ha impedido que la pandemia haya causado mayores pérdidas de vidas humanas, jugándose sus profesionales la vida y salud por salvar las de otros, en unas condiciones en muchos casos de verdadero riesgo.

Por tal razón, para quien suscribe, es necesario reforzar los mecanismos del estado de bienestar y entender que la iniciativa privada en determinados sectores debe ser complementaria, y no sustitutiva, de la actuación pública.

En este sentido, otra lección que debe dejar la actual pandemia es no repetir los errores de las tribulaciones del año 2008, intentando superar la crisis humanitaria, económica

y social aplicando recortes en aquellos servicios que se han conformado como vitales durante estos momentos de dificultad.

Sobre las premisas anteriores, quien suscribe considera imprescindible un pacto en el cual se regule una legislación que obligue a quienes sustentan las competencias sobre materias sanitarias, educativas, de seguridad o, por no seguir, de investigación e innovación, a destinar una parte de su presupuesto a estas cuestiones y a no bajar de determinadas ratios el número de profesionales sanitarios, de camas, de ucis, por cada cierto número de habitantes; a dedicar un porcentaje del presupuesto a la inversión en la educación pública, suministrando los medios necesarios para que una educación de calidad pueda llegar todo el alumnado, con independencia del territorio donde viva o del nivel económico de su familia, preparando con mayor anticipación los recursos para una docencia *online* si esta volviera a ser necesaria; en fin, a aumentar los recursos tanto materiales como humanos para los cuerpos y fuerzas de seguridad que tanta dedicación y esfuerzo han tenido que realizar, para no solamente controlar posibles incumplimientos, sino también para colaborar en las tareas de contención de la enfermedad, informando a la población, ayudando a las personas más necesitadas o, por no seguir, desinfectando aquellos lugares más azotados por la pandemia, como las residencias de mayores, o montando hospitales de campaña que han permitido aliviar la saturación y el colapso de las urgencias sanitarias.

En fin, un párrafo aparte es necesario dedicar a la investigación, el desarrollo y la innovación, pues los recortes en esta materia del pasado constituyen, sin duda, un obstáculo para alcanzar más pronto que tarde un remedio destinado a paliar las graves consecuencias que ha provocado la pandemia. Por esa razón, es necesario entender que todo euro gastado en esta parcela es una inversión que puede dar mucho rédito en un futuro no muy lejano, de manera que acompañar el gran talento del personal investigador español con medios materiales suficientes constituye sin duda una de las medidas de gasto óptima a realizar por los poderes públicos.

Dicha actuación tiene que verse complementada con un apoyo decidido por parte de los poderes públicos por la producción nacional de determinados suministros tan vitales como los necesitados durante la pandemia, intentando conseguir minimizar la dependencia del exterior que tantos problemas ha provocado, tal y como han recogido los medios de comunicación, en forma de retención de aviones con material sanitario, la mala calidad y falta de homologación de algunos de los enviados y suministrados al personal sanitario, o el sobrecoste que ha debido pagarse por hacerse con unos productos cuya adquisición ha estado marcada por un mercado salvaje y en el que no se respetaba más principio que el mayor precio a pagar. En consecuencia, los poderes públicos tienen que apoyar decididamente la producción de esta clase de bienes en las fronteras interiores, permitiendo que, en caso de una nueva situación de emergencia, su abastecimiento se encuentre garantizado mínimamente con las empresas propias del país.

Cuarta. Uno de los colectivos que más ha sufrido el impacto de la crisis ha sido el personal sanitario (en general, todas aquellas personas trabajadoras que no han parado su

actividad desde el comienzo de la crisis por haber sido declaradas como esenciales) y muchos de los fallos analizados han tenido que ver con las condiciones en las que han tenido que ejercer su quehacer en la lucha contra la pandemia.

De esta manera, numerosas resoluciones judiciales, que superan el medio centenar, han considerado inadecuada la protección de seguridad y salud de estas personas y han reclamado de las Administraciones competentes (no solo del Ministerio de Sanidad, como máxima autoridad competente en esta materia durante la crisis, sino de todas aquellas que asumen la condición de entidad empleadora) o de las empresas privadas el suministro de equipos de protección tanto colectivos como individuales, aceptando las solicitudes de medidas cautelarísimas presentadas ante ellos por quienes defienden sus intereses y estableciendo periodos muy cortos de tiempo para cumplir con semejante objetivo.

En este sentido, la escasez de medios ha sido palpable y evidente, pública y notoria a través de los medios de comunicación y las redes sociales, y, por tal razón, una nueva lección que es necesario aprender es la necesidad de no bajar la guardia en el futuro y mantener un repositorio de equipos de protección individual que, en caso necesario, permita suministrar de manera rápida y eficaz herramientas de protección óptima para todas aquellas personas que tengan que estar en primera línea luchando frente a frente contra otras posibles pandemias.

En fin, todas las anteriores son solamente unas reflexiones destinadas a aportar ciertas consideraciones para intentar afrontar con mayor tasa de éxito la pandemia todavía vigente y futuras crisis que pudieran alcanzar a la comunidad, porque si una lección nos ha dejado la COVID-19 es que ninguna sociedad está libre de sufrir unas consecuencias tan graves como las vividas y que la situación de seguridad existente hasta ahora se asienta sobre bases muy frágiles que hay que cuidar continuamente y prestarles atención para evitar que cualquier embate que pueda llegar en el futuro pueda tumbar el bienestar conseguido durante tantos años de sacrificio y esfuerzo.

Referencias bibliográficas

- Anderson, Roy M.; Heesterbeek, Hans; Klinkenberg, Don y Hollingsworth, T. Déirdre. (2020). How will country-based mitigation measures influence the course of the COVID-19 epidemic? *The Lancet*, 10228 (395), 931-934. [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)30567-5](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)30567-5).
- Aragón Reyes, Manuel. (10 de abril de 2020). Hay que tomarse la Constitución en serio. *El País.com*. https://elpais.com/elpais/2020/04/09/opinion/1586420090_736317.html.
- Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi. (2020). COVID-19 y medidas sociolaborales de emergencia (RDLEY 6/20, 7/20, 8/20, 9/20, 10/20, 11/20, 12/20 Y 13/20). *IusLabor*, 1, 45-110.
- Casas Baamonde, María Emilia y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel. (2020). Un nuevo derecho del trabajo en la emergencia.

- Las medidas laborales y de seguridad social excepcionales en el estado de alarma declarado por la crisis sanitaria de Covid-19. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 4, 317-348.
- Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias. (2020). Actualización n.º 214. Enfermedad por el coronavirus (COVID-19). 24-09-2020. https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Actualizacion_214_COVID-19.pdf.
- Fana, Marta; Tolan, Songül; Torrejón Pérez, Sergio; Urzi Brancati, Maria Cesira y Fernández Macías, Enrique. (2020). *The COVID confinement measures and EU labor markets*. https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC120578/jrc120578_report_covid_confinement_measures_final_updated_good.pdf.
- Fernández Avilés, José Antonio. (2020). ¿Es suficiente este derecho laboral excepcional «por aluviones» frente a la pandemia del COVID-19? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 445, 7-26.
- Fernández de Gatta Sánchez, Dionisio. (2020). Los problemas de las medidas jurídicas contra el coronavirus: las dudas constitucionales sobre el estado de alarma y los excesos normativos. *Diario La Ley*, 9641, 1-38.
- Heymann, David L. y Shindo, Nahoko. (2020). COVID-19: what is next for public health? *The Lancet*, 10224(395), 542-545. [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)30374-3](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)30374-3).
- Instituto de Salud Carlos III, Centro Nacional de Epidemiología y Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica. (2020). Informe sobre la situación de COVID-19 en personal sanitario en España. <https://www.isciii.es/QueHacemos/Servicios/VigilanciaSaludPublicaRENAVE/EnfermedadesTransmisibles/Paginas/InformesCOVID-19.aspx>.
- Lantarón Barquín, David; Serrani, Lavinia y Fernández Martínez, Silvia. (2020). Panorámica mundial de la lucha contra los efectos del COVID-19 en las relaciones de trabajo: fotografía de una dinámica cambiante. *Noticias CIELO, extraordinario 0*, 1-15.
- McKibbin, Warwick J. y Fernando, Roshen. (2020). The global macroeconomic impacts of COVID-19: Seven scenarios. *Centre for Applied Macroeconomic Analysis Working Paper*, 19, 1-43.
- Ministerio de Sanidad. (2020). Procedimiento de actuación para los servicios de riesgos laborales frente a la exposición al Sars-CoV-2, actualizado a 14 de julio de 2020. https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Proteccion_Trabajadores_SARS-CoV-2.pdf.
- Miranda Boto, José María. (2020). ¿Esperando a Grouchy? El papel de la Unión Europea en la crisis del COVID-19. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 4, 513-517.
- Rodríguez Escanciano, Susana. (2020). Medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar ante la emergencia sanitaria por COVID-19. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 4, 450-471.
- Rojo Torrecilla, Eduardo. (2020). Emergencia sanitaria y legislación laboral. ¿Qué respuestas a la crisis? Un primer análisis de la normativa dictada en España. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 4, 384-405.
- Sohrabia, Catrin; Alsafib, Zaid; O'Neill, Niamh; Khanb, Mehdi; Kerwanc, Ahmed; Al-Jabirc, Ahmed; Iosifidis, Christos y Agha, Riaz. (2020). World Health Organization declares global emergency: A review of the 2019 novel coronavirus (COVID-19). *International Journal of Surgery*, 76, 71-76.
- Xu, Zhe; Shi, Lei; Wang, Yijin; Zhang, Jiyuan; Huang, Lei; Zhang, Chao; Liu, Shuhong; Zhao, Peng; Liu, Hongxia; Zhu, Li; Tai, Yanhong; Bai, Changqing; Gao, Tingting; Song, Jinwen; Xia, Peng; Dong, Jinghui; Zhao, Jingmin y Wang, Fu-Sheng. (2020). Pathological findings of COVID-19 associated with acute respiratory distress syndrome. *The Lancet. Respiratory Medicine*, 4(8), 1-3. [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS2213-2600\(20\)30076-X/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS2213-2600(20)30076-X/fulltext).



Viejas y nuevas obligaciones en materia de control del tiempo de trabajo

Anna Ginès i Fabrellas

*Profesora titular de Derecho del Trabajo.
Universitat Ramon Llull, ESADE*

Juan Peña Moncho

*Estudiante doctorado. Universitat Pompeu Fabra
Abogado en Ibáñez Labor Lawyers*

Extracto

El objeto del presente trabajo es analizar, desde una perspectiva crítica, el alcance y el contenido del registro horario y el derecho a la desconexión digital, con la finalidad de identificar las nuevas y viejas obligaciones empresariales en materia de control del tiempo de trabajo. El estudio concluye que ya existía una obligación de control del tiempo de trabajo fundamentada en la obligación empresarial de prevención de riesgos laborales, de respetar los límites legales sobre el tiempo de trabajo y de retribuir adecuadamente en atención al tiempo de trabajo. Por tanto, la obligación de registro horario y el derecho a la desconexión digital van más allá de esta obligación genérica de control del tiempo de trabajo, introduciendo nuevas obligaciones de documentación de la jornada diaria efectiva realizada y de adopción de políticas que prohíban el contacto fuera de tiempo de trabajo para garantizar la desconexión digital.

Palabras clave: tiempo de trabajo; control empresarial; registro de jornada; derecho a la desconexión digital.

Fecha de entrada: 10-06-2020 / Fecha de aceptación: 01-07-2020

Cómo citar: Ginès i Fabrellas, Anna y Peña Moncho, Juan. (2020). Viejas y nuevas obligaciones en materia de control del tiempo de trabajo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 451, 63-107.





Old and new obligations regarding control of working time

Anna Ginès i Fabrellas

Juan Peña Moncho

Abstract

The aim of this paper is to analyze, from a critical perspective, the scope and content of the obligation to register working days and the right to digitally disconnect, in order to identify new and old employer obligations regarding control of working time. The paper concludes that there was already an obligation to control working time based on the employer's obligation to prevent occupational risks, to respect the legal limits on working time and to pay adequately for work time. Therefore, the obligation to register hours and the right to digitally disconnect go beyond this generic obligation to control working time, introducing new documentation obligations regarding effective working time and to adopt policies that prohibit contact outside working time to ensure digital disconnection.

Keywords: working time; employer's control; working time registry; right to digitally disconnect.

Citation: Ginès i Fabrellas, Anna y Peña Moncho, Juan. (2020). Old and new obligations regarding control of working time. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 451, 63-107.





Sumario

1. Introducción. Los excesos de jornada como problema sistémico del derecho del trabajo
 2. La ya existente obligación empresarial de control del tiempo de trabajo
 3. Control del tiempo de trabajo vs. registro de jornada: de la generalidad a la concreción normativa
 - 3.1. ¿El registro horario como obligación intrínseca al cumplimiento de los límites sobre tiempo de trabajo?
 - 3.1.1. La problemática del control de las horas extraordinarias en el ordenamiento jurídico-laboral español
 - 3.1.2. El registro de jornada en la Directiva 2003/88/CE
 - 3.2. La obligación legal del registro diario de la jornada
 4. Derecho al descanso vs. derecho a la desconexión digital: del derecho laboral a la obligación empresarial
 - 4.1. El derecho a la desconexión digital
 - 4.2. La configuración del derecho a la desconexión digital como una obligación empresarial de control del tiempo de descanso
 5. Los ámbitos del control del tiempo de trabajo y el derecho a la desconexión
 - 5.1. El registro horario como herramienta de control del tiempo de trabajo
 - 5.2. El control del tiempo de trabajo en el trabajo a distancia
 - 5.3. El derecho a la desconexión como instrumento de control del tiempo de descanso
 6. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Introducción. Los excesos de jornada como problema sistémico del derecho del trabajo

En la esencia del derecho del trabajo siempre ha estado intrínseca la regulación y ordenación del tiempo de trabajo¹. En este sentido, solamente hace falta recordar el primer convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre las horas de trabajo de 1919, que, entre sus proposiciones, incluía la adopción de una jornada de 8 horas al día y 48 a la semana.

Más de 100 años después, en el actual contexto de globalización y sociedad hiperconectada, la regulación y ordenación del tiempo de trabajo continúa siendo un elemento esencial para garantizar un adecuado equilibrio entre los intereses empresariales y de las personas trabajadoras.

Sin embargo, más allá de reconocer nuevos derechos subjetivos, en la actualidad la aproximación legislativa viene por la introducción de obligaciones empresariales de carácter instrumental, como son el registro horario y el derecho a la desconexión digital. El registro horario como herramienta específica de control del tiempo de trabajo fue inicialmente insertado en el ordenamiento jurídico español a través de los órganos judiciales, para luego trasladarse el debate al ámbito europeo. Sin embargo, la actuación legislativa acabó adelantándose a la judicial y, por medio del Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, se estableció la obligación empresarial de garantizar un registro de jornada. El derecho a la desconexión digital, original del ordenamiento jurídico francés (Alemán Páez, 2017), fue también introducido por vía legislativa en los artículos 20 bis del Estatuto de los Trabajadores (ET) y 88 de la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPD), como fórmula para limitar los posibles excesos derivados de la conectividad tecnológica.

La limitación del tiempo de trabajo ya estaba, antes de la aprobación de registro horario y el derecho a la desconexión, garantizada en el ordenamiento jurídico-laboral. El artículo 40.2 de la Constitución española (CE) establece la obligación de los poderes públicos de garantizar «el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral,

¹ El primer Proyecto de ley obrera en España «sobre ejercicio, policía, sociedades, jurisdicción e inspección de la industria manufacturera», presentado en las Cortes el 8 de octubre de 1855, incluía una limitación de 10 horas diarias para la jornada de niños de entre 12 y 18 años (Elorza Domínguez, 1969).

las vacaciones retribuidas y la promoción de centros adecuados». Y los artículos 34 y 35 del ET establecen límites máximos de jornada –9 horas diarias y 40 horas semanales–, periodos mínimos de descanso –12 horas entre jornada y jornada– y limitaciones a las horas extraordinarias, respectivamente (Basterra Hernández, 2017). Además, el artículo 37.1 del ET reconoce 1 día y medio ininterrumpido de descanso a la semana, acumulable en periodos de 14 días.

También la normativa de la Unión Europea (UE) establece limitaciones al tiempo de trabajo. Así, el artículo 31.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que toda persona trabajadora «tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a periodos de descanso diarios y semanales, así como a un periodo de vacaciones anuales retribuidas». Y la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, establece la obligación de los Estados miembros de adoptar «las medidas necesarias para que, en función de las necesidades de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores», la duración media del trabajo no supere las 48 horas por cada 7 días, incluyendo las horas extraordinarias y un periodo mínimo de descanso diario de 11 horas consecutivas (art. 6). Respecto del descanso semanal, el artículo 5 de la Directiva 2003/88 prevé que, por cada 7 días, todas las personas trabajadoras deben disfrutar de un periodo mínimo de descanso de 24 horas, al que habrá que añadirle dichas 11 horas de descanso diario.

Teniendo en cuenta la regulación ya existente, tanto a nivel estatal como comunitario, en materia de limitación del tiempo de trabajo, ¿qué hay de nuevo en el registro de jornada y derecho a la desconexión digital?

Concretar las obligaciones empresariales en materia de control del tiempo de trabajo es especialmente importante en el actual contexto de pandemia, donde el confinamiento y el teletrabajo como consecuencia de la COVID-19 han dilapidado toda división entre tiempo de trabajo y tiempo personal. Según el informe *Living, working and COVID-19* elaborado por el Eurofound, el 37 % de las personas trabajadoras en la UE ha pasado a teletrabajar a raíz de la pandemia. Respecto de estas personas, el 27 % declara verse obligado a trabajar durante su tiempo libre, al menos cada 2 días, para cumplir con las exigencias del trabajo.

No obstante, también en un contexto de normalidad es esencial el cumplimiento de las obligaciones empresariales en materia de control del tiempo de trabajo. 100 años después del reconocimiento de la jornada laboral de 8 horas, dicha lucha sigue vigente, especialmente a raíz de las nuevas tecnologías y las fórmulas de trabajo flexible que estas ofrecen. Según el informe *Working conditions in a global perspective* elaborado por Eurofound y la OIT en 2019 (Aleksynska *et al.*, 2019, p. 27), el 22 % de las personas trabajadoras a nivel de la UE trabaja durante su tiempo libre para cumplir con las demandas del trabajo, el 15 % reporta cambios en el horario el día antes o el mismo día y el 15 % trabaja más del límite de las 48 horas semanales permitidas por la Directiva 2003/88/CE. En sentido similar

aparecen los datos en el Estado español. Según la *Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo 2015 6.ª EWCS*, el 7 % de las personas trabajadoras trabaja los 7 días de la semana, aproximadamente el 20 % trabaja más de 40 horas a la semana y el 27 % realiza una jornada diaria superior a 10 horas.

El impacto de género de esta cultura del tiempo de trabajo es indiscutible, registrándose diferencias significativas en el número de horas retribuidas pagadas entre hombres y mujeres. Así, según el citado informe de Eurofound y la OIT, existen diferencias importantes en el número de personas que trabajan más de 48 horas semanales; en la UE, representan el 21 % de los hombres en comparación con el 9 % de las mujeres. Estas diferencias son una clara consecuencia de la desigual distribución de las responsabilidades familiares, mayoritariamente asumidas por las mujeres, y contribuyen, a su vez, a perpetuar las diferencias entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo.

En este contexto, el objeto del presente trabajo es analizar, desde una perspectiva crítica, el alcance y el contenido de estas dos nuevas medidas, con la finalidad de identificar las nuevas y viejas obligaciones empresariales en materia de control del tiempo de trabajo.

El estudio concluye que ya existía una obligación de control del tiempo de trabajo fundamentada en la obligación empresarial de prevención de riesgos laborales, de respetar los límites legales sobre el tiempo de trabajo y de retribuir adecuadamente en atención al tiempo de trabajo. Por tanto, la obligación de registro horario y el derecho a la desconexión digital van más allá de esta obligación genérica de control del tiempo de trabajo, introduciendo nuevas obligaciones de documentación de la jornada diaria efectiva realizada y de adopción de políticas que prohíban el contacto fuera de tiempo de trabajo para garantizar la desconexión digital.

2. La ya existente obligación empresarial de control del tiempo de trabajo

La existencia de una obligación empresarial de control del tiempo de trabajo de las personas trabajadoras es, en la actualidad, incuestionable con la reciente introducción del derecho a la desconexión digital y el registro horario. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, es una obligación que ya existía con anterioridad a la adopción de estas nuevas medidas.

Una de las conclusiones del presente trabajo es, como se ha avanzado anteriormente y se analiza en detalle a continuación, la existencia de una obligación empresarial de control del tiempo de trabajo distinta e independiente del registro horario y el derecho a la desconexión. Sin perjuicio de que el Tribunal Supremo (TS), en sus Sentencias de 23 de marzo de 2017 (rec. 81/2016) y 20 de abril de 2017 (rec. 116/2016), rechazara la existencia de una obligación empresarial de registro de la jornada diaria, a nuestro juicio, ya existía una

obligación genérica de control del tiempo de trabajo fundamentada en la obligación de prevención de riesgos laborales y de respetar los límites legales sobre el tiempo de trabajo.

En primer lugar, la empresa tiene la obligación de garantizar a las personas trabajadoras su derecho a la «integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales» (art. 4.2 d) ET) y a una «protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo» (art. 19 ET). Este derecho de las personas trabajadoras se traduce en la obligación empresarial de adoptar «cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores» (art. 14.2 Ley de prevención de riesgos laborales –LPRL–).

La obligación empresarial de protección de la seguridad y salud de las personas trabajadoras implica también la obligación de adopción de medidas de control del tiempo de trabajo. El tiempo de trabajo es una variable directamente relacionada con el estado de salud de las personas trabajadoras, por cuanto las características del tiempo de trabajo o de la distribución del tiempo de trabajo pueden tener efectos perjudiciales sobre la seguridad y salud de estas.

Esta conexión entre tiempo de trabajo y salud laboral se observa claramente en la Directiva 2003/88/CE sobre tiempo de trabajo, que fue adoptada con base en el título competencial del artículo 137 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea que establece que se apoyará y complementará la acción de los Estados miembros en la mejora del entorno laboral y la protección de la salud y seguridad de las personas trabajadoras (considerando 2). Además, en su artículo 6, se establece que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para, «en función de las necesidades de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores», limitar la duración del tiempo de trabajo semanal.

En segundo lugar, la empresa tiene la obligación de respetar los límites legales máximos y mínimos en materia de jornada y descansos. Corresponde a la empresa garantizar que las personas trabajadoras no superan la jornada laboral máxima y periodos de descanso mínimos legal, convencional o contractualmente estipulados. Si bien es cierto que la jornada máxima y los periodos mínimos de descanso se configuran como derechos laborales de las personas trabajadoras –por otra parte, derechos irrenunciables en virtud del art. 3.5 ET–, conllevan una correlativa obligación empresarial de respetar dichos límites.

En este sentido, téngase en cuenta que el artículo 7.5 de la Ley de infracciones y sanciones en el orden social (LISOS) ya tipificaba como infracción laboral grave «la transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada». Por consiguiente, con anterioridad a la introducción legislativa del Real Decreto-Ley 8/2019, aunque la empresa no hubiese establecido un sistema de control por tener una política basada en el autocontrol del tiempo de trabajo por parte de las personas trabajadoras, la acreditación de la superación de los límites máximo de la jornada o el no respeto de los periodos de descanso mínimos podía dar lugar a la infracción laboral grave de dicho artículo 7.5

de la LISOS². Por tanto, el respeto de las normas mínimas en materia de tiempo de trabajo siempre ha sido una verdadera y efectiva obligación empresarial, independiente de la actual obligación de registro de la jornada.

En la normativa comunitaria también puede observarse la obligación empresarial de control del tiempo de trabajo. En este punto, es interesante traer a colación la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 7 de septiembre de 2006 (asunto C-484/04, en el caso Comisión vs. Reino Unido), que establece la obligación empresarial de garantizar que las personas trabajadoras cumplen con su derecho al descanso. Según afirma contundentemente una normativa interna que establece que:

[...] el empresario no tiene obligación de velar por que los trabajadores disfruten efectivamente de este [derecho al descanso], no garantiza el cumplimiento ni de las disposiciones mínimas reguladas en los artículos 3 y 5 de dicha directiva ni del objeto esencial de esta.

Ciertamente, aclara, esto no implica la exigencia empresarial de obligar a las personas a utilizar efectivamente los periodos de descanso que les corresponden. Sin embargo, la empresa sí tiene la obligación «de hacer lo necesario para que los trabajadores se encuentren efectivamente en condiciones de ejercer tal derecho».

En tercer lugar, el derecho de las personas trabajadoras a «la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida» (art. 4.2 f) ET) es también un argumento para tener en cuenta a efectos de determinar la existencia de una obligación empresarial de controlar el tiempo de trabajo. El derecho de percibir la remuneración puntual implica la obligación empresarial de calcular dicha retribución en atención a la jornada efectivamente realizada, retribuyendo, en su caso, las horas extraordinarias realizadas.

Por todo lo anterior, es posible afirmar que, previamente a la introducción de la obligación de registro y del derecho a la desconexión digital, ya existía una obligación empresarial genérica de control del tiempo de trabajo de las personas trabajadoras³. Nótese que la

² En este sentido, la Instrucción 1/2017 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) establece que «el control del tiempo de trabajo –la jornada– siempre ha sido y sigue siendo posible, más aún por tratarse de una de las contraprestaciones básicas del contrato de trabajo». Así, continúa diciendo que «la no obligatoriedad del registro de la jornada diaria de trabajo no exime a las empresas de respetar los límites legales y convencionales en materia de tiempo de trabajo y horas extraordinarias».

³ En este sentido se posiciona el segundo voto particular de la Sentencia del TS (STS), Sala Cuarta, de 23 de marzo de 2017, suscrito por el magistrado Antonio V. Sempere Navarro, que establece que:

De los títulos anteriores (remuneración adecuada, prevención de riesgos laborales, control sobre el tiempo de trabajo) deriva una clara conclusión para nuestro caso: la empresa viene obligada a controlar, comprobar o fiscalizar el desarrollo de la actividad laboral de sus empleados cuando los mismos están sujetos a un control horario.

obligación empresarial de controlar el tiempo de trabajo se refiere tanto al control de defectos como de posibles excesos de las personas trabajadoras respecto del tiempo de trabajo. Esto es, la empresa tiene la obligación de controlar a las personas trabajadoras para garantizar no solo que cumplen con la jornada laboral, sino también que no exceden de los límites de la misma establecidos legal, convencional o contractualmente.

A modo de conclusión, como consecuencia de la obligación empresarial de respetar la normativa sobre tiempo de trabajo, de garantizar a las personas trabajadoras su seguridad y salud en el trabajo y de retribuir en atención al tiempo de trabajo –abonando, en su caso, la realización de horas extraordinarias–, existe un deber empresarial genérico de adoptar medidas de control del tiempo de trabajo.

3. Control del tiempo de trabajo vs. registro de jornada: de la generalidad a la concreción normativa

3.1. ¿El registro horario como obligación intrínseca al cumplimiento de los límites sobre tiempo de trabajo?

El control del tiempo de trabajo es, como se ha analizado en el epígrafe anterior, una obligación empresarial previa al Real Decreto-Ley 8/2019, fundamentada en la obligación empresarial de respetar la normativa sobre tiempo de trabajo, de garantizar a las personas trabajadoras su seguridad y salud en el trabajo, y de retribuir en atención al tiempo de trabajo.

Sin embargo, la concreción de la forma de control estaba en cuestionamiento con posiciones judiciales contradictorias. Como se analiza a continuación, el TS⁴ rechazó que la obligación empresarial de controlar el tiempo de trabajo pudiera traducirse en la obligación de llevar un registro de la jornada. Sin embargo, por el contrario, la Audiencia Nacional (AN)⁵ y, posteriormente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)⁶ defendieron el registro horario como intrínseco en los límites de tiempo de trabajo.

3.1.1. La problemática del control de las horas extraordinarias en el ordenamiento jurídico-laboral español

El artículo 35.5 del ET prevé, en el marco de la regulación de las horas extraordinarias, la obligación empresarial de registrar la jornada de las personas trabajadoras. En concreto,

⁴ Vid. SSTS, Sala Cuarta, de 23 de marzo de 2017 (rec. 81/2016) y 20 de abril de 2017 (rec. 116/2016).

⁵ Sentencia de la AN (SAN) de 4 de diciembre de 2015 (proc. núm. 301/2015).

⁶ Sentencia del TJUE (STJUE) de 14 de mayo de 2019 (asunto C-55/18, CC. OO. vs. Deutsche Bank).

este precepto establece que «[a] efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el periodo fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente».

La redacción de este precepto y la referencia a la obligación empresarial de registrar día a día la jornada han generado un debate jurisprudencial importante respecto de su carácter autónomo o condicionado a la realización de horas extraordinarias⁷.

El debate se abrió nuevamente por la importante SAN de 4 de diciembre de 2015 (proc. núm. 301/2015)⁸, que resuelve la demanda de conflicto colectivo interpuesta por los sindicatos UGT, CC.OO., CSICA, ACCAM-BANKIA, SATE, CGT y ACB BANKIA⁹ contra la empresa Bankia para que se declare la obligación de la empresa de establecer un registro de

⁷ A modo de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Cataluña de 24 de octubre de 2002 (rec. 5241/2002) establece que el artículo 35.5 del ET:

[...] no significa que la jornada de cualquier trabajador deba registrarse día a día, con independencia de que realice o no horas extraordinarias y que necesariamente deba entregarse copia del resumen en la nómina correspondiente, pues tal registro y resumen no tienen sentido cuando no se efectúan horas extraordinarias.

En sentido similar, *vid.* la STSJ de Galicia de 24 de octubre de 2016 (rec. 1070/2016), que también descarta la obligación de llevar un registro de la jornada en el marco de un contrato a tiempo parcial ante la ausencia de realización de horas complementarias en un mes concreto.

No obstante, en algunas sentencias, el TSJ de Andalucía ya había abogado por el carácter autónomo de la obligación empresarial de registro de la jornada. A modo de ejemplo, en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 6 de noviembre de 2006 (rec. 2046/2001) establece que:

[...] ante el hecho de que el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores establezca que «a efectos del cómputo de horas extraordinarias...» no se puede concluir que solamente cuando estas existan haya de hacer constar las ordinarias y ello porque [...] nunca podrían computarse aquellas, toda vez que para determinar su existencia es obvio que es preciso computar las horas ordinarias.

Similarmente, la Sentencia de 19 de diciembre de 2002 (rec. 301/2015) establece que:

[...] el registro de la jornada es esencial en la regulación del tiempo de trabajo, de modo que su falta no supone un mero incumplimiento de los deberes meramente formales, sino una transgresión de normas en materia de tiempo de trabajo.

En sentido similar, también se posiciona la STSJ de Castilla y León de 13 de octubre de 2016 (rec. 1242/2016).

⁸ En relación con esta sentencia, *vid.*, entre otros, García-Perrote Escartín y Mercader Uguina (2016b), Moll Noguera (2016) y Morales Vázquez (2016).

⁹ Federación de Servicios de la Unión General de Trabajadores (UGT), Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CC.OO.), Federación de Sindicatos Independientes de Servicios Financieros (CSICA), Asociación de Cuadros y Profesionales de Bankia (ACCAM-BANKIA), Sindicat Autònom de Treballadors d'Estalvi (SATE), Federación de Sindicatos de Banca, Bolsa, Ahorro, Entidades de Crédito, Seguros y Oficinas y Despachos de la Confederación General del Trabajo (FESIBAC-CGT) y ACB-BANKIA.

la jornada diaria efectiva realizada por las personas trabajadoras, a efectos de comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados, tanto en el convenio colectivo sectorial como en los pactos de empresa, en cumplimiento del artículo 35.5 del ET.

Bankia se opone a la demanda por entender que, en tanto en la empresa no se realizan horas extraordinarias, no existe la obligación de llevar registro de la jornada diaria efectiva realizada por las personas trabajadoras. Argumenta que la facultad empresarial de establecer un sistema de control de la jornada –amparada en el art. 20.3 ET– es una opción potestativa, por cuanto no existe obligación legal o convencional de establecer un sistema de control horario. En consecuencia, Bankia apuesta por la presunción del cumplimiento de la jornada por parte de las personas trabajadoras y, por tanto, decide no ejecutar sistema de control de la jornada, con la excepción del control de ausencias, que las personas trabajadoras deben registrar en la intranet de la empresa.

Sin embargo, contraria a esta posición empresarial, la AN concluye que existe una obligación empresarial de registrar diariamente la jornada de las personas trabajadoras ex artículo 35.5 del ET.

La audiencia fundamenta su decisión en la posición del TS acerca de la finalidad del registro del artículo 35.5 del ET, según la cual dicho registro «tiene por objeto procurar al trabajador un medio de prueba documental, que facilite la acreditación, de otra parte siempre difícil, de la realización de horas extraordinarias, cuya probanza le incumbe»¹⁰. En atención a lo anterior, la audiencia entiende que debe exigirse el registro de la jornada laboral diaria a todas las empresas, independientemente de la realización o no de horas extraordinarias, por cuanto es la herramienta disponible para asegurar el control de las horas extraordinarias, al proporcionar un medio de prueba documental para acreditar su realización.

Según afirma la Sala Social de la AN:

[...] si el registro diario de la jornada solo fuera obligatorio cuando se realicen horas extraordinarias, provocaríamos un círculo vicioso, que vaciaría de contenido la institución y sus fines, puesto que el presupuesto, para que las horas extraordinarias tengan dicha consideración, es que se realicen sobre la duración máxima de la jornada de trabajo.

En ausencia de un registro diario de la jornada, resultaría imposible controlar la superación o no de los límites de la jornada laboral máxima; esto es, la efectiva realización o no de horas extraordinarias.

¹⁰ STS, Sala Cuarta, de 11 de diciembre de 2003 (rec. 63/2003). Posición jurisprudencial reiterada en la STS, Sala Cuarta, de 25 de abril de 2006 (rec. 147/2005).

La existencia de múltiples horarios distintos –algunos de ellos horarios flexibles– entre las personas trabajadoras de la empresa o el hecho de que algunos trabajadores realicen su jornada total o parcialmente fuera de los locales de la empresa no son elementos que excluyan la obligación empresarial de registrar la jornada. Por el contrario, la AN afirma que «dicha circunstancia obliga, con mayor razón, a que la empresa contribuya a la transparencia de su prestación, evitando desbordamientos de la jornada pactada, que nunca podrían acreditarse». Asimismo, la sala desmerece la argumentación de la empresa según la cual ha apostado por la presunción de la realización de la jornada por parte de las personas trabajadoras, por cuanto sí controla pormenorizadamente las ausencias de las mismas –las personas trabajadoras tienen la obligación de reportar en la intranet de la empresa cualquier ausencia al trabajo–.

Esta posición de la Sala Social de la AN fue confirmada en sus Sentencias posteriores de 19 de febrero de 2016 (asunto ABANCA, proc. núm. 383/2015) y 6 de mayo de 2016 (asunto Banc de Sabadell, proc. núm. 59/2016), que insisten en la obligación empresarial de establecer un registro de la jornada diaria efectiva que realizan las personas trabajadoras como herramienta para comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados y las horas extraordinarias que se puedan realizar.

La ITSS, como consecuencia de este posicionamiento jurisprudencial por parte de la AN, adoptó la Instrucción 3/2016 sobre intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y horas extraordinarias, iniciando una campaña de intensificación del control del cumplimiento de la normativa sobre tiempo de trabajo y, en especial, la llevanza de un registro diario de la jornada y el cumplimiento de los derechos de información de la representación de las personas trabajadoras en esta materia.

Según esta instrucción, la ITSS comparte la posición de la AN según la cual:

[no puede] admitirse la ausencia de registro por no realizarse horas extraordinarias, por cuanto el registro diario de la jornada es el presupuesto que permite la contabilización de todas las horas que se hagan para deducir luego la existencia de las extraordinarias.

Por consiguiente, en esta instrucción se estableció la obligación de adoptar un registro diario de la jornada laboral, incluyendo las horas concretadas de entrada y salida de cada persona trabajadora. Según establecía expresamente la instrucción:

[no era] aceptable para la acreditación de su cumplimiento la exhibición del horario general de aplicación en la empresa o los cuadrantes horarios elaborados para determinados periodos, pues estos se formulan «ex ante» y determinarán la previsión de trabajo para dicho periodo, pero no las horas efectivamente trabajadas en el mismo, que solo se conocerán «ex post» como consecuencia de la llevanza del registro de jornada.

Únicamente mediante un registro diario que incluyera las horas efectivas trabajadas por cada persona trabajadora podía determinarse la realización de horas por encima de la jornada laboral legal o pactada.

No obstante, la ITSS admitía el carácter de libre configuración del sistema de registro de jornada, en tanto se garantizase la fiabilidad e invariabilidad de los datos. Por tanto, el modelo o tipo de registro a utilizar podía ser un registro por medios electrónicos o informáticos –como un sistema de fichaje mediante tarjeta, huella dactilar u ordenador– o por medios manuales –tales como la firma del trabajador en soporte papel–.

Según estipulaba la propia Instrucción 3/2016, la ausencia de registro de la jornada diaria de las personas trabajadoras podía dar lugar a una infracción grave del artículo 7.5 de la LISOS de transgresión de las normas y límites legales o pactados en materia de jornada. En consecuencia, «el registro tiene un carácter esencial en la regulación del tiempo de trabajo, de modo que su falta no supone un incumplimiento de los deberes meramente formales, sino una transgresión de normas en materia de jornadas de trabajo». Adicionalmente, en los supuestos de superación de los límites de la jornada máxima procedía infracción grave adicional por dicha superación de la jornada máxima de trabajo del artículo 7.5 de la LISOS, además de infracción grave por impago de salario de los artículos 8.1 o 7.10 de la LISOS.

Sin perjuicio de la posición de la AN y de la ITSS, la Sala Social del TS reunida en Pleno, en su Sentencia de 23 de marzo de 2017 (rec. 81/2016)¹¹, rechazó la existencia de una obligación empresarial de llevar un registro de la jornada diaria de las personas trabajadoras a efectos de comprobar el cumplimiento de la normativa de tiempo de trabajo.

Según establece la sala, el tenor literal del artículo 35.5 del ET exige interpretarse en el sentido de que dicho precepto se refiere exclusivamente a las horas extraordinarias, por cuanto su redactado específicamente establece «a efectos del cómputo de horas extraordinarias». Por consiguiente, afirma que la obligación de la empresa de registrar las horas trabajadas se extiende solo a las horas extraordinarias realizadas¹².

Asimismo, el TS fundamenta su posición en una interpretación lógica sistemática del precepto; el deber de registrar la jornada laboral se contempla en el artículo 35 del ET dedicado al régimen jurídico de las horas extraordinarias y no en el artículo 34 del ET que regula la

¹¹ Para un comentario de esta sentencia, *vid.*, entre otros, Arias Domínguez (2017), Moll Noguera (2017) y Preciado Domènech (2017).

¹² Es interesante apuntar, no obstante, la crítica a este argumento que realiza Preciado Domènech (2017) al entender que una interpretación literal del precepto precisamente implica llegar a la conclusión de la obligación de registrar la jornada independientemente de la realización de horas extraordinarias, en tanto que el precepto se refiere a «jornada» y no a «jornada extraordinaria».

En este mismo sentido, *vid.* Lousada Arochena (2016, p. 254).

jornada ordinaria. Más allá, el tribunal entiende que la obligación de registrar diariamente la jornada en los contratos a tiempo parcial sería un mandato innecesario «si el legislador hubiese establecido la necesidad de registrar toda la jornada diaria, mediante un sistema que permita comprobar el cumplimiento del horario pactado». También la obligación de registro del tiempo de trabajo de los trabajadores móviles, de la marina mercante y ferroviarios¹³ son evidencias de que:

[...] cuando el legislador quiere un registro de toda la jornada laboral y el control horario lo dice expresamente, pues, si quisiera que ese mandato fuese general no lo habría reiterado para supuestos especiales, sino que lo habría implantado con carácter general en el artículo 34 del ET.

La sala entiende que su posición es acorde con su doctrina sobre el carácter condicionado de la obligación de informar a la representación de las personas trabajadoras de las horas extraordinarias realizadas ex disposición adicional tercera del Real Decreto 1561/1995 a la efectiva existencia de horas extraordinarias en la empresa¹⁴. Así como con su posición doctrinal anterior respecto de la inexistencia de llevar un registro para el control de la jornada ordinaria¹⁵.

La Sala Social del TS también argumenta que su posición respecto a esta cuestión se ajusta a lo dispuesto en la normativa comunitaria sobre ordenación del tiempo de trabajo. La obligación de llevar un registro de la jornada de las personas trabajadoras contenida en el artículo 18 b) i) de la Directiva 93/104/CE se refiere únicamente a aquellos supuestos en los que no se respete la limitación del artículo 6 de la duración de la jornada de 48 horas semanales incluyendo las horas extraordinarias. Asimismo, también existe tal obligación en supuestos de jornadas laborales especiales¹⁶.

¹³ Apartado 4 del artículo 10 bis, apartado 2 del artículo 18 bis y apartado 9 de la disposición adicional séptima del Real Decreto 1561/1995, respectivamente.

¹⁴ *Vid.*, en este sentido, las SSTs, Sala Cuarta, de 11 de diciembre de 2006 (rec. 63/2003), 25 de abril de 2006 (rec. 147/2005) y 18 de junio de 2013 (rec. 99/2012).

¹⁵ En este sentido, su STS, Sala Cuarta, de 3 de octubre de 2006 (rec. 146/2005) establece que:

[...] la primera postulación de la demanda, en cuanto interesa «el derecho de los trabajadores a la existencia de un sistema de marcaje horario que refleje la verdadera jornada realizada por los trabajadores» no se presente avalada por un sustrato fáctico y normativo [...] y no entra en desacuerdo con lo previsto en el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores, que solo exige el registro diario de la jornada de cada trabajador a efectos del cómputo de horas extraordinarias.

¹⁶ A modo de ejemplo, el artículo 12 de la Directiva 2014/112/UE del Consejo, de 19 de diciembre de 2015, por la que se aplica el Acuerdo europeo sobre determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo en el transporte de navegación interior celebrado por la Unión Europea de Navegación Fluvial (EBU), la Organización Europea de Patronos de Barco (ESO) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF), el artículo 8 de la Directiva 1999/63/CE del Consejo, de 21 de junio de 1999, relativa al Acuerdo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar suscrito por la Asociación de

Asimismo, establece que debe tenerse en cuenta la normativa estatal y comunitaria sobre protección de datos, por cuanto:

[...] la creación de este registro implica un aumento del control empresarial de la prestación de servicios y un tratamiento de los datos obtenidos, máxime en los supuestos de jornada flexible, de trabajo en la calle o en casa, que pueden suponer una injerencia indebida de la empresa en la intimidad y libertad del trabajador, así como en otros derechos fundamentales.

Finalmente, la sala argumenta que la falta de llevanza o incorrecta llevanza de un registro de la jornada no se encuentra tipificada como infracción:

[...] lo que obliga a una interpretación restrictiva y no extensiva de una norma sancionadora como la contenida en el artículo 7.5 del RDL 5/2000, de 4 de agosto, sobre infracciones y sanciones en el orden social, norma cuya naturaleza sancionadora impide una interpretación extensiva del artículo 35.5 del ET, pues es principio de derecho el de la interpretación restrictiva de las normas limitadoras de derechos y sancionadoras.

Por todo lo anterior, la Sala Social del TS concluye que el artículo 35.5 del ET no puede interpretarse en el sentido que impone la obligación empresarial de llevar un registro de la jornada diaria de las personas trabajadoras a efectos de comprobar el cumplimiento de la normativa de tiempo de trabajo. Y precisa que esta solución no coloca a la persona trabajadora en una situación de indefensión a la hora de probar la eventual realización de horas extraordinarias, por cuanto la notificación o ausencia de la misma por parte de la empresa de realización de horas extraordinarias permitirá a la persona trabajadora reclamar.

Termina la argumentación, no obstante, con una reflexión acerca de la conveniencia de adoptar una reforma legislativa que clarifique esta cuestión:

Cierto que de «lege ferenda» convendría una reforma legislativa que clarificara la obligación de llevar un registro horario y facilitara al trabajador la prueba de la realización de horas extraordinarias, pero de «lege data» esa obligación no existe por ahora y los tribunales no pueden suplir al legislador imponiendo a la empresa el establecimiento de un complicado sistema de control horario, mediante una condena genérica, que obligará, necesariamente, a negociar con los sindicatos el sistema a implantar, por cuanto, no se trata, simplemente, de registrar la entrada

Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación de Sindicatos del Transporte de la Unión Europea (FST) o el artículo 9 de la Directiva 2002/15/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera.

y salida, sino el desarrollo de la jornada efectiva de trabajo con las múltiples variantes que supone la existencia de distintas jornadas, el trabajo fuera del centro de trabajo y, en su caso, la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, cuando se pacte.

La STS, Sala Cuarta, de 23 de marzo de 2017 contiene, no obstante, tres votos particulares que se manifiestan en contra de la posición mayoritaria.

El primer voto particular, formulado por la magistrada Lourdes Arastey Sahún y al que se adhiere la magistrada María Luisa Segoviano Astaburuaga, aboga por la necesidad de emplear una interpretación finalista del artículo 35.5 del ET que confirme la obligación de llevar un registro diario de la jornada:

La obligación de registrar las horas extraordinarias se vacía de contenido si no se efectúa un seguimiento o control de la jornada realizada por el trabajador, pues el concepto de hora extraordinaria solo surge cuando se produce la superación de la jornada ordinaria y, por ello, no cabe argumentar que el cumplimiento de la obligación legal para la empresa se satisface cuando esta registra las horas extraordinarias, ya que la calificación como tales solo será posible «ex post», esto es, tras haberse efectuado un determinado número de horas, al día, a la semana, al mes o al año.

El segundo voto particular, formulado por el magistrado Antonio V. Sempere Navarro, argumenta que debería haberse aceptado la obligación de la empresa de llevar a cabo un control del tiempo de trabajo efectivamente realizado por las personas trabajadoras (*vid.* también Sempere Navarro, 2017). Sin embargo, considera que la base de esta obligación no se encuentra en el artículo 35.5 del ET, sino en las obligaciones empresariales de respetar la integridad física de las personas trabajadoras y cumplir con las normas de seguridad y salud laboral (arts. 4.2 d) y 19 ET y 14 LPRL), satisfacer a la persona trabajadora la remuneración pactada o legalmente establecida en atención al número de horas trabajadas (art. 4.2 f) ET) y respetar los descansos legal y convencionalmente establecidos ex artículo 7.5 de la LISOS. Según apunta el magistrado:

[...] la petición formulada por los sindicatos no debiera haberse agotado en el examen sobre el alcance del artículo 35.5 del ET. Aunque el mismo no derive la obligación ni de crear un registro, ni de registrar la jornada diaria en sitio alguno, recordemos que lo solicitado es que el empleador establezca un sistema de registro de la jornada diaria efectiva, que permita comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados.

Si bien el magistrado acepta que el artículo 35.5 del ET no impone la obligación a todas las empresas de llevar un registro sobre la jornada diaria realizada por cada persona trabajadora, sí concluye que, como consecuencia de las anteriores obligaciones empresariales,

«la empresa viene obligada a controlar, comprobar o fiscalizar el desarrollo de la actividad laboral de sus empleados cuando los mismos están sujetos a un control horario». En resumen, según afirma el magistrado:

No es el artículo 35.5 del ET, sino toda una serie de preceptos concordantes, la base a partir de la cual surge la necesidad de que Bankia, una empresa de grandes dimensiones, fuertemente tecnificada, y con una rica regulación convencional del tiempo de trabajo, lleve a cabo un control sobre el tiempo de trabajo efectivamente desempeñado por cada una de las personas que integran la plantilla.

Finalmente, el tercer voto particular, formulado por el magistrado Jordi Agustí Julià y al que se adhiere la magistrada Rosa María Virolés Piñol, discrepa también de la decisión mayoritaria, por entender que la interpretación actual del artículo 35.5 del ET exige apreciar la obligación empresarial de llevar un registro de la jornada. Entre otros argumentos, apunta que, mientras que en la redacción original de dicho precepto¹⁷ el registro se refería a las horas extraordinarias, la redacción actual exige el registro de la jornada. Según apunta el magistrado, la finalidad del cambio normativo obedece «a que no se pudiera eludir la obligación de registrar las horas extraordinarias simplemente negando su existencia». En concreto, afirma que:

[...] es público y notorio que existe una problemática y un debate social sobre el gran número de horas extraordinarias no abonadas que se vienen efectuando, y la necesidad de su control [y, en consecuencia], la actitud «abstencionista» de la posición mayoritaria –reacia a una interpretación evolutiva del art. 35.5 ET en línea con lo resuelto por la sentencia de instancia–, tal como propugna la mayoría, no parece que se coheneste bien con la política del Estado al respecto.

En cualquier caso, sin perjuicio de los tres votos particulares analizados, la Sentencia posterior de 20 de abril de 2017 (rec. 116/2016) dictada por la Sala Social del TS confirma la posición mayoritaria de la sentencia¹⁸.

Como consecuencia de la posición del TS, la ITSS adaptó su criterio de actuación mediante la Instrucción 1/2017¹⁹. En esta instrucción se aclaraba que, a la luz de la posición

¹⁷ El artículo 35.5 del ET en versión de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, establecía que «la realización de horas extraordinarias se registrará día a día y se totalizarán semanalmente, entregando copia del resumen semanal al trabajador en el parte correspondiente».

¹⁸ A favor de la posición mantenida por el TS se posiciona Arias Domínguez (2017) y en sentido contrario Preciado Domènech (2017).

¹⁹ Instrucción 1/2017, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, complementaria a la Instrucción 3/2016, de 21 de marzo, sobre intensificación del control en materia de tiempo de trabajo y de horas extraordinarias.

del TS, no existía la obligación empresarial de llevar un registro diario de las personas trabajadoras y, por consiguiente, la ausencia de dicho registro no podía considerarse una infracción laboral²⁰. Sin embargo, se mantuvo la campaña de intensificación del control en materia de tiempo de trabajo, por cuanto, como se aclaraba en la propia instrucción, la ausencia de una obligación empresarial de llevar un registro diario «no exime a las empresas a respetar los límites legales y convencionales en materia de tiempo de trabajo y horas extraordinarias».

3.1.2. El registro de jornada en la Directiva 2003/88/CE

La AN, sin perjuicio de la posición contraria mantenida por el TS analizada anteriormente, planteó una cuestión prejudicial ante el TJUE (auto núm. 3/2018, de 19 de enero), referente a la obligación del registro de jornada en la normativa europea; cuestión que no había sido abordada por los tribunales españoles de forma exhaustiva. Resumidamente, formuló la cuestión de si la normativa europea en materia de limitación de jornada requiere una normativa estatal que exija un registro de jornada diaria efectiva de trabajo para las personas trabajadoras a tiempo completo que oficialmente no realizan horas extraordinarias.

El TJUE emite su sentencia el 14 de mayo de 2019 (asunto C-55/18, CC. OO. vs. Deutsche Bank). En primer lugar, el TJUE expone el mandato que se extrae tanto de la propia norma como de la jurisprudencia que la interpreta y afirma que, «para asegurar la plena efectividad de la Directiva 2003/88, es necesario que los Estados miembros garanticen el respeto de esos periodos mínimos de descanso e impidan que se sobrepase la duración máxima del tiempo de trabajo semanal».

Una vez indicado lo anterior, el TJUE entra en el fondo del asunto y anticipa que es necesario que se establezca un sistema que permita computar la jornada laboral diaria de forma objetiva y fiable. Pues de esta forma se podrá controlar que se respeta, primero, la duración máxima del tiempo de trabajo semanal, del artículo 6 de la Directiva 2003/88/CE, y, segundo, los periodos mínimos de descanso diario y semanal, establecidos en sus artículos 3 y 5.

El tribunal europeo entiende que un sistema de registro de la jornada diaria es perceptivo para garantizar el efecto útil de la Directiva 2003/88/CE y del artículo 31.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en la misma línea que las conclusiones

²⁰ «A la vista de las sentencias citadas, la única materia que queda afectada en las futuras actuaciones inspectoras es la relacionada con la llevanza del registro de jornada, por cuanto no siendo una obligación exigible a las empresas con carácter general, la omisión del registro de la jornada diaria de trabajo no es constitutiva, en cuanto tal, de una infracción del orden social».

del abogado general²¹. En primer lugar, en sentido contrario a la posición manifestada por el TS²², el TJUE entiende que sin computar las horas ordinarias no es posible conocer las horas extraordinarias de cada persona trabajadora, por cuanto, además, los medios a los que puede recurrir una persona trabajadora para demostrar el número diario de horas trabajadas y que se respeta el descanso semanal establecido no son tan objetivos ni tan fiables como un registro de la jornada diaria. Así, un sistema fiable y objetivo de registro permite que tanto las personas trabajadoras como las autoridades competentes puedan apreciar si las empresas han vulnerado los límites del tiempo de trabajo y permite proteger la salud y seguridad de las personas trabajadoras, que no puede someterse a consideraciones meramente económicas. Finalmente, el TJUE afirma que un sistema de registro permite mantener informada a la representación de la plantilla, con funciones en esta materia, para que puedan supervisar y proponer medidas a la empresa.

En conclusión, el TJUE confirma la existencia de una obligación de registro diario de la jornada de las personas trabajadoras fundamentada en los artículos 3, 5 y 6 de la Directiva 2003/88/CE. Sin embargo, no se establecen los criterios de configuración de dicho registro, resultando obligación de los Estados miembros concretar dichos criterios y características.

Por último, el TJUE recalca que, de acuerdo con el artículo 4 del Tratado de la Unión Europea y con el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, los órganos jurisdiccionales estatales deben interpretar su normativa nacional de forma que se respeten los derechos que emanan de la normativa europea. Ello obliga a recurrir a la interpretación conforme, si fuese necesaria, para modificar una jurisprudencia ya consolidada.

Valorando críticamente la sentencia, entendemos que la posición defendida por el TJUE es acertada en cierta forma. Pues llegamos a la conclusión de que de la regulación europea analizada se desprende la obligación de instaurar medidas útiles que permitan garantizar los derechos al descanso diario, semanal y a la limitación de la jornada. Lo que no compartimos es que de esa misma normativa se derive la obligación concreta y expresa de instaurar un registro diario de jornada, puesto que no hay ningún precepto que así lo establezca. Si bien es cierto que el registro es un medio apto para controlar el respeto de los límites de jornada, entendemos que existen otros instrumentos de control que permitirían garantizar la efectividad de la norma comunitaria, como lo puede ser el derecho a la desconexión que se analiza más adelante.

²¹ Efectivamente, en las conclusiones del abogado general de la Unión Giovanni Pitruzzella emitidas el 31 de enero de 2019 en este asunto se afirma que la normativa europea exige la implantación de un registro de jornada por parte de la empresa para controlar la jornada de las personas empleadas a tiempo completo. Llega a esta conclusión con base en, principalmente, dos argumentos. El primero es que, de la interpretación sistemática de la normativa europea, en general, y de la Directiva 2003/88/CE, en particular, se desprende dicha obligación. El segundo, que los Estados miembros han de asegurarse de que se cumpla el efecto útil de la Directiva 2003/88 y, para ello, un sistema de registro de jornada es el elemento necesario.

²² SSTS, Sala Cuarta, de 23 de marzo de 2017 (rec. 81/2016) y 20 de abril de 2017 (rec. 116/2016).

3.2. La obligación legal del registro diario de la jornada

El Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, entre otras medidas, introdujo la obligación de registro de jornada, cerrando el debate jurisprudencial sobre el carácter autónomo o no del registro horario referido en el artículo 35.5 del ET y adelantándose a la resolución del TJUE anteriormente analizada.

El artículo 10.2 del Real Decreto-Ley 8/2019 modifica el artículo 34 del ET e incorpora un apartado noveno que establece un concreto instrumento de control del tiempo de trabajo como es el registro de la jornada. Así, este precepto establece que:

La empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo.

Mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, se organizará y documentará este registro de jornada.

La empresa conservará los registros a que se refiere este precepto durante 4 años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

De este precepto se derivan cinco cuestiones importantes que merecen ser destacadas.

Primero, el mandato del artículo 34.9 del ET es claro: «la empresa garantizará el registro diario de la jornada». Es decir, todas las empresas tienen la obligación de adoptar un sistema de registro de la jornada diaria de todas las personas trabajadoras contratadas²³.

Segundo, la finalidad del registro es verificar la jornada diaria efectiva de las personas empleadas. Por tanto, como establece expresamente el precepto, debe registrarse el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de todas las personas trabajadoras. Por consiguiente, en sentido contrario, no es suficiente con el registro previo del horario, sino que requiere un registro posterior de la jornada efectivamente realizada.

Tercero, la obligación de registro horario es independiente de jornadas flexibles. A pesar de que un sistema de registro puede parecer más bien apto para jornadas rígidas, la redacción del precepto deja constancia de que el registro horario debe ser compatible con las

²³ Es importante recordar, no obstante, que se estableció un plazo de 2 meses desde el 12 de marzo de 2019, fecha de la publicación del Real Decreto-Ley 8/2019 en el BOE, para su aplicación (disp. final sexta).

medidas de flexibilidad horaria previstas en el artículo 34 del ET. Es decir, con la distribución irregular de la jornada y con el derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo para conciliar la vida familiar y laboral.

Cuarto, el registro de jornada debe negociarse con la representación legal de la plantilla mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en defecto, establecerse por decisión de la empresa previa consulta con la representación legal. Por tanto, la empresa tiene la obligación de negociar con la representación de la plantilla y, solo en defecto de acuerdo, podrá aplicarse unilateralmente por la empresa.

Quinto, la empresa debe conservar los registros durante 4 años y debe hacerlos accesibles tanto a las personas trabajadoras y a la representación legal, como a la ITSS.

Además de la modificación del artículo 34.9 del ET, el Real Decreto-Ley 8/2019 incorporó una medida disuasoria del incumplimiento de la obligación de registro en su artículo 11. En concreto, se modificó el artículo 7.5 de la LISOS, incorporando la vulneración de las normas en materia de registro de jornada como infracción grave. Esto quiere decir que en caso de que no exista registro o este sea defectuoso se podrá imponer a las empresas una sanción de entre 626 euros y 6.250 euros, de acuerdo con el artículo 40.1 b) de la LISOS.

La redacción dada por el Real Decreto-Ley 8/2019, pese a establecer unos principios claros, deja serias dudas en cuanto al ámbito de aplicación, sujetos obligados y configuración.

Una primera cuestión importante se refiere al ámbito de aplicación del registro de jornada. En este punto, si bien el artículo 34.9 del ET es claro en establecer que el registro deberá incluir «el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora», han surgido dudas entre la doctrina en cuanto a su ámbito de aplicación.

En este sentido, resulta de interés la Guía sobre el registro de jornada publicada por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social «con el fin de facilitar la aplicación práctica de la norma [...] sin perjuicio de la interpretación de la norma que corresponde a los juzgados y tribunales del orden social». Dicha guía confirma que la obligación de registro de jornada se aplica a todas las personas trabajadoras por cuenta ajena sin distinción respecto a su modalidad contractual o de prestación de servicios. Por tanto, a todas las personas que se encuentren dentro de la definición del artículo 1.1 del ET, con independencia de si prestan servicios mediante horarios flexibles, en centros de trabajo móviles o itinerantes, a distancia, mediante contratos temporales o prestan servicios en el marco de una subcontrata.

La cuestión respecto del alcance de la obligación de registro es especialmente importante en cuanto a las relaciones laborales de carácter especial del artículo 2 del ET. La regulación de dichas actividades mediante normativa específica genera la duda de si resulta o no de aplicación el registro horario. En este punto, por tanto, resultará esencial analizar

la normativa específica para determinar si existe o no obligación de registro de la jornada por remisión a la norma laboral.

En este sentido, por ejemplo, es posible concluir que no existe obligación de registro respecto de las personas que actúan como representantes de comercio, por cuanto el artículo 4 del Real Decreto 1438/1985²⁴ establece que esta relación laboral «no implicará sujeción a jornada u horario de trabajo concreto, sin perjuicio de las previsiones contenidas en los pactos colectivos o individuales». Por el contrario, sí que existe tal obligación respecto a las personas que trabajan en el hogar familiar, por cuanto la normativa laboral común resulta de aplicación con carácter supletorio. Así, dado que el artículo 9.3 bis del Real Decreto 1620/2011²⁵ solamente excluye la obligación de registro ex artículo 12.5 h) del ET de las personas contratadas a tiempo parcial, debe entenderse que se mantiene la obligación ex artículo 34.9 del ET respecto de las personas contratadas a tiempo completo. En sentido similar, a pesar de cierta discusión doctrinal (Junceda Moreno, 2019), también existe dicha obligación de registro respecto de las personas que prestan servicios en despachos jurídicos. El artículo 14.1 del Real Decreto 1331/2006²⁶ se remite expresamente al ET respecto de los límites de la duración de la jornada anual.

Existe una duda importante, sin embargo, respecto del personal de alta dirección, por cuanto, si bien no existe remisión expresa en materia de tiempo de trabajo a la norma laboral común, sí tienen reconocido, como se analiza más adelante, el derecho a la desconexión digital. En cualquier caso, la interpretación más acorde con la norma es entender excluida la obligación de registro, por cuanto el artículo 7 del Real Decreto 1382/1985²⁷ establece que el tiempo de trabajo será fijado por las partes en el contrato de trabajo, con el límite de que no «excedan notoriamente de las que sean usuales en el ámbito profesional correspondiente». Esta exclusión queda amparada en el artículo 17.1 de la Directiva 2003/88/CE, que admite que los Estados miembros puedan establecer excepciones a los límites de jornada y tiempo de descanso respecto de distintos colectivos, entre los que se incluiría el personal de alta dirección.

En este punto, no obstante, la Guía sobre el registro de jornada del Ministerio de Trabajo citada anteriormente introduce un matiz, a nuestro juicio, problemático respecto de las personas que, no siendo personal de alta dirección, ocupan mandos intermedios, cargos de confianza o con ejercicio de especiales responsabilidades y tienen pactado un régimen

²⁴ Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquellos.

²⁵ Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.

²⁶ Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos.

²⁷ Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

de libre disponibilidad del tiempo de trabajo o sus obligaciones contractuales requieran de una plena disponibilidad horaria. Respecto de este colectivo de personas, si bien también existe obligación de registro de la jornada, la acreditación del tiempo de trabajo podrá realizarse mediante el pacto de disponibilidad horaria, «interpretándose que la retribución obtenida por el trabajador ya compensa de manera proporcionada esa mayor exigencia de tiempo de trabajo». Por tanto, recomienda que mediante la negociación colectiva o acuerdo de empresa se deje constancia de tal circunstancia «para evitar situaciones indiciariamente abusivas o desproporcionadas».

Como adelantábamos, desde nuestro punto de vista, esta referencia resulta problemática, por cuanto parece indicar que los posibles excesos de jornada que refleje el registro horario deben entenderse que son compensados por la retribución obtenida por estas personas. A nuestro parecer, no es ajustado a derecho admitir la legalidad de excesos de jornada no remunerados en consecuencia respecto de colectivos que no tienen la consideración de alta dirección, a pesar de ocupar cargos intermedios o de confianza. Efectivamente, como se ha apuntado anteriormente, el artículo 17 de la Directiva 2003/88/CE admite que los Estados miembros puedan establecer excepciones a la regulación en materia de tiempo de trabajo respecto de «ejecutivos dirigentes u otras personas con poder de decisión autónomo». Sin embargo, en el ordenamiento jurídico-laboral español, esta posibilidad se ha ejercido únicamente respecto del personal de alta dirección, quedando las demás personas que ocupan cargos intermedios sujetas a la relación laboral y a la normativa común en materia de tiempo de trabajo. Por consiguiente, desde nuestro punto de vista, los excesos de jornada respecto de personas que ocupan cargos intermedios o de dirección sectorial no pueden entenderse ajustados a derecho a no ser que se retribuyan como horas extraordinarias.

Además, es importante recordar que el apartado 7 del artículo 34 del ET también fue modificado por el Real Decreto-Ley 8/2019, habilitando al Gobierno a adoptar «especialidades en las obligaciones de registro de jornada, para aquellos sectores, trabajos y categorías profesionales que por sus peculiaridades así lo requieran». La ausencia de regulación especial, a pesar de esta habilitación, respecto de la obligación de registro de las personas que ocupan cargos intermedios o de dirección sectorial indica la voluntad de mantener la integridad de dicha obligación.

En relación con el alcance de la obligación del registro horario, es importante mencionar también que respecto a las personas que con anterioridad ya existiese obligación de registrar la jornada en virtud del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo (como las personas trabajadoras móviles, de la marina mercante y de interoperabilidad transfronteriza en el transporte ferroviario) o del artículo 12.4 c) del ET respecto a las personas que trabajan a tiempo parcial, se mantendrá su régimen específico.

En segundo lugar, respecto de los sujetos obligados a cumplir con el registro horario, es importante recalcar que esto recae sobre la empresa empleadora. Por tanto, en supuestos de subcontratación, la obligación de registro horario recae sobre la empresa contratista o

subcontratista respecto de las personas por ellas contratadas. Sin embargo, como establece la Guía sobre el registro de jornada del Ministerio de Trabajo, cuando las personas contratadas por la empresa contratista presten servicios en las instalaciones de la empresa principal, es posible que las dos empresas concurrentes acuerden utilizar el sistema de registro de la empresa principal, facilitando:

[...] mayor fiabilidad de la jornada efectivamente realizada por los trabajadores de la contratista, así como su control por esta última de defectos o excesos de la jornada que puedan contradecir los términos acordados en la relación interempresarial y ser objeto de responsabilidad.

En todo caso, la obligación de conservación y mantenimiento de datos del registro radica en la empresa contratista.

En supuestos de personas trabajadoras contratadas vía empresas de trabajo temporal (ETT), la regulación propia de estas personas trabajadoras especifica que el poder de dirección y control es ejercitado por la empresa usuaria (art. 15 Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal –LETT–). Por consiguiente, como confirma la Guía sobre el registro de jornada del Ministerio de Trabajo, la obligación de cumplir con el registro horario corresponde a la empresa usuaria. En consecuencia, será esta quien tenga que cumplir con la obligación de registrar la jornada y conservar dichos registros durante el plazo de 4 años. No obstante, en tanto que la obligación de abono de los salarios y cotizaciones a la Seguridad Social corresponde a la ETT (art. 12 LETT), se deben comunicar los datos del registro entre las dos empresas.

En tercer lugar, respecto a la configuración concreta del registro, el artículo 34.9 del ET solamente se refiere a la necesidad de negociar o, en defecto, consultar con la representación legal de la plantilla la organización y documentación del registro. Sin embargo, nada especifica respecto a las exigencias técnicas del sistema de registro.

En este punto, parece que la opción es ofrecer libertad a la configuración del sistema de registro, dejándolo al arbitrio de la negociación colectiva o la decisión de la empresa en atención a las características del puesto de trabajo y de la empresa. Esta previsión está en consonancia con el artículo 20.3 del ET que establece que «el empresario podrá adoptar las medidas que estime oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones».

En este sentido, es interesante destacar nuevamente la Guía sobre el registro de jornada del Ministerio de Trabajo, que establece que será válido cualquier sistema o medio, en soporte papel o telemático, que proporcione información fiable, inmodificable y no manipulable *a posteriori* –ni por la empresa ni por la propia persona trabajadora–. Con esta intención, se debe conservar el registro en un formato inalterable tras determinarse la jornada. En tanto se respeten estos requisitos, el sistema de registro puede consistir en registros

telemáticos u hojas de horas que permiten la autogestión del tiempo de trabajo por parte de la persona trabajadora.

En todo caso, es importante recordar que si se utilizan sistemas de videovigilancia o geolocalización se debe respetar la LOPD.

Con todas estas novedades, la ITSS emitió el Criterio técnico 101/2019 sobre actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de registro de jornada. La contribución de este criterio se basa principalmente en ratificarse en los contenidos expuestos por el Real Decreto-Ley 8/2019, la STJUE de 14 de mayo de 2019 (C-55/18) y la guía del Ministerio de Trabajo. En definitiva, que la obligación de registro de jornada incluye a todas las personas trabajadoras por cuenta ajena, que el registro debe ser diario, objetivo, fiable y accesible en cualquier momento para cuando lo soliciten las personas trabajadoras, la representación legal de la plantilla y la ITSS.

4. Derecho al descanso vs. derecho a la desconexión digital: del derecho laboral a la obligación empresarial

4.1. El derecho a la desconexión digital

Con la aprobación de la LOPD se reconoce en el ordenamiento jurídico-laboral español el derecho a la desconexión digital de los trabajadores en su artículo 88²⁸.

Desde que Francia introdujo la figura del derecho a la desconexión digital (Loïc, 2016) en la denominada Ley El Khomri²⁹ –por el apellido de la ministra de Trabajo que la promovió–, se generó un debate interesante sobre la conveniencia de reconocer también este derecho en el ordenamiento jurídico-laboral español, que finalmente se materializó con la aprobación del artículo 88 de la LOPD. Según este precepto:

1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente

²⁸ Sin perjuicio de su carácter de ley orgánica, la disposición final primera de la norma precisa que el derecho a la desconexión digital tiene carácter de ley ordinaria. Es decir, se entiende que el derecho a la desconexión no es un derecho fundamental, a pesar de que de la misma redacción del artículo se entiende que está estrechamente vinculado a algunos de ellos y que en el preámbulo de la norma destaca que «ocupa un lugar relevante [...] en el marco del derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral».

²⁹ *LOI n.º 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.*

establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar.

2. Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y 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.

3. El empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas.

El primer apartado del artículo 88, a modo de declaración formal, reconoce el derecho a la desconexión a personas trabajadoras y empleadas públicas. Asimismo, dota al derecho a la desconexión del objetivo de garantizar que se respeta el tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como su intimidad personal y familiar. Además, según el apartado segundo del precepto, la política empresarial de desconexión digital debe buscar fortalecer el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar, sin perjuicio de tener en cuenta las características propias de la actividad realizada.

La norma legal posa el desarrollo y concreción del derecho a la desconexión digital en la negociación colectiva y en la política de empresa. La efectividad del control de la jornada y del derecho a la desconexión pasa por su adaptación a cada realidad empresarial, tal y como prevé el apartado 2 de la norma cuando establece que el ejercicio del derecho atenderá «a la naturaleza y objeto de la relación laboral». Pues consideramos que difícilmente una norma legal podría establecer una regulación suficientemente detallada y, a la vez, flexible para adaptarse a la diferente casuística empresarial.

En este sentido, es interesante destacar que un sector de la doctrina iuslaboralista se había posicionado a favor de la regulación del derecho a la desconexión, abogando por su concreción por vía de la negociación colectiva o políticas empresariales (Del Rey Guanter y Tena Planas, 2017; Del Rosal Segura, 2017; García-Perrote Escartín y Mercader Uguina, 2016a; Mercader Uguina, 2017; Rodríguez Fernández, 2017). De esta manera, entendían que se debería permitir que el derecho a la desconexión fuese concretado para cada empresa, actividad e, incluso, para las distintas responsabilidades profesionales (Molero Navarro, 2017), modalidades de horario –estableciéndose, por tanto, especialidades para las personas trabajadoras que gozan de cierta autonomía y flexibilidad horaria– o colectivos de personas trabajadoras existentes en la empresa (Del Rey Guanter y Tena Planas, 2017).

La aplicación del derecho a la desconexión se refiere únicamente respecto de aquellas empresas que tienen a personas trabajadoras conectadas. Esto es, solamente en relación con aquellos puestos de trabajo que emplean medios y dispositivos electrónicos de comunicación, por cuanto es respecto de estos que existe la necesidad de aplicar, además del actual derecho al descanso, un derecho a la desconexión digital.

No obstante, el artículo 88.3 de la LOPD específicamente establece que la política de desconexión digital adoptada en la empresa debe incluir también a las personas trabajadoras que ocupan puestos directivos en la empresa, así como establecer medidas concretas para las personas que prestan servicios, total o parcialmente, a distancia o desde el domicilio habitual.

En cuanto a la configuración o concreción del derecho a la desconexión digital, el apartado 3 del artículo 88 de la LOPD amplía el poder de control y dirección de la empresa a la modulación y diseño del derecho a la desconexión. Sin perjuicio de la obligación de dar audiencia previa a la representación legal de la plantilla, la norma no exige ninguna modalidad de regulación o concreción del derecho a la desconexión. Es más, es flexible en la medida en que pretende que este se configure de acuerdo con la actividad en cuestión, siempre que sirva para la finalidad de garantizar el tiempo de descanso.

Las posibilidades, por tanto, son muchas y muy variadas: bloqueo técnico del acceso a las aplicaciones o plataformas de trabajo de la empresa (intranet, *cloud*, etc.), instalación de un *software* que impida el envío o recepción de mensajes, introducción de una alerta que indique a la persona trabajadora que ha alcanzado el límite de su jornada o, incluso, una política empresarial que, sin empleo de dispositivo técnico alguno, expresamente prohíba el contacto con y entre personas trabajadoras durante el tiempo de descanso, garantizando, por tanto, el derecho de las personas trabajadoras a desconectarse de los dispositivos tecnológicos y digitales.

Existe solamente una exigencia mínima del contenido del derecho a la desconexión digital. La política empresarial de desconexión, determinada unilateralmente por la empresa o adoptada por acuerdo con la representación legal de la plantilla, debe incluir, además de los términos de ejercicio del derecho, acciones de formación y sensibilización para que la plantilla use razonablemente los dispositivos digitales en aras de evitar la fatiga informática. Como puede observarse, por tanto, el derecho a la desconexión digital se configura como un instrumento de prevención de riesgos laborales.

Finalmente, en cuanto a la adopción de la política de desconexión digital, el apartado tercero del artículo 88 de la LOPD establece que la empresa, «previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores». Por tanto, según este precepto, no existe obligación de negociación entre la empresa y la representación legal de la plantilla.

Es cierto que el apartado segundo de este mismo precepto establece que las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión digital «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». Sin embargo, pese a que de la literalidad del apartado segundo del artículo 88 puede parecer que se requiere un acuerdo convencional para fijar la efectividad de este derecho, debe interpretarse que se refiere al ejercicio del derecho y no a la configuración de la política empresarial de desconexión. Especialmente por cuanto el apartado tercero prevé que bastará la previa audiencia con la representación de las personas trabajadoras para que la empresa pueda establecer una política interna que defina las modalidades de ejercicio del derecho.

Por consiguiente, cumpliendo con la obligación de audiencia previa, la empresa puede adoptar la política de desconexión digital de forma unilateral. En este sentido, tanto la redacción defectuosa como la posibilidad de que la empresa pueda fijar unilateralmente los modos de ejercicio de este derecho han sido criticadas por Serrano Olivares (2018), que entiende que da lugar a una regulación descafeinada del derecho.

4.2. La configuración del derecho a la desconexión digital como una obligación empresarial de control del tiempo de descanso

El derecho a la desconexión digital se configura como una fórmula para garantizar el respeto del tiempo de descanso, permisos y vacaciones y a la intimidad personal y familiar. Así, como establece el propio artículo 88.1 de la LOPD, se reconoce el derecho a la desconexión «a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones».

Existe un sector de la doctrina que considera que este derecho se encontraba ya regulado en el ordenamiento jurídico-laboral mediante el reconocimiento de periodos mínimos de descanso a las personas trabajadoras y la obligación empresarial de respetar los mismos (Todolí Signes, 2017; Vallecillo Gámez, 2017; Vidal, 2017). Efectivamente, la normativa sobre jornada laboral máxima y descansos mínimos (arts. 34 y 37.1 ET) implica el derecho de las personas trabajadoras a no trabajar durante los periodos de descanso –salvo, claro está, en supuestos de realización de horas extraordinarias–. Este sector defiende que las personas trabajadoras, por tanto, siempre han tenido el derecho a no contestar correos electrónicos, wasaps o llamadas telefónicas durante su tiempo de descanso. Correlativamente, por tanto, la empresa no puede –tampoco antes de la aprobación del derecho a la desconexión– exigir trabajo fuera del tiempo de trabajo, ni, por tanto, sancionar la negativa de la persona trabajadora de prestar servicios durante los periodos de descanso. Según establece Molina Navarrete (2017), no hay ningún tipo de diferencia entre desconectar digitalmente y disfrutar realmente del periodo de descanso.

Efectivamente, el ordenamiento jurídico-laboral español reconoce y reconocía, previo al derecho a la desconexión, derechos de descanso a las personas trabajadoras, que deben ser respetados por parte de la empresa.

En este sentido, es interesante citar la SAN 94/1997, de 17 de julio, que declara la nulidad de una política empresarial que obligaba a las personas trabajadoras a mantener conectados sus teléfonos móviles con los de la empresa una vez finalizada la jornada laboral. En concreto, la sentencia establece que:

[...] se sobrepasan las facultades normales y regulares de la empresa, en los términos previstos por el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, si se obliga a los empleados a desarrollar su actividad profesional o a estar pendientes de recibir instrucciones en todo momento, incluso en las horas no coincidentes con la jornada de trabajo asignada a cada uno de ellos, pues a ese resultado se llegaría si se vieran forzados a mantener una atención constante a sus teléfonos móviles en todo momento.

Esta sentencia es interesante por cuanto, si bien no reconoce la existencia del derecho a la desconexión en el ordenamiento jurídico laboral, sí que declara la imposibilidad empresarial de exigir una conexión permanente por parte de las personas trabajadoras.

Asimismo, es también interesante destacar la STS, Sala Cuarta, de 21 de septiembre de 2015 (rec. 259/2014), que declara abusiva una cláusula contractual establecida por la empresa en virtud de la cual:

[...] las partes convienen expresamente que cualquier tipo de comunicación relativa a este contrato, a la relación laboral o al puesto de trabajo, podrá ser enviada al trabajador vía SMS o vía correo electrónico [...] según los datos facilitados por el trabajador a efectos de contacto.

El TS entiende que una cláusula de estas características requiere el consentimiento expreso y voluntario de la persona trabajadora, características que no se cumplen en este caso al establecerse genéricamente en el contrato de trabajo. La persona trabajadora, parte contratante en posición de debilidad, puede verse forzada a aceptar dicha cláusula y, por ende, el tribunal entiende que debe considerarse nula por vulnerar el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. Esta sentencia es interesante en este contexto por cuanto, al impedir que –salvo consentimiento expreso– la empresa pueda contactar con las personas trabajadoras mediante medios o dispositivos tecnológicos y digitales personales, garantiza, en cierta medida, la desconexión –al menos de aquellas personas cuya empresa no les ha facilitado dispositivos electrónicos corporativos–.

No obstante, el derecho a la desconexión digital no es equiparable a los derechos de descanso ya reconocidos en el ordenamiento jurídico-laboral, configurándose como un derecho

autónomo y diferenciado del descanso. A nuestro entender, es importante diferenciar entre derecho al descanso y derecho a la desconexión digital. Mientras que el primero es definido como el respeto de los periodos mínimos de descanso diario, semanal y anual establecidos legal, convencional o contractualmente, el segundo es definido como el derecho de las personas trabajadoras a estar desconectadas de dispositivos y medios tecnológicos durante dichos periodos de descanso.

Ciertamente, el derecho a la desconexión digital garantiza un derecho efectivo y real al descanso; al respeto de los periodos de los descansos por parte de la empresa. Sin embargo, no son instituciones idénticas. El derecho a la desconexión es un derecho complementario por cuanto garantiza no solo el descanso y el respeto a los límites de jornada, sino la desconexión de los medios y dispositivos tecnológicos. Es decir, el derecho a la desconexión aplica en la medida en que se presten servicios con dispositivos tecnológicos.

Téngase en cuenta que, como se ha apuntado anteriormente, el derecho a la desconexión está relacionado también con la prevención de riesgos laborales asociados al uso continuado y prolongado de nuevas tecnologías de la información y la comunicación. En este sentido, el derecho a la desconexión aparece como la medida necesaria para abordar no solamente el respeto al derecho al descanso en un entorno donde cada vez se difumina más la línea entre vida privada y vida laboral, sino también los nuevos riesgos laborales surgidos de las tecnologías de la información y la comunicación.

En otras palabras, el derecho a la desconexión digital se configura como un derecho instrumental de control del tiempo de trabajo. En consecuencia, como una obligación empresarial de control del tiempo de trabajo; o, mejor dicho, de control del tiempo de descanso.

Efectivamente, el derecho a la desconexión, en consonancia con la redacción del artículo 88 de la LOPD, requiere que sea entendido como una obligación empresarial de adoptar medidas para garantizar la efectiva desconexión de los medios y dispositivos tecnológicos por parte de las personas trabajadoras durante el tiempo de descanso (Gutiérrez Colominas, 2020).

La efectividad del derecho a la desconexión digital requiere que la política adoptada en la empresa, más allá de reconocer genéricamente el derecho ya regulado en el artículo 88 de la LOPD, establezca medidas específicas de desconexión. En concreto, el diseño de la política empresarial de desconexión requiere que se centre no solo en la persona trabajadora como destinataria, sino especialmente en el origen de la comunicación. Esto es, debe incluir medidas específicas para evitar las comunicaciones con y entre las personas trabajadoras fuera del tiempo de trabajo.

En consecuencia, el derecho a la desconexión implica la obligación empresarial de no comunicación con las personas trabajadoras fuera de su tiempo de trabajo. Es decir, la efectividad del derecho a la desconexión –especialmente en un contexto en el que

muchas personas trabajadoras se encuentran sujetas a una importante presión laboral—requiere basarse en el origen de la comunicación y no solamente en el destinatario. Esto es, la efectividad del derecho a la desconexión requiere, además de reconocer el derecho de las personas trabajadoras a desconectar los dispositivos tecnológicos y digitales, la obligación empresarial de no comunicarse con ellas durante los periodos de descanso. Si no se configura el derecho a la desconexión como una correlativa obligación empresarial, se convertiría en un derecho carente de contenido, al existir el riesgo de recompensar a las personas trabajadoras menos desconectadas con promociones, aumentos salariales, incentivos, etc.

Pese a todo, a nuestro juicio, el punto más criticable de la introducción legislativa del derecho a la desconexión digital es que no se recoge una infracción expresa en caso de incumplimiento. En este sentido, las infracciones pueden ser desde no desarrollar ni siquiera la política interna de uso del derecho a la desconexión a, a pesar de existir una política de desconexión, ignorar sus disposiciones.

Desde nuestra perspectiva, por analogía con el registro de jornada y de acuerdo con el primer apartado del artículo 88 de la LOPD, se trataría de una infracción grave del artículo 7.5 de la LISOS, ya que se produciría:

[una] transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos, registro de jornada y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23 y 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores.

Ello conllevaría la imposición de una sanción de entre 626 a 6.250 euros de acuerdo con el artículo 40.1 b) de la LISOS.

5. Los ámbitos del control del tiempo de trabajo y el derecho a la desconexión

El control del tiempo de trabajo es una obligación empresarial previa al reconocimiento del derecho a la desconexión digital y del registro horario, fundamentada en la obligación empresarial de respetar la normativa sobre tiempo de trabajo, de garantizar a los trabajadores su seguridad y salud en el trabajo y de retribuir en atención al tiempo de trabajo.

Por consiguiente, el registro horario y el derecho a la desconexión digital no añaden nuevos derechos a las personas trabajadoras, sino que concretan dos modalidades o esferas de control del tiempo de trabajo. Efectivamente, como se ha analizado en el presente estudio, mientras que el registro horario supone el control del tiempo de trabajo, el derecho a la desconexión permite el control del tiempo de descanso.

A continuación se analizan las esferas del control empresarial del tiempo de trabajo, diferenciando tres escenarios: control del tiempo de trabajo en el lugar de trabajo, control del tiempo de trabajo de la prestación de servicios a distancia y control del tiempo de descanso, como manifestación específica de tiempo de trabajo.

5.1. El registro horario como herramienta de control del tiempo de trabajo

El control del tiempo de trabajo, desde la aprobación del Real Decreto-Ley 8/2019, debe realizarse, como mínimo, mediante el registro de la jornada diaria. Efectivamente, como se ha apuntado anteriormente, el nuevo artículo 34.9 del ET exige a la empresa adoptar un registro horario de la jornada, consignándose el horario de inicio y fin de la jornada, como instrumento de control del tiempo de trabajo.

Nótese, no obstante, que el sistema de registro no es la única medida de control del tiempo de trabajo que puede adoptar la empresa. El control en el lugar de trabajo podrá realizarse, como establece el artículo 20.3 del ET, mediante la adopción de «las medidas que estime más oportunas», siempre que se garantice la objetividad y veracidad de los datos. Por tanto, además del registro horario, la empresa puede adoptar las medidas de control del tiempo de trabajo que estime oportunas en atención a las circunstancias concretas.

El control del tiempo de trabajo en el lugar de trabajo generalmente se realizará de forma presencial en el centro de trabajo, pudiendo variar desde formas rígidas de control del tiempo de trabajo como el fichaje mediante tarjeta magnética, huella dactilar, control del ordenador o teléfono móvil a formas más laxas o flexibles como hojas volantes o el autocontrol por parte de las personas trabajadoras.

Existe, como se ha apuntado anteriormente, libertad empresarial en la determinación del tipo de registro horario, pudiéndose adaptar a las necesidades de la empresa y a las diversas fórmulas de tiempo de trabajo en ella existentes. Debe tratarse, no obstante, de un sistema objetivo, fiable y accesible, debe incluir el horario efectivo de entrada y salida y, como establece la Instrucción 101/2019 de la ITSS, adecuado para satisfacer la «obligación de resultado en el sentido de establecer fácticamente un registro».

La utilización del registro horario como instrumento de control del tiempo de trabajo puede generar problemas de aplicación práctica que merecen ser abordados.

En primer lugar, el registro de la hora de inicio y fin de la jornada no implica necesariamente que todo el tiempo que media deba ser considerado como tiempo de trabajo efectivo, debiéndose identificar qué constituye tiempo de trabajo y qué tiempo de descanso.

Como es bien sabido, el artículo 34.4 del ET reconoce a las personas trabajadoras un descanso mínimo de 15 minutos cuando la jornada diaria continuada exceda de 6 horas

–30 minutos cada 4 horas y media para las personas trabajadoras menores de edad–. Este periodo de descanso, según establece el propio precepto, se considerará tiempo de trabajo efectivo si así se establece por convenio colectivo o contrato de trabajo.

En ausencia de previsión expresa, se entiende que este tiempo de descanso no tiene la consideración de tiempo de trabajo efectivo. Sin embargo, como establece la Instrucción 101/2019 de la ITSS, es recomendable que, mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa, se detalle qué aspectos son o no tiempo de trabajo. En sentido similar, la Guía sobre el registro de jornada del Ministerio de Trabajo también recomienda que se registren todas las partes de la jornada:

[...] en especial lo relativo a pausas diarias obligatorias legal o convencionalmente previstas, o voluntarias, para permitir eludir la presunción de que todo el tiempo que media entre el inicio y la finalización de jornada registrada constituye tiempo de trabajo efectivo.

En todo caso, el trabajo durante el periodo de descanso lo convierte, necesariamente, en tiempo de trabajo (Del Rey Guanter y Tena Planas, 2017), debiéndose retribuir acordemente. En este punto, es interesante recordar el conflicto acerca de la naturaleza de las horas de trabajo realizadas durante el periodo de descanso. La Sala Social de la AN en su Sentencia de 2 de julio de 2014 (proc. núm. 114/2014) determinó la naturaleza de horas extraordinarias del tiempo de trabajo durante la denominada «pausa bocadillo». Según la sala, «si dicho periodo no puede descansarse, incrementa la jornada de los trabajadores que no disfrutaron el descanso y el periodo no descansado, al aumentar necesariamente la jornada ordinaria de trabajo, debe considerarse como horas extraordinarias». Sin embargo, el TS, en su Sentencia de 12 de noviembre de 2015 (rec. 14/2015), desestima el recurso planteado ante la sentencia de la audiencia y entiende que el trabajo durante el tiempo de descanso no tiene la consideración de hora extraordinaria, sin perjuicio de la obligación empresarial de compensarlo con una retribución adicional en atención a la normativa de la empresa –en este caso, reconoce a las personas trabajadoras el plus salarial que se reconoce a aquellas que no tienen derecho a dicho periodo de descanso–.

Independientemente de su consideración como tiempo de trabajo efectivo o no, la empresa mantiene ciertas facultades de control respecto de la persona que se encuentra en periodo de descanso. Si la persona trabajadora permanece dentro de las instalaciones de la empresa –despacho, cafetería, comedor, salas de descanso, etc.–, continuará sujeta a ciertas obligaciones laborales, tales como la buena fe, observar las medidas de prevención adoptadas o cumplir las instrucciones u órdenes empresariales en cuanto al uso de los medios electrónicos proporcionados por la empresa (art. 5 ET). Por ejemplo, si la empresa ha prohibido el uso extralaboral de los medios electrónicos –ordenador, tableta, *smartphone*, etc.–, tampoco podrán ser utilizados durante el periodo de descanso, pudiendo dar lugar a sanciones en caso de utilizarse. Por el contrario, si la empresa ha permitido su uso personal, estos pueden ser utilizados durante los periodos de descanso.

La retribución del tiempo de descanso dependerá de su consideración como tiempo de trabajo efectivo o no. En aquellos supuestos en los que el periodo de descanso tenga la consideración de tiempo de trabajo efectivo será retribuido como tal. Sin embargo, es interesante apuntar una línea jurisprudencial que parece admitir la diferente retribución del tiempo de trabajo y el tiempo de descanso. En este sentido se posiciona la STJUE de 10 de septiembre de 2015 (C-266/14) en el asunto Tyco Integrated Security, que dispone que puede establecerse una retribución diferente por el tiempo de trabajo efectivo y el tiempo de desplazamiento o tiempo de disponibilidad. Similarmente, la ya mencionada STS, Sala Cuarta, de 12 de noviembre de 2015 (rec. 14/2015) admite la posibilidad de retribuir de forma distinta el trabajo realizado en tiempo de descanso. En el caso enjuiciado, el tribunal considera que una correcta compensación de dicho trabajo es el plus salarial que reciben las personas trabajadoras que no tienen dicho periodo de descanso, sin que deba retribuirse este tiempo de trabajo necesariamente como horas ordinarias de trabajo.

En segundo lugar, la identificación de excesos de jornada requiere una valoración global del registro horario por cuanto, como establece el artículo 34.9 del ET, el registro horario es independiente de la flexibilidad horaria que regula el propio precepto.

Como es bien sabido, el artículo 34.2 del ET que regula la distribución irregular de la jornada admite la superación de los límites de la jornada máxima ordinaria. Es decir, vía distribución irregular de la jornada es posible la superación de 9 horas diarias, 40 horas semanales y 1 día y medio de descanso ininterrumpido a la semana. Lo anterior es posible siempre que la distribución irregular de la jornada se haya introducido por acuerdo entre la empresa y la representación legal o, en defecto, por decisión unilateral de la empresa limitada al 10% de la jornada de las personas trabajadoras en este último caso. Además, es necesario garantizar el descanso de 12 horas entre jornada y jornada, el respeto de 40 horas semanales en cómputo anual, 1 día y medio a la semana en cómputo de 14 días y la compensación de los excesos o defectos.

En atención al régimen jurídico de la distribución irregular de la jornada, es importante que el registro de jornada sea ponderado de forma global a efectos de controlar el respeto de la jornada laboral máxima. Pues es posible que durante un determinado periodo se reflejen excesos de jornada que, en realidad, no equivalen a incumplimientos ni horas extraordinarias por compensarse en meses anteriores o posteriores.

No obstante, existe una corriente doctrinal y jurisprudencial que aprecia una inversión de la carga de la prueba en la acreditación de horas extraordinarias en ausencia de registro de jornada. En este sentido, existen algunas sentencias que entienden que se produce una inversión de la carga de la prueba en aquellos supuestos en los que la empresa haya incumplido su obligación de llevar el registro de la jornada ex artículo 35.5 del ET. Sin embargo:

[...] para que dicho incumplimiento lleve a invertir la carga de la prueba no basta con que se acredite la falta de registro y el trabajador alegue la realización de horas

extraordinarias, sino que ha de presentarse un panorama indiciario suficiente de la realización de excesos de jornada que permitan una mínima cuantificación, en cuyo caso y frente a la prueba de tales excesos, no podría desestimarse la demanda por la falta de concreta cuantificación de las horas extraordinarias realizadas, puesto que es el empresario el que, cumpliendo con sus deberes legales, puede aportar dicha cuantificación³⁰.

La STSJ de Castilla y León de 3 de febrero de 2016 (rec. 2229/2015) adopta una posición similar en relación con la realización de horas extraordinarias por parte de personas teletrabajadoras. Según esta sentencia:

[...] solamente si la empresa ha establecido pautas claras sobre tiempo de trabajo respetuosas con la regulación legal y convencional sobre jornada y descansos y si además establece, de acuerdo con el trabajador, instrumentos de declaración y control del tiempo de trabajo a distancia o en el domicilio, sería posible admitir que una conducta del trabajador en el interior de su domicilio en vulneración de dichas pautas y omitiendo los instrumentos de control empresarial pudiera dar lugar a exceptuar el pago de las correspondientes horas y su cómputo como tiempo de trabajo.

Esto es, únicamente si en la empresa existen normas claras sobre tiempo de trabajo y sistemas de control, las horas realizadas voluntariamente por la persona trabajadora fuera de este tiempo de trabajo no conllevan obligaciones laborales, como su cómputo como tiempo de trabajo o la compensación como horas extraordinarias. Por el contrario, la ausencia de pautas claras sobre tiempo de trabajo e instrumentos de control conlleva la obligación de la empresa de computar como tiempo de trabajo y abonar el pago de las horas realizadas por la persona trabajadora. Según declara la sentencia, en este último supuesto, la empresa no puede eximirse de la compensación de las horas extraordinarias, por cuanto implicaría «crear un espacio de total impunidad y alegaldad en el trabajo a distancia y en el domicilio».

Más recientemente, la STSJ de Castilla y León de 24 de mayo de 2019 (rec. 272/2019) asevera que:

[...] a partir de la inexistencia de registro, las reglas de distribución de la carga de la prueba determinan que es la empresa a la que corresponde acreditar una jornada a tiempo parcial y no a la trabajadora demostrar que su jornada es a tiempo completo.

³⁰ STSJ de Castilla y León de 28 de julio de 2010 (rec. 1189/2010). Posición empleada también recientemente en las SSTSJ de Castilla y León de 9 de junio de 2017 (rec. 765/2017) y 24 de mayo de 2019 (rec. 272/2019).

Asimismo, conviene hacer en este punto también una advertencia. Si se requiere para el juicio la aportación del registro de jornada y la empresa ignora el requerimiento, se tendrán por probadas las cuestiones alegadas en virtud del artículo 94.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, tal y como expone claramente la STSJ de Catalunya de 5 de septiembre de 2019 (rec. 2717/2019).

En sentido similar se posiciona Lousada Arochena (2016), que afirma que, en caso de incumplimiento empresarial de la obligación de registrar la jornada, si bien no se produce una auténtica inversión de la carga de la prueba, «atribuirá necesariamente una mayor credibilidad en relación con las alegaciones y pruebas del/a demandante y una menor credibilidad en relación con las alegaciones y pruebas de la empresa demandada dado que nadie se puede aprovechar de sus incumplimientos»³¹.

No existe un derecho individual de la persona trabajadora de determinar su tiempo de trabajo. La persona trabajadora no tiene la capacidad para, unilateralmente y sin el consentimiento expreso o tácito de la empresa, ampliar el número de horas trabajadas mediante la realización de horas extraordinarias –u horas complementarias respecto a las personas trabajadoras a tiempo parcial–. Sin embargo, como puede observarse de los más recientes pronunciamientos judiciales, la realización de horas extraordinarias en ausencia de registro horario presume la existencia de estas horas extraordinarias.

En tercer lugar, la introducción del registro horario no puede conllevar cambios sobre el tiempo de trabajo que constituyan modificaciones sustanciales de las condiciones laborales ex artículo 41 del ET, tampoco la flexibilidad de la gestión del tiempo de trabajo.

Como se ha analizado anteriormente, la introducción de un registro de la jornada constituye una obligación empresarial, cuyo incumplimiento puede ser objeto de sanción. Por consiguiente, sin perjuicio de la obligación de audiencia previa de la representación legal de la plantilla, es obligación de la empresa cumplir con dicha exigencia, sin que su introducción del registro pueda considerarse una modificación sustancial de condiciones de trabajo. Sin embargo, sí constituiría modificación sustancial de condiciones de trabajo cuando la introducción del sistema de registro conlleve, adicionalmente, la modificación de condiciones de tiempo de trabajo.

A modo de ejemplo, no constituye una modificación sustancial de condiciones de trabajo la introducción de un sistema de registro respecto de aquellas personas que gozaban de autonomía en la gestión del tiempo de trabajo. Si bien es cierto que anteriormente estas personas no reportaban a la empresa el uso del tiempo de trabajo, la introducción del registro horario no puede entenderse como una modificación sustancial de condiciones de

³¹ Esta posición fue manifestada con anterioridad a la STS, Sala Cuarta, de 23 de marzo de 2017 (rec. 81/2016) sobre la no obligación de registro diario de la jornada laboral.

trabajo, sino como el cumplimiento por parte de la empresa de una exigencia legal. Sin embargo, la introducción del registro no puede, a nuestro entender, suprimir dicha autonomía en la gestión del tiempo de trabajo. Es decir, si el registro de las horas de inicio y fin de la jornada conlleva el cambio a un horario fijo y determinado, sí debería tratarse como una modificación sustancial de condiciones de trabajo.

En este punto, resulta interesante citar la SAN de 10 de diciembre de 2019 (proc. núm. 232/2019). En este supuesto, la empresa Galp, ante la ausencia de acuerdo con la representación legal de la plantilla respecto del sistema de funcionamiento del registro, determina de forma unilateral el modo de funcionamiento del mismo. En concreto, establece que, a partir de la fecha en la que se ejecuta el nuevo sistema de registro, (i) en caso de que una persona trabajadora termine sus 7 horas y 45 minutos de jornada fuera de su centro de trabajo, podrá volver a su domicilio sin que este tiempo se considere tiempo de trabajo; (ii) si el registro refleja la realización de horas adicionales a una jornada ordinaria, estas no se considerarán horas extraordinarias a no ser que cuenten con la autorización previa de los superiores jerárquicos; y, (iii) las personas trabajadoras deberán fichar la salida en caso de ausencias para fumar, tomar café o desayunar, pues estas situaciones no computan como tiempo de trabajo.

El sindicato CC. OO. ejercita una acción de impugnación contra la medida, alegando que se trata de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo y que, al no haberse seguido el procedimiento del artículo 41 del ET, debe considerarse nula. La AN desestima la demanda al considerar que ninguna de las tres medidas anteriores modifica condiciones de trabajo preexistentes en el convenio colectivo o en el contrato de trabajo y, por tanto, no existe incumplimiento del artículo 41 del ET.

En cualquier caso, la sentencia de la AN es especialmente interesante por cuanto establece que la ausencia de control del tiempo de trabajo no necesariamente se traduce en una condición más beneficiosa. Así, la ausencia de control por parte de la empresa en las pausas realizadas por parte de las personas trabajadoras para tomar café o fumar no puede derivarse una condición más beneficiosa de entender como tiempo efectivo de trabajo dicha pausa. Es decir, si bien sí que es condición más beneficiosa la flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo otorgada por la empresa a las personas trabajadoras, no lo es el carácter de tiempo de trabajo efectivo. Según la AN:

[...] se venía tolerando, por una política de confianza empresarial en virtud de la cual cada trabajador es responsable de desarrollar la jornada comprometida, que los trabajadores salieran de las instalaciones para fumar o para tomar café, sin que quepa deducir de tal circunstancia, que la empresa reputase dichas interrupciones de la prestación de servicios como trabajo efectivo, entre otras cosas, porque no existía un efectivo control y seguimiento de la jornada desarrollada por cada trabajador.

5.2. El control del tiempo de trabajo en el trabajo a distancia

El control del tiempo de trabajo respecto a la prestación de servicios a distancia merece mención especial. Es decir, el control del tiempo de trabajo en aquellos supuestos en los que la prestación de servicios se realiza fuera de las instalaciones de la empresa en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta.

En concreto, según el artículo 2 a) del Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, se define el trabajo a distancia como:

[...] forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular.

Específicamente, según su artículo 1, se entiende que el trabajo a distancia es regular cuando se preste, en un periodo de referencia de 3 meses, un mínimo del 30 % de la jornada –o porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato–.

La empresa, efectivamente, también tiene capacidad para controlar el trabajo –y, por tanto, el tiempo de trabajo– de las personas trabajadoras que prestan servicios fuera de las instalaciones de la empresa, incluso cuando prestan servicios desde su domicilio en régimen de teletrabajo.

Con anterioridad a la publicación del Real Decreto-Ley 8/2019 en materia de registro de jornada, la STSJ de Castilla y León de 3 de febrero de 2016 (rec. 2229/2015) entendió la obligación empresarial de controlar el tiempo de trabajo de las personas teletrabajadoras. La empresa argumenta, en primer lugar, que el tiempo de trabajo realizado en el domicilio de la persona trabajadora también tiene la consideración de tiempo de trabajo. En consecuencia, el respeto de los límites máximos de jornada y mínimos de descanso forma parte de la obligación empresarial de garantizar la seguridad y salud de las personas trabajadoras. Los derechos fundamentales a la intimidad e inviolabilidad del domicilio son derechos de la persona trabajadora que pueden ceder ante actuaciones empresariales justificadas, necesarias y proporcionales, y, por tanto, no pueden ser invocados por la empresa como forma para eximirse del control del tiempo de trabajo. Por todo lo anterior, la sentencia concluye que, también respecto de las personas trabajadoras a distancia, «corresponde a la empresa establecer las pautas necesarias sobre tiempo de trabajo para garantizar el cumplimiento de los límites de jornada y descansos».

Tras la aprobación del registro de jornada, resulta indiscutible su aplicación respecto de las personas que prestan servicios a distancia y, específicamente, en régimen de teletrabajo. Así lo establece el artículo 14 del Real Decreto-Ley 28/2020, según el cual:

El sistema de registro horario que se regula en el artículo 34.9 del Estatuto de los Trabajadores, de conformidad con lo establecido en la negociación colectiva, deberá reflejar fielmente el tiempo que la persona trabajadora que realiza trabajo a distancia dedica a la actividad laboral, sin perjuicio de la flexibilidad horaria, y deberá incluir, entre otros, el momento de inicio y finalización de la jornada.

Asimismo, es interesante destacar la Guía sobre el registro horario del Ministerio de Trabajo que, previa a la adopción del Real Decreto-Ley 28/2020 sobre el trabajo a distancia, entendía que la obligación de registrar la jornada permanece vigente para las personas sujetas a regímenes de flexibilidad laboral, entre los que incluye expresamente a las personas trabajadoras a distancia. Pues:

[...] el registro diario de jornada ni obsta su operatividad ni constituye impedimento alguno a su continuidad o ampliación, considerándose un elemento que garantiza la acomodación a las necesidades empresariales y a los intereses de conciliación de los trabajadores, familiares o de otro tipo.

El control del tiempo de trabajo cuando la prestación de servicios se realiza a distancia generalmente se llevará a cabo, lógicamente, mediante formas telemáticas o no presenciales. Esto es, en los supuestos de trabajo a distancia, la empresa deberá adaptar los instrumentos de control del tiempo de trabajo a la realidad de la prestación de servicio y adoptar medidas de control de conexión. Esto es, medidas de control telemático y no presencial como, por ejemplo, el fichaje electrónico, sistemas de grabación o videovigilancia, sistemas biométricos como la huella digital, el control remoto del ordenador, o controles de geolocalización como uso de tarjetas de identificación personal o sistemas de GPS (Munín Sánchez, 2015). En este punto, es interesante mencionar nuevamente la STSJ de Castilla y León de 3 de febrero de 2016 (rec. 2229/2015) que confirma la adecuación del control del tiempo de trabajo de la persona teletrabajadora mediante «la comprobación de la conexión del trabajador a la intranet empresarial y de su actividad en la red».

El control de conexión –esto es, como se ha apuntado, las medidas de control a distancia o telemáticas– será exclusivo o complementario dependiendo de la modalidad concreta de la prestación de servicios. En aquellos supuestos en los que el trabajo se realice íntegramente fuera de las instalaciones de la empresa, las formas de control de conexión serán exclusivas; mientras que en aquellos supuestos en los que la prestación de servicios a distancia se complemente con trabajo presencial, las formas de control de conexión serán compatibles con formas de control físicas.

Es esencial, no obstante, que los medios de control del tiempo de trabajo empleados por parte de la empresa garanticen el respeto de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras a la intimidad personal y familiar, al secreto de las comunicaciones y a la protección de datos de carácter personal (art. 18 CE). Esto es, los medios de control empleados por la empresa deberán cumplir las exigencias constitucionales de justificación,

necesidad y proporcionalidad para garantizar el respeto de dichos derechos fundamentales de las personas trabajadoras³².

El artículo 22 del Real Decreto-Ley 28/2020 sobre el trabajo a distancia reconoce la facultad empresarial de establecer medidas de vigilancia y control de la actividad laboral de las personas que trabajan a distancia. Así, establece que:

La empresa podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por la persona trabajadora de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la utilización de medios telemáticos, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad.

En esta misma línea, según establece el artículo 6 del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo³³, existe la obligación de la empresa de «respetar la vida privada del teletrabajador» y, por tanto, si «se instala un sistema de vigilancia, este debe ser proporcional al objetivo perseguido e introducido según lo establecido en la Directiva 90/270 relativa a las pantallas de visualización».

Según el artículo 17 del Real Decreto-Ley 28/2020, la utilización de medios telemáticos y el control de la actividad laboral mediante dispositivos automáticos deberán garantizar, en todo caso, los derechos a la intimidad y protección de datos de las personas que trabajan a distancia, de acuerdo con la legislación vigente y los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En concreto, la empresa deberá respetar lo dispuesto en los artículos 87 y 90 de la LOPD, que regulan el derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral y el derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral, respectivamente. En ambos casos, la legislación permite que la empresa acceda a estos dispositivos digitales con el fin de controlar a las personas trabajadoras, exigiendo, en todo caso, la información previa a las personas trabajadoras y a la representación legal de la plantilla.

En este punto, es interesante citar la SAN de 31 de mayo de 2004 (proc. núm. 207/2003), que considera que es necesario «conciliar el derecho del empresario a controlar la actividad laboral (art. 20.3 ET) y el del trabajador a proteger su intimidad personal y familiar y su domicilio (art. 18.1 y 2 CE)». La sala entiende que es posible establecer medios de control

³² *Vid.*, por todas, las Sentencias del Tribunal Constitucional 186/2000, 196/2004 y, más recientemente, 39/2016.

³³ Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo de 16 de julio de 2002 firmado por la Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa (UNICE), la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa (UNICE/UEAPME) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP).

telemático en caso de personas teletrabajadoras, si bien deben guardar la necesaria proporcionalidad para evitar «cualquier intromisión ilegítima, injustificada o desproporcionada en las vidas de los teletrabajadores so pretensión de un pretendido control legal de su actividad laboral por medio de estos controles telemáticos». En concreto, se requiere el conocimiento por parte de las personas –así como de la representación legal de la plantilla– de los medios de control empleados por la empresa.

Especial atención se debe prestar en estos casos al derecho a la desconexión. Pues, como ya se ha indicado anteriormente, el apartado 3 del artículo 88 de la LOPD le concede una gran relevancia al trabajo a distancia, sea este total o parcial. De esta manera, la obligación de garantizar el tiempo de descanso, la conciliación de la vida familiar y laboral, y el derecho a su intimidad en estos supuestos cobra una especial trascendencia respecto las personas teletrabajadoras. En este mismo sentido, el artículo 18 del Real Decreto-Ley 28/2020 reconoce el derecho a la desconexión digital fuera del horario de trabajo a las personas que trabajan a distancia y, en particular, a las que teletrabajan en los términos establecidos en el artículo 88 de la LOPD.

Finalmente, cabe destacar que, según ha apuntado la doctrina, cuando la instalación de los medios telemáticos de control del tiempo de trabajo requiera la entrada en el domicilio de la persona trabajadora, se requerirá su autorización para respetar su derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE) (Munín Sánchez, 2015).

5.3. El derecho a la desconexión como instrumento de control del tiempo de descanso

La facultad empresarial de control del tiempo de trabajo incluye la capacidad de control del tiempo durante el cual la persona presta servicios.

Sin embargo, debe determinarse si la facultad empresarial de control del tiempo de trabajo incluye también la capacidad para controlar el tiempo de descanso; esto es, la capacidad para controlar que las personas trabajadoras efectivamente cumplen con los periodos mínimos de descanso y no se produce trabajo en este tiempo.

Incluso con anterioridad al reconocimiento del derecho a la desconexión digital, desde nuestro punto de vista, la respuesta a esta cuestión debe ser afirmativa. Efectivamente, la capacidad empresarial de controlar el tiempo de trabajo de las personas trabajadoras incluye el control del tiempo de descanso. La facultad empresarial de control del tiempo de trabajo incluye la capacidad para controlar tanto defectos como excesos de trabajo y la forma de controlar excesos de trabajo requiere el control del tiempo de descanso.

El control del tiempo de descanso no difiere mucho del control del tiempo de trabajo. Así, el control del tiempo de descanso pasa por el establecimiento de pautas claras sobre el tiempo de trabajo mediante la negociación colectiva o, en su defecto, disposiciones de la

empresa y, esencialmente, el derecho a la desconexión. El derecho a la desconexión digital es el instrumento requerido legalmente para el control del tiempo de descanso.

La empresa, como se ha analizado anteriormente, tiene la obligación de establecer mecanismos de control para garantizar el derecho a la desconexión digital y garantizar que el tiempo de descanso no es empleado para la prestación de servicios. En concreto, tiene la obligación de adoptar una política empresarial interna para garantizar la ausencia de comunicaciones laborales fuera del tiempo de trabajo.

El control del tiempo de descanso incluye también la facultad empresarial disciplinaria de sancionar a las personas trabajadoras que incumplan dichas normas. Recuérdese, como se ha apuntado anteriormente, que, únicamente cuando en la empresa existen pautas claras sobre el tiempo de trabajo y sistemas de control, el trabajo realizado fuera de este tiempo no tiene la consideración de tiempo de trabajo y, por ende, no debe ser retribuido por la empresa (STSJ de Castilla y León de 3 de febrero de 2016, rec. 2229/2015).

Finalmente, el derecho a la desconexión digital también debe garantizar la desconexión durante el disfrute de permisos y vacaciones. La política interna de desconexión digital debe garantizar también la efectividad de permisos y vacaciones, estableciendo instrucciones y mecanismos que limiten y prohíban el contacto de las personas trabajadoras durante estos periodos de descanso.

En este punto, es interesante citar la STJUE de 6 de noviembre de 2018 (C-619/16, asunto Kreuziger, y C-684/16, asunto Shimizu vs. Max-Planck), que declara que las personas trabajadoras que, habiendo tenido la posibilidad efectiva de ejercer el derecho a vacaciones, no lo hayan hecho, pierden sus vacaciones. Según el tribunal, no obstante, corresponde a la empresa probar que había informado de forma precisa y oportuna a la persona de la posibilidad de disfrutar de las vacaciones. Esta sentencia es interesante en este punto por cuanto, a nuestro juicio, reconoce la imposibilidad de la empresa de obligar a las personas a utilizar de forma efectiva las vacaciones; es decir, la incapacidad de la empresa para garantizar que el tiempo de permiso o vacaciones es utilizado para el descanso real.

Efectivamente, la capacidad de la empresa de control del tiempo de descanso no alcanza la injerencia sobre la vida privada de las personas para garantizar que el tiempo de descanso es utilizado para el descanso. Sin embargo, a nuestro juicio, sí alcanza la capacidad de la empresa de exigir la utilización del periodo de vacaciones. Así, a diferencia de la posición del TJUE, entendemos que la obligación empresarial de garantizar la seguridad y salud de las personas trabajadoras incluye la capacidad para exigir el disfrute de las vacaciones. Además, el derecho a la desconexión digital obliga a la empresa a adoptar instrumentos para evitar el contacto durante dicho periodo de permiso o vacaciones. Por consiguiente, si bien la empresa no puede controlar que el tiempo de descanso es utilizado para el descanso, sí tiene la obligación de garantizar que no se producen injerencias empresariales durante este tiempo, limitando y prohibiendo comunicaciones empresariales durante este periodo.

6. Conclusiones

El análisis realizado en el presente estudio permite concluir que la nueva regulación en materia de registro horario y derecho a la desconexión digital supone un avance en materia de control del tiempo de trabajo respecto de la indeterminación existente con anterioridad.

Ciertamente, como se ha concluido, ya existía la obligación empresarial de control del tiempo de trabajo. La normativa sobre tiempos máximos de trabajo y periodos mínimos de descanso, la obligación empresarial de garantizar la seguridad y salud de las personas trabajadoras y de retribuir en atención al tiempo de trabajo conllevaban una obligación empresarial de control del tiempo de trabajo.

Sin embargo, la importante conflictividad judicial aparecida en torno al registro de la jornada y las horas extraordinarias obligaba a concretar este deber genérico de control del tiempo de trabajo. Es decir, establecer por vía legislativa la obligación empresarial de adoptar las medidas necesarias para controlar el tiempo de trabajo de las personas trabajadoras en la empresa. En este sentido, se introdujo la obligatoriedad de establecer un registro diario de la jornada por parte de las empresas –medida posteriormente reforzada por la STJUE de 14 de mayo de 2019 (C-55/18, CC.OO. vs. Deutsche Bank), que la identifica como una medida intrínseca del respeto de la normativa comunitaria de tiempo de trabajo– y de adoptar una política interna de desconexión digital.

Las modalidades de registro del tiempo de trabajo pueden ir desde la introducción de un registro mecánico de la jornada, hojas de servicios, hasta fórmulas de autocontrol digital o geolocalización de las personas. Aquello esencial es que se trate de un sistema de control adecuado, objetivo, inalterable y eficaz para garantizar el respeto de la jornada laboral máxima y los periodos de descanso mínimos. Esto es, medios de control que permitan verificar la jornada real realizada por la persona trabajadora –y no solamente su previsión horaria– y sean fiables en el sentido de que no permitan su manipulación posterior.

La obligación empresarial de controlar el tiempo de trabajo conlleva, asimismo y en relación con aquellas personas trabajadoras conectadas, la obligación de aplicar el derecho a la desconexión digital como medida instrumental de la obligación de control del tiempo de trabajo y de prevención de riesgos laborales. En este sentido, en el trabajo se concluye que la obligación de la empresa de adoptar una política interna de desconexión en cumplimiento del artículo 88 de la LOPD implica, más allá del mero reconocimiento del derecho, la obligación de la empresa de instrumentos o mecanismos que prohíban o impidan el contrato entre personas trabajadoras fuera del tiempo de trabajo. Solamente la consideración del derecho a la desconexión digital como una obligación empresarial de prohibir el contacto fuera del tiempo de trabajo garantiza su efectividad.

A modo de conclusión, el registro horario y el derecho a la desconexión digital se configuran como nuevas obligaciones en materia de control del tiempo de trabajo. Sin embargo, a pesar de ser nuevas obligaciones, deben identificarse como complementarias e instrumentales a las viejas obligaciones de respetar los límites de la jornada y los derechos al descanso diario, semanal y las vacaciones de las personas trabajadoras.

Referencias bibliográficas

- Aleksynska, Mariya; Berg, Janine; Foden, David; Johnston, Hannah; Parent-Thirion, Agnès y Vanderleyden, Julie. (2019). *Working conditions in a global perspective*. Eurofound, OIT.
- Alemán Páez, Francisco. (2017). El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizada al hilo de la «Loi Travail N.º 2016-1088». *Trabajo y Derecho*, 30, 1-29.
- Arias Domínguez, Ángel. (2017). Registro de jornada y suspensión de las horas extraordinarias que se compensan con descanso, la estrategia y el objetivo. *IUSLabor*, 2, 1-22.
- Basterra Hernández, Miguel. (2017). *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*. Tirant lo Blanch.
- Elorza Domínguez, Antonio. (1969). El Proyecto de Ley de Alonso Martínez sobre el trabajo en la industria (1855). *Revista de Trabajo*, 27-28, 253-483.
- García-Perrote Escartín, Ignacio y Mercader Uguina, Jesús Rafael. (2016a). El permanente debate sobre la jornada laboral: una cuestión clásica (reducción del tiempo de trabajo) y otra reciente (el derecho a la desconexión del trabajo). *Revista de Información Laboral*, 10.
- García-Perrote Escartín, Ignacio y Mercader Uguina, Jesús Rafael. (2016b). El registro de la jornada ordinaria de trabajo: pronunciamientos judiciales y criterios de actuación de la Inspección de Trabajo. *Revista de Información Laboral*, 8.
- Gutiérrez Colominas, David. (2020). La desconexión digital de los trabajadores. Reflexiones a propósito de su calificación como derecho y su instrumentación. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, 31, 1-13.
- Junceda Moreno, Javier. (14 de mayo de 2019). ¿Continúa siendo «especial» la relación laboral de los abogados con el registro de entrada de los trabajadores? *Confilegal*. <https://confilegal.com/20190514-continua-siendo-especial-la-relacion-laboral-de-los-abogados-con-el-registro-de-entrada-de-los-trabajadores/>.
- Loïc, Lerouge. (2016). Le droit à la déconnexion «à la française». *CIELO Laboral*. <http://www.cielolaboral.com/fr/francais-le-droit-a-la-deconnexion-a-la-francaise/>.
- Lousada Arochena, José Fernando. (2016). Registro y control de la jornada de trabajo. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 192, 243-260.
- Mercader Uguina, Jesús Rafael. (2017). Planes de la Inspección de Trabajo sobre el registro de la jornada ordinaria de trabajo: sus riesgos y sus dudas. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 25, 114-121.

- Molero Navarro, Inés. (2017). El derecho a desconectar digitalmente. *Iuris&Lex El Economista*, 11-08-2017, 62.
- Molina Navarrete, Cristóbal. (2017). Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: «desconexión digital», garantía del derecho al descanso. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 138, 249-283.
- Moll Noguera, Rafael. (2016). Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 2015, núm. 207/2015, ponente D. Ricardo Bodas Martín, sobre la obligatoriedad del registro de jornada del art. 35.5 ET. *Revista de Información Laboral*, 3, 111-126.
- Moll Noguera, Rafael. (2017). El Tribunal Supremo zanja la polémica: la no obligatoriedad del registro de jornada: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 246/2017 de 23 de marzo de 2017. *Revista de Información Laboral*, 5, 105-130.
- Morales Váñez, Concepción Esther. (2016). El registro diario de jornada como presupuesto constitutivo para el control efectivo de horas extraordinarias. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 207/2015, de fecha 04/12/2015. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 4, 137-144.
- Munín Sánchez, Lara María. (2015). Los poderes del empresario ante el teletrabajo: el control y sus límites. En Lourdes Mella Méndez (Ed.), *Trabajo a distancia y teletrabajo* (pp. 107-128). Thomson Reuters Aranzadi.
- Preciado Domènech, Carlos Hugo. (2017). El registro de la jornada ordinaria en la nueva doctrina del TS. Comentario a la STS 23 de marzo de 2017 (RCUD 81/2016). *Revista de Información Laboral*, 7, 147-162.
- Rey Guanter, Salvador del (Dir.) y Tena Planas, Guillermo (Coord.). (2017). *Nuevas tecnologías y gestión de recursos humanos. Proyecto Technos: Impacto de las redes sociales y marco laboral neotecnológico*. La Ley y Cuatrecasas.
- Rodríguez Fernández, María Luz. (26 de julio de 2017). Desconexión digital vía negociación colectiva. *infoLibre*. https://www.info libre.es/noticias/luces_rojas/2017/07/26/desconexion_digital_via_negociacion_colectiva_67954_1121.html.
- Rosal Segura, Pedro del. (2017). La desconexión digital en la negociación. *Iuris&Lex El Economista*, 11-08-2017, 26-27.
- Sempere Navarro, Antonio Vicente. (2017). El registro empresarial de la jornada efectiva. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 6, 13-24.
- Serrano Olivares, Raquel. (2018). Los derechos digitales en el ámbito laboral: comentario de urgencia a la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. *IUSLabor*, 3, 216-229.
- Todolí Signes, Adrián. (29 de marzo de 2017). El derecho a la desconexión digital ya existe. Nos venden humo si no se establecen sanciones claras para quien lo vulnere. *Argumentos en Derecho Laboral*. <https://adriantodoli.com/2017/03/29/el-derecho-a-la-desconexion-digital-ya-existe-nos-venden-humo-si-no-se-establecen-sanciones-claras-para-quien-lo-incumpla/>.
- Vallecillo Gámez, María Rosa. (2017). El derecho a la desconexión: ¿«novedad digital» o esnobismo del «viejo» derecho al descanso? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 408, 167-178.
- Vidal, P. (2017). ¿Es necesario regular un «derecho a la desconexión»? *Iuris&Lex El Economista*, 11-08-2017, 61.





La necesidad de adaptar ciertos derechos personales y familiares a parejas de hecho y núcleos monoparentales

Carolina Blasco Jover

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

Extracto

La conciliación de la vida familiar y laboral es un tema que siempre ha estado de actualidad por las innegables consecuencias que a nivel personal y profesional posee para las personas trabajadoras y para las empresas. Y más aún en una época como esta, de crisis sanitaria y económica, que ha hecho saltar las costuras de un derecho que, a decir verdad, nunca ha estado bien atado o perfilado. No obstante, este trabajo va más allá. No se centra tanto en ese debate que se ha abierto tras el tsunami que ha provocado la COVID-19 en materia de conciliación, sino, más bien, en cómo los derechos de conciliación (y otros derechos por circunstancias personales como el permiso por matrimonio) actualmente vigentes en el Estatuto de los Trabajadores adolecen de ciertas disfuncionalidades que terminan por afectar a parejas de hecho y familias monoparentales, es decir, estructuras familiares que se alejan del modelo tradicional. Su realidad social es evidente, como lo son las mayores cargas familiares que debe soportar el titular de un hogar monoparental o los lazos afectivos que se generan entre dos personas que optan por no constituir matrimonio entre ellas. La redacción estatutaria puede llegar a ignorar en cierta forma las necesidades de estos núcleos familiares; unas necesidades que, de igual forma que las tradicionales, merecen ser tenidas en cuenta. Este estudio pretende efectuar una revisión crítica de ciertos derechos previstos en el texto legal, proponiendo reformas que, quizá en un futuro no muy lejano, pudieran ser tenidas en cuenta por la legislación ordinaria.

Palabras clave: pareja de hecho; familia monoparental; conciliación; derechos por circunstancias personales.

Fecha de entrada: 20-07-2020 / Fecha de revisión: 02-09-2020 / Fecha de aceptación: 08-09-2020

Cómo citar: Blasco Jover, Carolina. (2020). La necesidad de adaptar ciertos derechos personales y familiares a parejas de hecho y núcleos monoparentales. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 451, 109-148.





The need to adapt certain personal and family rights to common-law partners and single-parent families

Carolina Blasco Jover

Abstract

Family and work life balance is a topic that has always been current due to the undeniable consequences that it has on a personal and professional level for workers and for companies. And even more in the current health and economic crisis, which has demolished a right that, in truth, has never been well tied or outlined. However, this work goes further. It does not focus so much on that debate opened after the tsunami triggered by COVID-19 has caused in terms of conciliation, but rather in how the conciliation rights (and another personal rights currently like permission by marriage) in force in the Workers Statute suffer from certain dysfunctionalities that end up affecting unmarried couples and single-parent families, that is to say, family structures that move away from the traditional model. Their social reality is evident, as are the greater family burdens that the owner of a single-parent home or the affective bonds that are generated between two people who choose not to constitute marriage between them. The Workers Statute may go so far as to ignore the needs of these family groups; needs that, just like the traditional ones, deserve to be taken into account. This work aims to carry out a critical review of the right provided in the legal text, proposing reforms that, perhaps in the not too distant future, could be taken into account by the ordinary law.

Keywords: common-law partners; single-parent families; family and work life balance; personal rights.

Citation: Blasco Jover, Carolina. (2020). The need to adapt certain personal and family rights to common-law partners and single-parent families. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 451, 109-148.





Sumario

1. Introducción y delimitación del objeto de estudio
 2. Breve apunte sobre la situación demográfica de las familias monoparentales y de las parejas de hecho en España
 3. Suficiencias e insuficiencias de la legislación actual en materia de derechos de conciliación y derechos por circunstancias personales y propuestas de mejora
 - 3.1. El permiso por matrimonio
 - 3.2. El permiso por fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización
 - 3.3. El permiso para el cuidado de lactante
 - 3.4. El permiso por hospitalización de menor tras el parto
 - 3.5. La reducción de jornada
 - 3.6. La movilidad geográfica por traslado de cónyuge
 - 3.7. La suspensión por nacimiento de hijo/a, adopción o acogimiento
 - 3.8. La excedencia por cuidado de hijos/as y de familiares
 4. A modo de conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Introducción y delimitación del objeto de estudio

Incluso en la situación en la que se enmarca el desarrollo de este trabajo, la crisis sanitaria, social y económica que ha provocado la pandemia de la COVID-19, se ha estado debatiendo, si bien por razones no netamente laborales, sino más bien de oportunismo político y de demagogia ideológica, la necesidad de reformar el Estatuto de los Trabajadores (ET) con la finalidad de derogar la reforma laboral acaecida en el año 2012 en sus aspectos más lesivos. No obstante, más allá de los temas más candentes, existen otros de los que también merece la pena ocuparse, pues existen en el texto legal ciertas disfuncionalidades que, hoy en día, en aras de una mayor igualdad jurídica, convendría corregir. Tales disfuncionalidades o anomalías tienen que ver, por lo que aquí interesa, con las uniones no matrimoniales y las familiares monoparentales¹, entendiendo por tales (Iglesias de Ussel, 1998, p. 28) las formadas por un solo ascendiente y uno o varios hijos o hijas y cuya situación como estructura familiar deriva de múltiples condicionantes: la maternidad en solitario, el fin de la relación entre la pareja (separación de hecho o de derecho, viudedad, divorcio, abandono familiar, anulación del matrimonio), la adopción o el acogimiento por personas solteras o la ausencia de la convivencia por otras circunstancias como la hospitalización de un miembro de la pareja o su encarcelamiento o la emigración².

¹ Un objetivo este, el de la protección a la diversidad familiar, que, por cierto, está incluido en el acuerdo de coalición entre PSOE y Unidas Podemos (punto 5.3).

² En el ámbito estatal, el concepto de familia monoparental no ha sido aún objeto de definición legal (aunque un tibio intento lo encontramos en el art. 82.2 Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas). Sí, por el contrario, en el ámbito autonómico. Así, por ejemplo, el Decreto 19/2018, de 9 de marzo, del Consell, por el que se regula el reconocimiento de la condición de familia monoparental en la Comunitat Valenciana, distingue entre familia monoparental y en situación de monoparentalidad. La primera:

[...] está conformada de alguna de las maneras siguientes:

- a) Aquella formada por una persona y su descendencia, que esté inscrita en el Registro Civil solo con ella como progenitora.
- b) Aquella formada por una persona viuda o en situación equiparable y la descendencia que hubiera tenido con la pareja desaparecida.
- c) Aquella formada por una persona y las personas menores de edad que tenga en acogida por tiempo igual o superior a 1 año, y las mayores de edad que hayan estado en acogida permanente; o aquella formada por una persona que tenga la consideración de familia acogedora de urgencia-diagnóstico.
- d) Aquella formada por una persona y su descendencia sobre la que tenga en exclusiva la patria potestad.

La realidad social de estas estructuras familiares que se alejan del modelo tradicional es evidente, como lo son también las mayores cargas familiares que debe soportar el titular de un hogar monoparental o los lazos afectivos que se generan entre dos personas que optan por no constituir matrimonio entre ellas. La redacción estatutaria, por lo que atañe básicamente a los derechos de conciliación y a ciertos derechos personales como el permiso por matrimonio, puede llegar a ignorar en cierta forma las necesidades de estos núcleos familiares; unas necesidades que, de igual forma que las tradicionales, merecen ser tenidas en cuenta. Este estudio pretende, pues, analizar si las concretas medidas que se enumeran a este respecto en el ET dispensan la necesaria protección a las personas integrantes de aquellos dos colectivos. Piénsese, a estos efectos, que el concepto de familia tradicional, basado en un modelo de participación dual en el que ambos cónyuges se encargan (o deben encargarse) de las responsabilidades familiares, no es que haya quedado obsoleto, pero sí que ha perdido su monopolio por la irrupción de otras unidades familiares

En situación de monoparentalidad, por su parte, se encuentra la familia que está conformada de alguna de las maneras siguientes:

- a) Aquella formada por una persona y su descendencia sobre la que tiene la guarda y custodia exclusiva si los ingresos anuales de la unidad familiar, incluidas las pensiones de alimentos, divididos por el número de unidades de consumo son inferiores al 150 % del IPREM vigente calculado en 12 mensualidades.
- b) Aquella formada por una mujer que ha sufrido violencia de género, de acuerdo con la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, y la descendencia sobre la que tiene la guarda y custodia.
- c) Aquella formada por una pareja y su descendencia, en la que una de las personas progenitoras esté en situación de ingreso en la prisión o de hospitalización en un centro hospitalario, por un periodo ininterrumpido durante un tiempo igual o superior a 1 año, si los ingresos anuales de la unidad familiar, incluidas las pensiones de alimentos, divididos por el número de unidades de consumo son inferiores al 150 % del IPREM vigente calculado en 12 mensualidades.
- d) Aquella formada por una pareja que convive y la descendencia, en la cual una de las personas progenitoras tenga reconocido un grado 3 de dependencia, la incapacidad permanente absoluta o la gran invalidez si los ingresos anuales de la unidad familiar, incluidas las pensiones de alimentos, dividido por el número de unidades de consumo son inferiores al 150 % del IPREM vigente calculado en 12 mensualidades.

Por su parte, la Proposición de Ley integral de protección y apoyo a las familias presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos (BOCG de 14 de febrero de 2020) define a la familia monoparental como:

[...] la integrada por un ascendiente con uno o más hijos, siempre que no conviva con otra persona con la que constituya matrimonio o pareja de hecho, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando el ascendiente figure como el único progenitor del hijo o hijos en el Registro Civil.
- b) Cuando el ascendiente tenga en exclusiva la patria potestad del hijo o hijos.
- c) Cuando el ascendiente esté viudo o en situación equiparada.

Se asimilarían a ellas:

[...] las familias constituidas por dos ascendientes con uno o más hijos, cuando solo uno de ellos tenga en exclusiva la guardia y custodia de los mismos, sean o no comunes, y siempre que ambos no convivan juntos ni con otra persona con la que constituyan matrimonio o pareja de hecho.

o de convivencia que no se ajustan *stricto sensu* a los requisitos convencional y legalmente fijados. La elaboración normativa al pensar en el primer modelo de familia ha generado, en mi opinión, ciertas salvedades en materia de derechos que deben ser erradicadas si no se quiere ofrecer una protección sesgada para unos colectivos y para otros. Por ello, desde este trabajo, se va a abogar por actualizar el catálogo de derechos familiares y personales para adaptarlo a las nuevas realidades sociales, y ello a partir de dos ideas clave. Por un lado, la perspectiva de género, pues no puede obviarse que la mayor parte de las familias monoparentales están encabezadas por mujeres sobre las que recae todo el peso de intentar compatibilizar trabajo y vida familiar. La conciliación, sobre todo en estos casos, se vuelve aquí un pilar fundamental para no convertirse en un colectivo en riesgo de exclusión social. Por otro, el hecho social cada vez más arraigado que suponen las uniones no matrimoniales en nuestro país. Las normas, en este caso, las laborales, no pueden desconocer la protección que merece la pareja de hecho, ya que, aunque no unida por vínculo conyugal, su convivencia con la otra persona y el cuidado mutuo que existe entre ambas y entre estas y la familia que constituyan la debe hacer merecedora de ciertos permisos o derechos que, por ahora, se le niegan.

La finalidad de este trabajo, pues, es analizar cuál es el estado actual de la legislación para comprobar el tratamiento que se le otorga a la familia monoparental y a la unión de convivencia, cuáles son los derechos previstos por las normas laborales que podrían ser, en un futuro quizá no muy lejano, modificados para conseguir avances en esta materia y cuál sería la base que permitiría sustentar la aplicabilidad de tales derechos a los supuestos que aquí nos ocupan. No obstante, antes de ello, resulta de todo punto conveniente, para contextualizar este estudio, reseñar, cuál es la situación sociodemográfica de estos dos núcleos de población.

2. Breve apunte sobre la situación demográfica de las familias monoparentales y de las parejas de hecho en España

Tomando como referencia los datos estadísticos del Instituto Nacional de Estadística (INE) del año 2019 (último año a la fecha de cierre de este trabajo), el total de hogares en España era de 18.625.700, suponiendo una variación anual del 0,5 % en comparación con los referenciados en el año 2018. De ellos, 3.937.200 estaban formados por parejas sin hijos/as, mientras que 6.219.200 lo estaban por parejas con hijos/as. Ello supone que en España el prototipo de familia lo conforma la pareja, pues un total de 10.156.200 hogares están integrados por dos personas adultas y, de ellos, en el 61,23 %, conviven, además, los hijos/as. Si ponemos ahora el foco en las familias monoparentales, se puede observar cómo experimentan un leve ascenso en el año 2019, llegando a un total de 1.887.500 hogares (variación anual del 0,5 %). Y lo cierto es que esta cifra no ha parado de crecer. Si en el año 2000, los hogares monoparentales eran en torno a los 182.000, en la actualidad, como se ha apuntado, existen casi un total de 2 millones de hogares en esa situación, por

lo que puede decirse que son el único modelo de familia que dibuja una clara línea ascendente. Su peso porcentual sobre el total de hogares que conviven con hijos/as es, además, de entidad, pues representa un 23,28 %, es decir, aproximadamente una cuarta parte de esos hogares³.

En los hogares monoparentales, además, y volviendo a una idea ya apuntada en la introducción, se observa un evidente sesgo de género, pues son las mujeres las que mayoritariamente están al frente de los mismos. En concreto, en el año 2019, había 1.530.600 hogares con una mujer a la cabeza de estas familias (el 81,1 % del total), siendo ella viuda en un 40,5 % de los hogares, divorciada en un 29,2 %, soltera en un 14,4 %, separada en un 9,6 % y casada en un 6,3 %. Los hogares con padres al frente representaban, por el contrario, el resto, 356.900, aunque bien es cierto que, mientras que en ese año los hogares liderados por la madre con hijos/as presentaron una variación relativa del -0,5 %, el de padres con hijos/as presentó tal variación en positivo, en concreto, en un 4,9 %; hecho este seguramente debido al incremento en el número de custodias compartidas. Con todo, tal abrumadora mayoría de madres a cargo ha representado una tendencia a lo largo de estos años⁴ y lleva a pensar, desde luego, en la necesidad, como se solicita desde muy diversos foros, de avanzar hacia políticas de empleo y conciliación que tengan en cuenta esta realidad y que faciliten a las mujeres, que son las más proclives a padecer cierto tipo de discriminaciones o inconvenientes de otra índole en el ámbito laboral, poder compatibilizar trabajo y familia de la mejor forma posible. Muchos estudios e informes, de hecho, ya advierten que el triple factor de vulnerabilidad por el que atraviesan estos hogares (género, responsabilidades no compartidas y edad⁵) no hace más que situar a las mujeres a su cargo en un serio riesgo de exclusión social⁶. La falta de oportunidades laborales que se adapten a sus especiales circunstancias, la ausencia prolongada de ingresos, las inferiores oportunidades de promoción o la insuficiencia, como se verá después, de las actuales

³ Comparativamente, por ejemplo, los hogares que en España están formados por parejas homosexuales representan el 0,88 % del total.

⁴ Tomando como referencia el arco temporal de 2013 a 2019, se constata cómo el número de hogares monoparentales con mujeres a cargo se mantiene en torno al millón y medio, mientras que el de hogares con hombres al frente se sitúa en una horquilla de entre 300.000 a casi 360.000, aproximadamente.

⁵ Dejando a un lado a las mujeres mayores de 65 años, la edad mayoritaria de las mujeres al frente de estas familias oscila en el rango de entre los 45 a los 54 años. No obstante, a este rango de edad le sigue de cerca el de 35 a 44 años. Es decir, en ambos casos, habida cuenta del retraso en la maternidad, no es infrecuente que pueda existir en el seno de las familias lideradas por estas mujeres un conflicto entre la necesidad de compaginar el trabajo con el cuidado de menores dependientes.

⁶ Según el informe para 2019 de la Red Europea de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social, el indicador de pobreza AROPE (*At Risk Of Poverty and/or Exclusion*) para los hogares monoparentales es en España del 42,9 %; cifra que es exactamente el doble de la tasa media de todos los hogares y casi veinte puntos porcentuales superior a la que soportan las familias nucleares (dos personas adultas con uno o más niños/as dependientes). Esta notable diferencia con el resto de tipos de familia se ha mantenido, además, sin interrupción, incluso durante los mejores años del periodo expansivo anterior a la crisis.

medidas de conciliación colocan a muchas madres solas ante el abismo del desempleo de larga duración o, en el mejor de los casos, ante la tesitura de aceptar trabajos de escasa cualificación o, incluso, no regulados, que igualmente las conducen hacia la precariedad. Todo ello debiera ser tomado en cuenta en la agenda política nacional e incluso europea para evitar la cronificación de la adversa situación por la que atraviesan los hogares monoparentales. Apostar por medidas de acción positiva, por la flexibilidad o por la mejora de los mecanismos de conciliación son maneras, entre otras, de abordar de forma integral la vulnerabilidad de estos hogares y de sus cabezas de familia, máxime si se tiene en cuenta que su grado de compromiso con las empresas contratantes será normalmente alto habida cuenta de que el salario se convierte en la principal fuente de financiación de su familia.

El análisis que realiza el INE de los hogares españoles también evidencia la pérdida del monopolio del matrimonio como vínculo que une a las parejas. En efecto, aunque las parejas casadas siguen siendo la inmensa mayoría (en 2019 representaban el 84,29 %), se evidencia una clara predisposición por la convivencia extramatrimonial, siendo de media un total de 1.600.000 personas las que, en el periodo 2013-2019, decidieron unirse de esta forma. Dato este todavía más llamativo si tenemos en cuenta que en el año 2001 el número de parejas de hecho censadas era de 563.723, lo que evidencia que esta forma de convivencia está, aunque con sus ligeras variaciones, en alza en España. Por otra parte, las estadísticas contabilizan que 46.600 de tales uniones de hecho son de parejas homosexuales, más de la mitad de ellas formadas por hombres (27.000 en total). Por lo demás, es tendencia que quienes constituyen con más frecuencia pareja de hecho son las personas solteras (1.265.000) frente a las que ya han estado unidas anteriormente por vínculo matrimonial (516.500); una línea progresiva esta que, si bien con pequeñas variaciones en el intervalo de años de 2013 a 2019, se mantiene prácticamente constante. De las parejas de hecho constituidas por personas solteras, un poco más de la mitad conviven sin descendencia (53,5 %), mientras que el resto (46,5 %) convive con hijos/as, ya sean comunes (87,75 %) o no comunes (12,24 %). El abrumador dato del 87,75 % no hace más que confirmar la predilección de las personas solteras que se unen de forma extraconyugal por tener descendencia sin pasar antes por los ritos de la unión matrimonial. Tal predisposición ya no se muestra tan contundente cuando se trata de parejas de hecho en las que los dos o uno de sus integrantes han estado unidos por vínculo matrimonial y, tras disolverlo, se unen mediante esta forma de convivencia. Así, del total de estas parejas de hecho, el 40,25 % convive sin hijos/as, mientras que el 59,75 % convive con descendencia. Y, de estos últimos, el 52,73 % convive con hijos/as comunes, mientras que el 47,27 % convive con hijos/as no comunes.

Visto, pues, que los datos demuestran que la realidad de las parejas de hecho y de las familias monoparentales no puede desdeñarse habida cuenta de que son situaciones familiares con una progresión constante a lo largo de estos años, pasemos ahora a analizar las concretas medidas en materia de derechos por circunstancias personales y familiares que quizá podría contemplar un futuro ET.

3. Suficiencias e insuficiencias de la legislación actual en materia de derechos de conciliación y derechos por circunstancias personales y propuestas de mejora

3.1. El permiso por matrimonio

La letra a) del artículo 37.3 del ET recoge el primer permiso que debe ser objeto de estudio, el permiso por matrimonio. Es esta una licencia de 15 días naturales que se concede a las personas trabajadoras que han optado por un determinado modo de unión estable, la matrimonial, con la finalidad, precisamente, de facilitar la transición de un estado civil a otro. La circunstancia que activa este permiso, por lo tanto, está ligada al hecho de contraer nupcias. No nos encontramos, pues, ante un derecho perteneciente a las personas ya casadas. Sus destinatarias son las personas trabajadoras futuras contrayentes, ya que es el acto en sí de la unión matrimonial lo que va a determinar que exista razón para su concesión⁷. Téngase en cuenta, asimismo, que este permiso no se limita a un único matrimonio durante la vida de la persona trabajadora. Al contrario, pues se generarán tantos permisos como matrimonios se hayan contraído, y ello ya sea con la misma persona o con otra distinta⁸. Por lo demás, qué tipo de matrimonio es el que se requiere es algo que, aunque sabido, conviene recordar. Justificará la activación de este derecho toda aquella unión estable que se realice siguiendo los requisitos de fondo y forma que marcan los artículos 49 a 65 del Código Civil (CC). Se concederá, pues, el permiso cuando se haya contraído válidamente matrimonio civil, religioso o, incluso, por poderes, siendo indiferente que tal unión sea entre parejas de distinto o del mismo sexo⁹.

⁷ La titularidad de este permiso es, por lo tanto, de la persona trabajadora que va a contraer nupcias. Pero no es extraño encontrar en los convenios cláusulas que permitan la concesión de un permiso, normalmente de 1 o 2 días, por el matrimonio de ciertos familiares. Así, por ejemplo, puede verse el Convenio colectivo estatal del corcho (Resolución de 6 de marzo de 2020, BOE de 14 de mayo), el Convenio de Air Nostrum LAM, SA (pilotos) (Resolución de 10 de marzo de 2020, BOE de 13 de mayo), el Convenio de EDF Fenice Ibérica, SLU (Resolución de 19 de marzo de 2020, BOE de 13 de mayo), el Convenio de estaciones de servicio (Resolución de 2 de marzo de 2020, BOE de 11 de marzo), el Convenio colectivo de Orange Espagne, SAU (Resolución de 7 de octubre de 2019, BOE de 18 de octubre) y el Convenio de empresas de seguridad (Resolución de 19 de enero de 2018, BOE de 1 de febrero).

⁸ Es posible encontrar convenios, no obstante, en los que se limita el número de veces en que se disfruta este permiso en un periodo de tiempo determinado, por ejemplo, en no más de una ocasión en un plazo de 3 años, aunque solo en el caso de las parejas de hecho (Convenio colectivo de Orange Espagne, SAU. Resolución de 7 de octubre de 2019, BOE de 18 de octubre) o una vez al año, aunque también solo en el caso de las parejas de hecho (Convenio colectivo sectorial, de ámbito estatal, de las administraciones de loterías. Resolución de 5 de junio de 2019, BOE de 19 de junio).

⁹ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE de 2 de julio).

Ahora bien, el problema es evidente que se plantea cuando la persona trabajadora opta por una fórmula de unión con su pareja distinta al acto del matrimonio. Y es que, no obstante las diversas oportunidades que ha tenido quien legisla para modificar el tenor literal del precepto, señaladamente a través de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras, de la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género, y de la también Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, lo cierto es que las parejas de hecho no se encuentran incluidas en el radio de acción del artículo 37.3 a) del ET. Con todo y naturalmente, de lo anteriormente expuesto no cabe derivar que, a través de la negociación colectiva, no sea posible establecer otro régimen jurídico más favorable para la persona trabajadora, habida cuenta de la naturaleza de norma mínima de este precepto¹⁰. De hecho, existen actualmente multitud de convenios que admiten la concesión de esta licencia también a las parejas unidas a través de una fórmula distinta a la matrimonial, siempre y cuando cumplan con unos determinados requisitos, por ejemplo, la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho correspondiente¹¹.

Señalados resumidamente los términos en que este derecho puede activarse, interesa ver ahora si pueden existir argumentos jurídicos bastantes para cuestionar, desde el plano constitucional, el mantenimiento de la existencia de una unión matrimonial como elemento que condiciona, al menos en el terreno estatutario, el ejercicio de este permiso. O, por decirlo de otro modo, ¿puede ser contrario al mandato contenido en el artículo 14 de la Constitución española (CE) una norma como la de la letra a) del artículo 37.3 del ET que excluye a ciertos núcleos de convivencia de un permiso como el que aquí se trata cuando lo que se pretende conseguir con su concesión es que la pareja disponga de cierto tiempo libre para constituirse como tal y para celebrar su unión?

¹⁰ Sobre el papel de los convenios para extender adecuadamente la protección del artículo 37.3 a) del ET a las parejas de hecho debidamente acreditadas, puede leerse, por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 9 de diciembre de 2010 (rec. 1572/2010).

¹¹ Entre otros, pueden citarse el Convenio colectivo de Michelin España Portugal, SA, para los centros de trabajo de Tres Cantos (Madrid) y de Illescas (Toledo) (Resolución de 19 de junio de 2020, BOE de 3 de julio), el Convenio colectivo estatal del corcho (Resolución de 6 de marzo de 2020, BOE de 14 de mayo), el Convenio de EDF Fenice Ibérica, SLU (Resolución de 19 de marzo de 2020, BOE de 13 de mayo), de CTC Externalización, SLU (Resolución de 1 de marzo de 2020, BOE de 18 de marzo), de BT España, Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, SAU (Resolución de 1 de marzo de 2020, BOE de 11 de marzo), de Orange Espagne, SAU (Resolución de 7 de octubre de 2019, BOE de 18 de octubre), Logifruit, SL (Resolución de 18 de febrero de 2019, BOE de 12 de marzo), el Convenio de Estudios e Ingeniería Aplicada XXI, SA (Resolución de 19 de junio de 2015, BOE de 3 de julio) y el Convenio de Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA (Resolución de 2 de agosto de 2018, BOE de 27 de agosto). También se dan casos en los que el convenio es fiel a la letra del precepto estatutario y extiende todos los permisos que reconoce, menos el de matrimonio, a las parejas de hecho. Claros ejemplos son el Convenio colectivo estatal de empresas de seguridad (Resolución de 19 de enero de 2018, BOE de 1 de febrero) y el Convenio colectivo de Decathlon España, SA (Resolución de 13 de marzo de 2017, BOE de 27 de marzo).

El Tribunal Constitucional (TC) –no se desconoce– no ha tachado de inconstitucional el precepto. De hecho, en reiteradísimas ocasiones¹² ha señalado que ambos tipos de convivencia, la marital y la extramarital, son realidades diferentes y no equiparables, protegida la primera por normas de alto nivel (art. 32 CE), mientras que no así la segunda. Y siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional que los poderes públicos pueden promover y favorecer, se señala como perfectamente legítimo que quien legisla establezca diferencias de trato y consecuencias jurídicas más favorables a las uniones matrimoniales que a las puramente fácticas, siempre, claro está, que con ello no se impida a la pareja unirse a través de otras fórmulas de convivencia. Por lo tanto, y con base en este argumento, la expulsión de las parejas de hecho del ámbito de aplicación personal del permiso por matrimonio resulta ser una decisión legislativa perfectamente compatible con las exigencias propias del principio de igualdad; principio que en absoluto impone otorgar un trato unitario a todas las realidades jurídicas que pudieran plantearse. Antes al contrario, porque el tratamiento diferenciador resulta posible, pero siempre y cuando encuentre una justificación objetiva y razonable. Y aquí, en el concreto ámbito de este permiso, siempre parece haber existido tal justificación.

Este tradicional argumento, la no equiparación legislativa entre las parejas unidas en matrimonio y las unidas por otra fórmula de convivencia por tratarse de supuestos distintos, ha llevado, como se sabe, a que se articularan derechos para unas y otras cuyo ejercicio es o bien diferente (piénsese en los requisitos exigidos para que quien integre una pareja de hecho pueda lucrar la pensión de viudedad) o bien excluyente, como es el caso del permiso que aquí se trata (y de otros), y ello sin que desde las más altas instancias judiciales se haya planteado la inconstitucionalidad de tales medidas. Ahora bien, en mi opinión, creo que debe ser tiempo ya de avanzar y superar ciertos anacronismos propios de una legislación estatutaria y de una visión de otra época, ajena a las nuevas realidades y cambios sociales.

En efecto, la solución podría ser bien distinta si se optase por un criterio interpretativo o, incluso, reformista de las normas basado en la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. Y, desde esta perspectiva, el hecho de que el precepto estatutario solo otorgue el permiso por matrimonio a los supuestos derivados de uniones matrimoniales implica, a mi juicio, un trato desigual prohibido que debería, en una futura reforma, ser atajado (Molina Navarrete, 2020, p. 162). La piedra angular de este planteamiento creo que puede encontrarse en el artículo 39 de la CE. Este es un precepto que, como se sabe, protege a la familia, pero sin que se exprese claramente que la familia a la que hay que tutelar es a la tradicional, a la nacida del vínculo matrimonial. Antes al contrario, pues, de un lado, en el precepto no se contempla una definición del término «familia», por lo que este puede abarcar muy diversas realidades y, de otro, se señala que:

¹² En este sentido, *vid.* Sentencias del TC (SSTC) 184/1990, de 15 de noviembre, y 39/1998, de 17 de febrero, entre otras. Siguiendo esta línea, *vid.* la STS de 22 de octubre de 2019 (rec. 78/2018).

[...] los poderes públicos deberán velar por la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley –y aquí está el quid de la cuestión– con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil¹³ [y que las personas progenitoras] deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

Si en estos términos se expresa el artículo 39 de la CE, restando importancia a que la familia se haya constituido a través del vínculo conyugal¹⁴ para que deba protegerse y tutelarse a los hijos/as y a las madres y para que se despliegan los deberes paternofiliales, quizá pueda plantearse una relectura del precepto en clave actual y en el sentido de convertirlo en el eje a partir del cual pueda sostenerse que la Constitución no establece diferencias entre el matrimonio y otras uniones estables para entender conformada la familia. Argumentación esta que no entraría en contradicción con lo dispuesto en el artículo 32 de la CE, precepto que, aunque coloque a la institución del matrimonio al más alto nivel, lo cierto es que tan solo contempla el derecho de la pareja a contraerlo, no excluyendo, por tanto, otras opciones igualmente legítimas derivadas del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE).

Lógica consecuencia de este planteamiento es que pueda defenderse, al contrario de lo que hace el TC, la equiparación entre matrimonio y unión estable de convivencia por lo que al permiso del artículo 37.3 a) del ET se refiere. ¿O acaso concurre en las parejas de hecho alguna necesidad, de la índole que fuera, que justificara otorgarles un tratamiento distinto y específico? La respuesta se muestra, a mi juicio, clara y contundente: ninguna particularidad existe en ellas por la que quepa defender un tratamiento diferenciador y más gravoso por excluyente. De hecho, si atendemos a la finalidad para la que fue concebido este permiso (conceder ese lapso de tiempo para formalizar la unión y celebrarla), ni sociológica ni jurídicamente puede llegar a pensarse que las parejas de hecho no se encuentren en la misma situación que las unidas por vínculo conyugal. Antes al contrario, porque tanto unas como otras se encuentran, ante el acaecimiento de un mismo suceso (la unión estable), en igual situación jurídica merecedora de idéntica tutela. Por lo tanto, dado que la base de unos supuestos y de otros vendría a ser la misma, podría llegar a defenderse, sin

¹³ Con esta alusión a las madres, parece que pueda existir en el precepto constitucional un cierto reconocimiento a la familia monoparental formada por madre e hijo/a que merecería igual protección jurídica por parte de los poderes públicos que la familia tradicional formada por ambas personas progenitoras. Si esto así se acepta, es claro que el permiso por nacimiento de hijo/a podría hacerse valer tanto en el seno de una familia tradicional como en el seno de una familia monoparental. Y ello en el bien entendido que quien ostenta la condición de cabeza de familia en este último supuesto podría ser tanto la madre sola como el padre solo, en tanto que resultaría de todo punto ilógico, y más actualmente, defender que el artículo 39.2 de la CE estaría agotando todas las posibilidades de familia monoparental que se pueden llegar a constituir.

¹⁴ En este sentido, *vid.* STC 222/1992, de 11 de diciembre.

mayores ambages, que la protección dispensada para ambos casos debiera ser también la misma¹⁵. Ello no obstante, cabe reconocer que no a toda pareja de hecho se le podría conceder este permiso.

En efecto, obvio es que sí cabría tal reconocimiento cuando de una pareja de hecho formalizada se tratara, entendiendo por tal la que cumpliera con todos los requisitos legales que se le impusieran para su reconocimiento oficial, que deberían ser, básicamente, su inscripción o acreditación notarial como pareja y la inexistencia de vínculo matrimonial anterior para evitar con ello supuestos de uniones no monogámicas. En estos casos en los que existe una relación pública y notoria, acreditada en el plano jurídico, de dos personas que, pudiendo contraer matrimonio entre sí, deciden no hacerlo libremente por los motivos que fueren, ha de reconocerse que existiría el presupuesto de base por el que este permiso fue creado, otorgar cierto tiempo libre para formalizar convenientemente la unión y disfrutar de un lapso temporal para la celebración. No se opondría, sin embargo y a mi parecer, al principio de igualdad una reforma del artículo 37.3 a) del ET que excluyera a otro tipo de parejas de hecho, las «no formales», del ámbito de aplicación del permiso. Podría parecer esta una limitación un tanto rigorista; pero lo cierto es que, de algún modo y en algún punto, ha de fijarse la frontera de la protección, pues, a fin de cuentas, de lo que se trata es de conceder un permiso que es retribuido a cargo de la empresa y cuya solicitud ha de quedar debidamente justificada. Y así la inscripción registral o, en su caso, la constitución en documento público de la pareja serían los acontecimientos que, como análogos a la boda, determinarían el reconocimiento del derecho al permiso para las uniones *more uxorio*. Tales medios son, a mi modo de ver, adecuados y proporcionados al fin que con ellos se pretende: acreditar que ha existido una acción deliberada y consciente por parte de quienes integran la pareja de proporcionar a su convivencia la pertinente cobertura jurídica, para la que se necesita de tiempo libre para llevarla a cabo y que puede quedar debidamente acreditada ante la empresa. La formalización de la pareja actuaría entonces como reveladora, en el plano del derecho, de un proyecto de vida estable y sólido –no, por tanto, esporádico, incierto u oculto a terceras personas–, proporcionando seguridad jurídica a la empresa y evitando, en consecuencia, el posible fraude en la utilización del permiso¹⁶.

¹⁵ Así se defiende también en el voto particular de la STS de 22 de octubre de 2019 (rec. 78/2018). Por su parte, la STC 184/1990, de 15 de noviembre, ya advertía que no:

[...] toda medida que tenga como únicos destinatarios a los cónyuges, con exclusión de quienes conviven establemente en unión de hecho, [podrá ser] siempre y en todos los casos compatible con la igualdad jurídica y la prohibición de discriminación que la Constitución garantiza en su artículo 14.

¹⁶ Entendiendo ello de modo distinto, *vid.* el Convenio colectivo de Beer&Food (Resolución de 13 de junio de 2020, BOE de 25 de junio) que amplía a la pareja de hecho el permiso por matrimonio exigiendo tan solo el certificado de convivencia expedido por el Ayuntamiento.

Sentado lo anterior, no se obvia, sin embargo, que esta equiparación en el articulado legal entre parejas de hecho y matrimoniales podría implicar un nuevo problema. Piénsese en la persona trabajadora que formalizó su unión como pareja de hecho ante el registro correspondiente y a la que se le concedió el permiso de 15 días. Si, posteriormente, esa persona trabajadora decide contraer nupcias con quien es su actual pareja, ¿debería concedérsele de nuevo el permiso con base, esta vez, en el hecho del matrimonio? En mi opinión, la respuesta a esta pregunta debe ser negativa. Permitir la segunda concesión del permiso supondría que la empresa debería asumir, de nuevo, los costes de la ausencia de una de sus personas trabajadoras, algo que, ciertamente, quizá no esté justificado si se atiende a la finalidad de esta licencia. En efecto, si el objetivo que se pretende cumplir es la concesión de unos días libres para llevar a cabo la transición o el cambio de estado civil, puede decirse que este ya se alcanzó la primera vez que se concedió el derecho. Y si ello es así, no puede más que concluirse, en consecuencia, que, una vez disfrutados los 15 días, no habría posibilidad de volver a disponer de ellos por segunda vez para contraer nupcias con la misma pareja, habida cuenta de que el permiso ya se habría agotado.

Es más, otro argumento vendría a refrendar este planteamiento. Si quien legisla articula la modificación legislativa a través de la equiparación entre los matrimonios y las parejas de hecho, cabe pensar que lo que estaría haciendo, al fin y al cabo, sería reconocer que el hecho causante que provoca el permiso es el mismo, la unión estable entre dos personas, ya se llame esta matrimonio o convivencia extramatrimonial¹⁷. También desde esta perspectiva, entonces, quedaría fuera de toda duda que la identificación entre ambas situaciones no podría ser entendida como avaladora de un doble permiso, uno por matrimonio y otro por creación de pareja de hecho estable. Teniendo en cuenta que las personas trabajadoras son libres de casarse o de constituir una unión libre, parece evidente que, una vez disfrutado de un permiso por un motivo, lo que no cabe es volverlo a disfrutar por cambio del estatus familiar con la misma pareja. Cosa distinta, eso sí, sería que se contemplasen dos tipos de permisos, el permiso de matrimonio, por un lado, y, por otro, un permiso específico para parejas de hecho, dotado de su regulación particular.

3.2. El permiso por fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización

En el artículo 37.3 b) del ET, en su redacción dada por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, contempla el permiso para atender a ciertos infortunios familiares. Es esta una

¹⁷ Así, por ejemplo, el Convenio colectivo de AP-1 Europistas, Concesionaria del Estado, SAU (Resolución de 3 de septiembre de 2014, BOE de 13 de septiembre), estipula que «no podrá disfrutarse el permiso más de una vez por una unión (entendiendo por unión tanto boda como pareja de hecho) con la misma persona».

licencia cuya finalidad es armonizar o hacer compatibles las obligaciones de trabajo con los deberes sociales y familiares de asistencia y compañía que surgen en los puntuales casos de fallecimiento o enfermedad grave de parientes o afines muy próximos, máxime cuando el conocimiento por parte de la persona trabajadora de cualquiera de los infortunios descritos en la norma puede impedirle de modo psicológico continuar con su labor¹⁸. Y, a estos efectos, dos son los requisitos legales que deben concurrir simultáneamente para que pueda ser concedida: de un lado, que la causa que la active sea alguna de las cuatro contempladas en la norma (un fallecimiento, un accidente o enfermedad que puedan ser calificados de graves, una hospitalización o una intervención quirúrgica que, aunque no requiera hospitalización, precise, no obstante, de reposo domiciliario); de otro, que las personas causantes de estos infortunios se encuentren dentro del círculo familiar más próximo de la persona trabajadora. Comenzando por esto último, habría que decir que la lectura que ha de darse al término empleado en el precepto, «parientes», acotado en el segundo grado, pasa por entender comprendidas en el mismo a una serie de personas que se encuentran, como se ha dicho, dentro del círculo familiar más próximo de la persona trabajadora, y ello con independencia de que exista o no convivencia o roce familiar entre ellas, porque nada exige el precepto. Así las cosas, dentro de la línea consanguínea, habría que entender incluidos, teniendo en cuenta el tope del segundo grado, a hijos/as y nietos/as, en línea recta descendiente, a padres/madres y abuelos/as, en línea recta ascendiente, y a hermanos/as, en línea colateral. Del mismo modo, familiares por afinidad, también hasta el segundo grado, serían los hijos/as del cónyuge, los cónyuges de los hijos/as y nietos/as, los padres y madres de aquellos y los abuelos/as y hermanos/as políticos.

Dejando a un lado el olvido de quien legisla de los hijos/as adoptados y que conveniría que fuera corregido si nos atenemos a lo estipulado en el artículo 108 del CC, ya de entrada llama la atención, por lo que aquí importa, que no se incluya al cónyuge entre las personas causantes del permiso. Ciertamente, como el matrimonio no genera parentesco (art. 915 CC), a quien es cónyuge no se le puede considerar como a un familiar hasta segundo grado, con lo que, en principio, estaría excluido del radio de acción del precepto. Sin embargo, parece ilógico que pueda denegársele este permiso por accidente, enfermedad, hospitalización, intervención quirúrgica o fallecimiento, máxime cuando es este el que otorga la protección a los familiares por afinidad. Por ello, no estaría de más, a fin de evitar hipotéticas controversias futuras, que se impulsara una reforma legislativa al respecto¹⁹.

¹⁸ STS de 18 de febrero de 1998 (rec. 539/1997). Su punto de referencia se encuentra, como se sabe, en la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental, cuya cláusula tercera dispone que los Estados miembros o los interlocutores sociales «adoptarán las medidas necesarias para autorizar a los trabajadores a ausentarse del trabajo por motivos de fuerza mayor vinculados a motivos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador».

¹⁹ Como ya se hace, por otra parte, en algunos convenios colectivos. Por citar solo uno, *vid.* Convenio colectivo para el sector de harinas panificables y sémolas (Resolución de 4 de junio de 2020, BOE de 17 de junio).

¿Y qué ocurre con las parejas de hecho? Porque la lógica de incluir a quien es cónyuge en el radio de acción de este permiso podría no encontrarse cuando de un miembro de la pareja de hecho se tratase, toda vez que podría esgrimirse el mismo argumento que en el caso del permiso por matrimonio: la no equiparación entre las uniones matrimoniales y las no matrimoniales²⁰. No obstante, y habida cuenta de que la familia no matrimonial posee los mismos efectos por lo que se refiere al parentesco que la conyugal y de que idéntica carga psicológica puede sufrir la persona trabajadora a causa del infortunio padecido por su pareja de hecho (o, incluso, por los familiares de esta), parece difícil justificar el tratamiento desigual en estos casos. Si bien se mira, el reconocimiento de este permiso a las parejas unidas de forma no matrimonial no puede suponer desviación alguna de su finalidad, pues la preocupación por la otra persona y el anhelo de proveerla de ayuda en difíciles momentos existirán con independencia de que se hayan contraído o no nupcias. Abunda en esta idea el hecho de que ninguna referencia expresa se realiza en este permiso al matrimonio. La no existencia de tal requerimiento en el tenor literal del artículo 37.3 b) del ET serviría, de este modo, para avalar, junto con lo dicho anteriormente, una interpretación amplia del ámbito subjetivo de la norma²¹.

Con todo, creo que puede defenderse aquí una diferencia con respecto a lo que se dijo más arriba sobre el permiso por matrimonio. Allí, si se recuerda, se expuso como condicionante de la pareja de hecho que estuviera debidamente constituida. Quedaban excluidas, pues, del radio de acción del permiso el resto de uniones, las parejas de hecho «puras», que no se hubiesen constituido como tales en la forma legalmente prevista para quedar sujetas al régimen jurídico propio de estas. Pues bien, aquí creo que en buena lógica debe mantenerse una postura distinta, más amplia e integradora. Como antes se ha explicado, que se exija en el caso del permiso por matrimonio la inscripción o formalización de la pareja es de todo punto coherente con la estructura del permiso, que necesita de un acontecimiento a partir del cual pueda computarse el plazo de los 15 días y que pueda justificarse ante la empresa. No obstante, y en el caso de la licencia que en este epígrafe se aborda, no

²⁰ Lo que no ha impedido, ello no obstante, que los convenios colectivos hayan extendido el círculo de familiares de un modo tal que abarque también a los convivientes *more uxorio* e, incluso –aunque ello ya no es tan habitual– a los familiares de estos. Entre ellos se encuentran los Convenios de Districenter, SA (Resolución de 1 de marzo de 2020, BOE de 11 de marzo), de Hertz de España, SL (Resolución de 23 de diciembre de 2019, BOE de 7 de enero), de Logifruit, SL (Resolución de 18 de febrero de 2019, BOE de 12 de marzo), de ESC Servicios Generales, SL (Resolución de 21 de marzo de 2018, BOE de 4 de abril), el Convenio de empresas de seguridad (Resolución de 19 de enero de 2018, BOE de 1 de febrero), el de Iberdrola Inmobiliaria, SAU (Resolución de 12 de febrero de 2016, BOE de 23 de febrero) y el del Grupo de Empresas E.ON España (Resolución de 20 de enero de 2015, BOE de 30 de enero).

²¹ De hecho, ya existen convenios que contemplan a la pareja de hecho como sujeto causante de este permiso. Así, por citar dos, *vid.* Convenio colectivo de Michelin España Portugal, SA, para los centros de trabajo de Tres Cantos (Madrid) y de Illescas (Toledo) (Resolución de 19 de junio de 2020, BOE de 3 de julio) y Convenio colectivo del Grupo de empresas Mercadona, SA, y Forns Valencians Forva, SA, Unipersonal (Resolución de 4 de febrero de 2019, BOE de 18 de febrero).

considero que pueda existir inconveniente alguno para incluir a las uniones no formalizadas, pero estables, en el ámbito subjetivo de aplicación del derecho.

En efecto, en mi opinión, este permiso debe hacerse extensible tanto a las parejas de hecho constituidas formalmente como a las que no lo estén. A las primeras, incluso, sin exigírseles que acrediten una convivencia estable, notoria e ininterrumpida antes del hecho causante, porque si nada de ello se requiere para el resto de parientes, sería exagerado, a mi modo de ver, requerírsele a las parejas de hecho que ya hubiesen oficializado su unión. Por un motivo similar, no creo que pueda exigirse que tal formalización deba haber sido realizada con una antelación mínima al hecho causante, bastando, pues, como en el caso del matrimonio, con que se constate la correspondiente inscripción o formalización en documento público para que uno u otro elemento puedan erigirse como hecho constitutivo de la realidad y seriedad, en el plano jurídico, de la pareja. Requerir, además de ello, la verificación de que las personas convivientes hayan formalizado su unión con cierto lapso temporal de antelación al hecho causante no vendría a ser más, en mi opinión, que una exigencia probatoria duplicada sobre un mismo extremo, la existencia de la pareja de hecho.

Pero, como se ha dicho, no solo se aboga por extender este derecho a las parejas de hecho formalizadas, sino también a las que no lo estén. A mi modo de ver, el incumplimiento de los requisitos formales constitutivos de la realidad de la pareja no puede ser tomado como causa suficiente para negar a los miembros de otras clases de parejas el disfrute del derecho, porque iguales vínculos afectivos se han podido crear en el seno de una unión formalizada que en el seno de otra no formalizada pero cuyo vínculo es duradero en el tiempo. Cuestión distinta, eso sí, será delimitar qué deba entenderse por tal vínculo duradero. Y aquí, irremediabilmente, debe entrar en juego el requisito de la convivencia, pues no de otro modo podría verificarse la existencia de la pareja y su propósito de mantener un proyecto conjunto de vida estable y sólido que, precisamente por su durabilidad, podría haber generado unos vínculos afectivos tales entre sus miembros que sería lo que explicaría, en última instancia, la concesión del permiso.

A estos efectos, podría sostenerse, en este sentido, la aplicación por analogía de los 5 años de convivencia inmediata, notoria e ininterrumpida previstos por el artículo 221 de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS) para que el miembro de la pareja de hecho superviviente pueda lucrar la pensión de viudedad. No obstante, exigir tal lapso temporal en este contexto parece excesivo. Ciertamente es que en la pensión de viudedad tiene su lógica en tanto que entronca directamente con la concesión de una pensión vitalicia a cargo de fondos públicos y las cautelas, a juicio, de quien legisla deben extremarse. Pero, en el plano que ahora nos ocupa, el disfrute de un permiso de tan corta duración, 5 años se antoja verdaderamente un lapso de tiempo extremadamente dilatado para que a través de él se pueda acreditar la proyección en el tiempo de la pareja y, por ende, su realidad. Por ello, veo más conveniente defender que se entienda la existencia de este vínculo duradero si se acredita un tiempo inferior de convivencia inmediata e ininterrumpida al hecho causante, pero que fuera lo suficientemente extenso (1 año tal vez) para que pueda afirmarse que quienes

componen la pareja se unen con cierta voluntad de permanencia y con una voluntad conjunta y seria de afecto, socorro y auxilio mutuo. Ello no obstante, tal requisito podría no exigirse si la pareja tuviera descendencia en común, en cuyo caso podría bastar la acreditación de convivencia estable debidamente probada²².

Como se ha visto, pues, existen argumentos bastantes para abogar por la reforma del ámbito subjetivo del permiso del artículo 37.3 b) del ET. No obstante, no son los únicos, pues tales rectificaciones podrían realizarse, igualmente, sobre la base de lo dispuesto en la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores. Así, el artículo 1 e) de tal norma europea dispone que familiares de la persona trabajadora son el «hijo, hija, padre, madre o cónyuge del trabajador, o pareja de hecho de este cuando las uniones de hecho estén reconocidas en el derecho nacional». Y fíjese, además, que quedan excluidos los parientes por afinidad, lo que tal vez no sea un desacierto desde el punto de vista del impacto de género que tienen los derechos de conciliación, pues son las mujeres las que suelen ocupar el rol de cuidadoras respecto de sus suegros/as. La eliminación de la afinidad en el permiso que nos ocupa, con base en lo dispuesto en la norma europea, tal vez podría contribuir a lograr una mayor corresponsabilidad entre hombres y mujeres en este contexto.

En otro orden de ideas y sentado ya que una futura reforma del precepto estatutario por lo que hace a su ámbito subjetivo de aplicación podría plantearse en el sentido que aquí se indica, cabe apuntar ahora una cuestión acerca de los acontecimientos que activan el disfrute del permiso y, más en concreto, en el de la enfermedad del familiar. Fíjese que, en este caso, la alteración de la salud que se produzca como consecuencia de un proceso patológico o de un suceso acaecido repentinamente ha de poder ser calificada como «grave». Tal gravedad ha de existir, pues, cuando se solicita el permiso y no en un momento posterior, ya que, en ese caso, el sentido y la finalidad de la norma habrían quedado cuando menos en entredicho. Pues bien, más allá del debate acerca del concepto mismo de «gravedad», que deberá ser interpretado en atención a las circunstancias concurrentes del caso en concreto, lo cierto es que, con tal exigencia, se puede poner en un cierto apuro a quien es cabeza de familia monoparental, pues ante una enfermedad calificada como de «no grave», este permiso no podrá solicitarse para el cuidado del hijo/a enfermo, a salvo, claro está, de previsión más favorable en convenio (Goñi Sein, 2005, p. 24).

Tal disfunción en estos supuestos podría quedar atemperada de argumentar que la persona progenitora podría hacer uso de su derecho a la adaptación por conciliación del

²² Solución esta que no es ajena a nuestro ordenamiento jurídico en tanto que ya la incorpora el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (art. 2 bis).

artículo 34.8 del ET o de otros instrumentos, como la reducción de jornada, que la propia norma habilita para conciliar oportunamente la vida familiar con la laboral. Al límite, incluso podría solicitar el disfrute de alguno de los días de vacaciones que le restaran. No obstante, todos estos instrumentos, si bien se mira, no hacen más que colocar al progenitor solo o a la progenitora sola en la difícil tesitura de o bien someterse a una negociación *a priori* difícil con la empresa, o bien ver reducidas sus opciones retributivas o vacacionales. Por ello, y en la línea de un futuro ET que incidiera aún más en la importancia que la conciliación tiene ya no solo a nivel familiar, sino también empresarial y hasta productivo, no estaría de más que se plantease la posibilidad de fijar legalmente que, previa negociación colectiva, se creara una bolsa de horas de libre disposición acumulables entre sí, de hasta un tanto por ciento de la jornada anual y con carácter recuperable, dirigida de forma justificada a la adopción de medidas de conciliación para el cuidado y atención de hijos/as menores, pero también, y ya trascendiendo del hecho biológico de la maternidad, de personas mayores o con diversidad funcional o discapacidad reconocida a cargo²³.

3.3. El permiso para el cuidado de lactante

El artículo 2.9 del Real Decreto-Ley 6/2019 modifica el apartado cuarto del artículo 37 del ET con el fin de otorgarle una nueva redacción al permiso por lactancia más ajustada a los cánones que marca la corresponsabilidad. De esta forma, se reforma su denominación, se clarifican aspectos tales como su finalidad y su titularidad, se realizan ajustes en el ejercicio del derecho a la reducción de jornada y se introduce como novedad lo que bien podría pasar a denominarse «reducción de jornada corresponsable» a la que también como novedad se le anuda una prestación económica a cargo de la Seguridad Social. Con todo y a pesar de la reciente reforma, lo cierto es que, a los efectos que en este trabajo importan, pueden encontrarse en el nuevo precepto ciertas disfuncionalidades que pueden afectar a las familias monoparentales. Veamos.

Como se conoce, es este un permiso que tiene por objeto el cuidado de los hijos/as de corta edad, una edad que se fija en los 9 meses, y que, como es fácilmente comprensible, requiere de las personas adultas una rigurosa y especial atención a las necesidades vitales, físicas y afectivas de la persona menor. No es un permiso, por tanto, para la protección de

²³ Enfatizando en esta necesidad de conciliar más allá del supuesto contemplado en la norma estatutaria, ya existen convenios que contemplan una bolsa de horas que la persona trabajadora podrá utilizar para acompañar al médico a menores o a familiares (en ocasiones, incluso, a la pareja de hecho) que precisen de tratamiento por encontrarse en situación terminal o grave. Así, Convenio colectivo estatal del corcho (Resolución de 6 de marzo de 2020, BOE de 14 de mayo), Convenio de Globalia Handling, SAU (Resolución de 10 de marzo de 2020, BOE de 13 de mayo) y Convenio de CTC Externalización, SLU (Resolución de 1 de marzo de 2020, BOE de 18 de marzo).

la maternidad, ni tampoco está destinado en exclusiva a la alimentación del hijo/a²⁴. Siendo ello así, resultaba evidente que una hipotética reforma del artículo 37.4 del ET debía conllevar un cambio en la denominación del permiso, que es precisamente lo que hace el Real Decreto-Ley 6/2019. En efecto, amén de realizar la sustitución del término «trabajadores» por «personas trabajadoras» para adoptar un lenguaje más inclusivo y políticamente correcto (aunque, a mi modo de ver, no era jurídicamente necesario), la denominación que ahora se otorga al permiso por lactancia es la de «permiso para el cuidado del lactante», lo que va en la línea antedicha de dejar bien claro cuál es la finalidad que debe perseguirse con este permiso y desterrar, de una vez por todas, la identificación del mismo con el hecho biológico de la lactancia materna, que puede darse o no darse, siendo indiferente este dato (Blasco Jover, 2019, p. 55).

Con todo, puede plantearse si no hubiera sido adecuado dar un paso más allá en los nuevos perfiles configuradores de este derecho. Este permiso cierto es que nació para solventar una necesidad muy concreta, ofrecer un tiempo a la madre trabajadora para dedicarse a la alimentación del hijo/a recién nacido. Con el tiempo, este modo de entender el permiso cambió hasta el punto de otorgarlo indistintamente y de modo intransferible tanto a la madre como al padre biológicos, tanto a la madre como al padre adoptivos y a quienes acojan a la persona menor o la tengan en guarda para su adopción. Y si ello es así y el permiso va destinado, en general, al cuidado de esta en una fase tan especial de su vida y de tanta dependencia de las personas adultas, es posible preguntarse si cabría la extensión de este derecho a sujetos –también personas trabajadoras, pues de otro modo no tendría sentido la concesión de un permiso como este– que tuvieran con aquella otros vínculos familiares distintos a los enunciados²⁵.

Pues bien, a mi modo de ver, la finalidad de la institución y la mejor tutela del bien jurídico protegido conducen a pensar que la reforma operada por el Real Decreto-Ley 6/2019 debiera haber entrado también en esta cuestión y haber eliminado o, en su caso, complementado las circunstancias de filiación que dan lugar al reconocimiento del derecho. A fin de cuentas, si de lo que se trata es de proporcionar el debido cuidado y atención a la persona lactante, se debería haber pensado también en aquellos supuestos en los que otros parientes, por ausencia de las personas progenitoras o, al límite, por la existencia de una de ellas que asume sola toda la responsabilidad, tuvieran que hacerse cargo del menor u ofrecer un apoyo adicional en su crianza²⁶ en esa fase tan importante de su vida, afectiva, física y psicológicamente hablando, y compatibilizar esa tarea con el trabajo que estuviesen

²⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de septiembre de 2010 (asunto Roca Álvarez).

²⁵ Aunque dentro del segundo grado por mantener la coherencia interna entre normas estatutarias.

²⁶ Cuya necesidad habría de quedar debidamente acreditada a través, por ejemplo, del informe que pudieran realizar los servicios sociales.

desempeñando²⁷. Este planteamiento, no se desconoce, puede no estar exento de crítica en tanto que podría argumentarse en contra que, para ello, estas personas podrían acogerse a la excedencia por cuidado de familiares, a la reducción de jornada prevista en el artículo 37.6 del ET o a la ya citada adaptación por conciliación contemplada en el artículo 34.8 del ET.

No obstante, dos argumentos vendrían a avalar el posicionamiento que aquí se defiende. El primero, basado en razones de practicidad. Porque, fíjese que cualquiera de estas tres opciones planteadas ocasiona, a mi parecer, problemas quizá incompatibles con la mejor tutela y protección del bien jurídico protegido por el permiso por cuidado de lactante. Así, de un lado, la excedencia recogida en el segundo párrafo del artículo 46.3 del ET parece estar pensada (aunque muy discutiblemente, como luego se dirá) para el cuidado de otras personas de la familia (las de edad avanzada) y, además, implica la pérdida del salario. Por otro lado, la reducción de jornada, al margen de otras consideraciones, conlleva –y aquí estaría el problema– una reducción proporcional del salario, algo que no se considera, en líneas generales, en el permiso por cuidado de lactante. Y, en fin, en cuanto a la adaptación por conciliación, es este un derecho que, como se conoce, está vinculado, a salvo de que el convenio establezca otra cosa, a que la empresa admita la solicitud de la persona trabajadora teniendo en cuenta las necesidades organizativas y productivas de la empresa, mientras que el permiso que aquí se estudia, existiendo preaviso y justificación, debe concederse sin tener en cuenta otras consideraciones.

El segundo argumento se alinea con una opción interpretativa de las normas que tenga en cuenta el interés superior del menor de acuerdo con lo dispuesto en la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España en 1990). Así, de acuerdo con el artículo 3.1 de la citada norma:

[...] en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Este interés superior exige adoptar, como señala la Observación general número 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, «un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana» (párrafo cinco). Para ello:

²⁷ Ampliación esta que no sería novedosa en nuestro ordenamiento, pues ya la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, instaura la figura de los «cuidadores no profesionales» y los define, en su artículo 2.5, como quienes «prestan atención a personas en situación de dependencia en su domicilio, [siendo] personas de la familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada».

[...] todos los Estados partes deben respetar y poner en práctica el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, y tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias, expresas y concretas para hacer plenamente efectivas este derecho (párrafo trece) [y tener en cuenta que] el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones (párrafo 39).

Esta consideración primordial exige, por lo demás, tener en cuenta varios elementos, entre ellos, la familia que «debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad» (párrafo 59), el cuidado emocional del menor que es una «necesidad básica de los niños, que si los padres o tutores no la satisfacen [se requerirá] que se tomen medidas para que el niño cree lazos afectivos seguros [...] para ofrecer al niño un entorno estable» (párrafo 72) y las posibles situaciones de vulnerabilidad del menor (párrafo 75).

La convención, de igual forma, señala en su artículo 3.2, que:

[...] los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Por su parte, el artículo 5 señala que:

[...] los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente convención.

Ciertamente, todos estos mandatos internacionales van encaminados a una misma dirección, lograr el bienestar del niño/a; un bienestar que, por lo que aquí interesa, bien podría conectarse con una reforma del ámbito subjetivo del permiso para el cuidado de lactante que permitiera a otras personas de la familia ejercer el derecho en situaciones como las anteriormente descritas de progenitores ausentes o de padres o madres solos que suponen de forma intrínseca una mayor vulnerabilidad de la persona menor. Ello contribuiría, a mi modo de ver, a paliar las necesidades de cuidado emocional de ese niño/a, proporcionándole un entorno estable en sus primeros meses de vida a cargo de miembros de su propia familia. Con todo, no llegándose a producir esta ampliación de los márgenes subjetivos del permiso, bien podría plantearse, de nuevo sobre la base de ese interés superior

del menor que debe tomarse como consideración primordial, que se articulara legalmente un derecho a la flexibilidad horaria, más allá de lo dispuesto en el artículo 34.7 del ET, que contemplara para estas concretas situaciones (y junto con otras) la necesidad de tutela y cuidado del menor por esas otras personas de la familia. O que incluso estas personas pudieran acogerse a esa hipotética bolsa de horas a la que se hacía referencia en el anterior epígrafe. Serían estas, aun así, medidas un tanto insuficientes para atender al debido cuidado de quien acaba de nacer en una época de tan especial vulnerabilidad; pero medidas, al fin y al cabo, que podrían contribuir a proporcionarle ese entorno estable que necesita.

Se detecta, por otra parte, otra disfuncionalidad en la configuración de este permiso que podría contravenir los derechos de las familias monoparentales. Señala también la norma que:

[...] cuando ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores ejerzan este derecho con la misma duración y régimen, el periodo de disfrute podrá extenderse hasta que el lactante cumpla 12 meses, con reducción proporcional del salario a partir del cumplimiento de los 9 meses.

Indudablemente estamos ante la concesión de un periodo de gracia del permiso que intenta favorecer la corresponsabilidad entre ambas personas progenitoras (Ballester Pastor, 2019, p. 34). Ejercitándose por las dos el derecho con «la misma duración y régimen», su disfrute se podrá extender hasta el año de vida del menor. En línea de principio y sin entrar ahora en otras disquisiciones, existe un problema con esta previsión, pues no queda bien claro si ese derecho al que alude la norma hace referencia al permiso por cuidado de lactante en general o a la reducción de jornada, que es una de las modalidades de su ejercicio. Y, como de la ubicación de esta previsión en el texto nada se saca en claro, quizá un buen modo de resolver esta duda interpretativa sea acudiendo a las normas de Seguridad Social pues el propio Real Decreto-Ley 6/2019, en su artículo 4.9, ha introducido una nueva prestación económica «por ejercicio corresponsable del cuidado del lactante». En ese precepto se indica que:

[...] a efectos de la prestación económica por ejercicio corresponsable del cuidado del lactante, se considera situación protegida la reducción de la jornada de trabajo en media hora que, de acuerdo con lo previsto en el párrafo cuarto del artículo 37.4 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, lleven a cabo con la misma duración y régimen los dos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, cuando ambos trabajen, para el cuidado del lactante desde que cumpla 9 meses hasta los 12 meses de edad.

Se configura, de este modo, una nueva situación protegida que da derecho a la correspondiente prestación y que parte de la base de que ambas personas progenitoras, las dos, han reducido su jornada para cuidar del menor desde que este cumple los 9 meses y hasta que cumpla los 12. Tomando este dato como punto de anclaje y aunando ambas previsiones, la del nuevo artículo 37.4 del ET, *in fine*, con la del nuevo redactado del artículo 183 de

la LGSS, se llega a la conclusión inexorable de que el periodo de gracia que se concede, que se extiende hasta el año de vida de la persona lactante y que queda cubierto por la protección de la Seguridad Social, solo acontecerá cuando se haga uso, «con la misma duración y régimen», de la reducción de jornada de media hora.

Ahora bien, obsérvese que esta ampliación del derecho solo procederá cuando existan dos personas progenitoras, siendo indiferente que estén unidas por vínculo conyugal, que formen pareja de hecho, que estén separadas o divorciadas. El dato relevante es la existencia de las dos pues la finalidad de esta previsión, junto con el carácter intransferible del permiso, es promover y fomentar el cuidado corresponsable del menor. No obstante, a pesar de esta encomiable finalidad y respecto de la cual nada se puede objetar, fíjese que una previsión como esta deja fuera de su ámbito de aplicación al progenitor solo o progenitora sola o sin pareja, que no podrá extender la duración de este permiso más allá de los 9 meses de vida del menor y que, por ello, ni siquiera podrá acceder a la correspondiente prestación pública. Es más, fíjese que ambas personas progenitoras deben hacer uso del derecho en las mismas condiciones y términos, algo que puede ser muy difícil de conjugar cuando media un divorcio o una separación no amistosa.

Se entiende, en fin y como se ha dicho, lo que ha pretendido quien ha legislado, pero, ciertamente, no puede evitar pensarse que, con esta configuración del derecho, se favorece manifiestamente un determinado modelo de familia, el tradicional formado por ambas personas progenitoras, en detrimento de otras formas de convivencia o de no convivencia. Algo ciertamente criticable desde el posicionamiento que en este trabajo se sostiene en tanto que, a mi modo de ver, mal encaja esta previsión con lo dispuesto en el artículo 39 de la CE e, incluso, con la prohibición de discriminación por estado civil de padres y madres. Por ello y aun aplaudiendo el paso que se da hacia la corresponsabilidad, quizá no hubiera estado de más que simplemente se atendiera al interés principal del menor y que cualquier progenitor/a pudiera hacer uso del derecho (no solo de la reducción de jornada) hasta que aquel cumpliera los 12 meses de vida, tal y como, por cierto, se prevé para el ámbito de la función pública en el Estatuto Básico del Empleado Público (art. 48 f).

3.4. El permiso por hospitalización de menor tras el parto

El artículo 37.5 del ET contempla el derecho de «las personas trabajadoras» a «ausentarse del trabajo durante una hora en el caso de nacimiento prematuro de hijo o hija, o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto». También se contempla la posibilidad de que, por el mismo motivo, puedan «reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de 2 horas con disminución proporcional del salario». *A priori*, pocas objeciones se le pueden realizar a la configuración legal de este permiso desde los postulados que en este trabajo se defienden. Sus titulares lo podrán utilizar cuando concurra el hecho causante, siendo indiferente que estén unidos conyugalmente, que no lo estén y conformen una pareja de hecho, que sean viudos/as o que estén separados/as o divorciados/as,

pudiendo ejercerlo en estos dos últimos casos tanto quien tenga atribuida la guarda y custodia como quien no la tuviera asignada.

Con todo, conviene hacer una salvedad en la línea ya apuntada anteriormente. Aunque el sujeto de la oración gramatical sean las personas trabajadoras, obvio es que el precepto se refiere exclusivamente al hijo/a de la propia persona trabajadora, que es quien va a disfrutar del permiso. No están incluidos, por tanto, en el radio de acción del precepto los nacimientos de hijos/as de parientes de la persona trabajadora. Siendo ello así y para el caso de las familias monoparentales compuestas por padre o madre solos, no estaría de más plantearse, siempre desde el punto de vista del interés de la persona recién nacida y de procurarle la debida atención afectiva durante su estancia hospitalaria, la misma ampliación a otras personas de la familia que la que se defendió para el caso del permiso para el cuidado de lactante, máxime cuando son estas las que en mayor medida podrían hacer uso del permiso al menos durante las primeras semanas tras el parto, en tanto que la madre biológica o la otra persona progenitora ya dispondrían de la cobertura jurídica suficiente, a través de la suspensión por nacimiento, para poder ausentarse del trabajo²⁸. En su defecto, bien podrían articularse soluciones similares a las anteriormente explicadas y, al límite, incluso podría darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 6 de la Directiva (UE) 2019/1158 antes citada que habilita para la creación de un «permiso para cuidadores» de 5 días laborables al año por persona trabajadora. Este permiso se configura, como se sabe, para dar cobertura a las ausencias de la persona trabajadora para «prestar cuidados o ayuda personales a un familiar o a una persona que viva en el mismo hogar que el trabajador y que necesite asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave». Parece, pues, que el derecho trasciende del hecho mismo del parentesco al permitir que la persona trabajadora pueda ausentarse, durante un determinado lapso temporal, para atender a los cuidados, incluso, de cualquier persona que viva en su mismo domicilio. La mera convivencia con quien requiera atención (junto, por supuesto, la concurrencia de un «motivo médico grave») será factor a considerar entonces para la concesión de este permiso. Y si esto así se entiende, este permiso para cuidadores/as bien podría ser utilizado por personas distintas a los progenitores/as para atender al cuidado de la persona menor que debe ser hospitalizada tras el parto.

3.5. La reducción de jornada

Como se conoce, contempla el artículo 37.6 del ET tres tipos de reducciones de jornada: la ligada a la guarda legal de una persona menor o con discapacidad, la que se anuda al cuidado directo de familiares, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por

²⁸ Durante las 6 semanas que le corresponden indefectiblemente a la madre biológica o las 4 (en 2020) o 6 (en 2021) que le corresponden a la otra persona progenitora. Tras ellas, el artículo 48.4 del ET prevé que el periodo de suspensión pueda interrumpirse y computarse, a instancia de la madre biológica o de la otra persona progenitora, a partir de la fecha del alta hospitalaria.

razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos, y que no desempeñen actividad retribuida y, en fin, la vinculada al cuidado de hijo/a afectado por cáncer o por cualquier otra enfermedad grave. Todas ellas conllevan disminución proporcional del salario.

Pues bien, desde los postulados que erigen este trabajo, varias son las cuestiones a destacar aquí. Así, por lo que respecta a la reducción por guarda legal de menor de 12 años o persona discapacitada, *a priori*, nada que objetar. Quien causa el derecho puede haber nacido o no en el seno de una pareja unida por vínculo matrimonial y la persona beneficiaria, en consecuencia, puede ser la madre, la otra persona progenitora o, en su defecto, cualquier otra que tenga atribuida la tutela de quien sea menor o discapacitado. Es un derecho que puede ejercitarse, además, aunque exista crisis matrimonial o de pareja, debiendo estarse aquí al régimen de guarda que el juez o la jueza haya podido establecer, si compartida o en exclusiva en favor de una sola de las personas progenitoras. Si este fuera el caso, dada la dicción del precepto, parece claro que a quien no se le hubiera concedido la guarda no podrá ejercer el derecho. Este se concede para compatibilizar vida en familia y trabajo y mal puede aprovecharlo quien no convive habitualmente con la persona causante preocupándose por todo lo relacionado con su alimentación, cuidado, vestido, habitación, etc. Situación distinta sería si la guarda fuera compartida, pues resulta evidente que aquí ambas personas progenitoras podrán ejercerlo en atención al tiempo que les haya correspondido pasar con la persona causante.

Con todo, es de destacar que, en el caso de las familias monoparentales compuestas por padres o, especialmente, madres sin pareja y sin otra fuente de ingresos, existe en esta reducción un hándicap muy importante que puede contribuir a que no se solicite en su justa medida. Y ese hándicap no es otro, efectivamente, que la disminución del salario que lleva aparejada. Podría decirse, de nuevo, que a este problema vendría a dar respuesta el derecho a la adaptación por conciliación del artículo 34.8 del ET; pero de nuevo se abriría aquí el siempre difícil y espinoso tema de la negociación con la parte empresarial. Por ello, no estaría de más que, atendiendo a las especiales particularidades de este tipo de familias, se articulara otra fórmula para conciliar de modo óptimo vida familiar y laboral. Una fórmula, además, que podría ser amplia, extensiva, de atender a ese interés superior de la persona menor como consideración primordial de la que se hablaba anteriormente. Se trataría, en suma, de habilitar una suerte de flexibilidad horaria o, si se quiere, de reducción de jornada sin disminución de las retribuciones, de tal vez una hora, para el caso de guarda legal de personas menores de 12 años cuando en estas concurrieran una serie de circunstancias de mayor vulnerabilidad o de sobrecarga de quien ostenta la guarda que hicieran evidente la necesidad legal de una singular tutela, como que el niño/a requiera de especial atención, tenga menos de 3 años, haya nacido en el seno de una familia monoparental o cuando el guardador/a tenga a su cargo dos o más niños/as menores de 12 años²⁹. Y, ciertamente, teniendo en cuenta que

²⁹ En línea, por ejemplo, de lo que prevén ya ciertas normas de las comunidades autónomas, si bien en el ámbito funcional. Así, entre ellas, *vid.* Decreto 42/2019, de 22 de marzo, del Consell, de regulación de las condiciones de trabajo del personal funcionario de la Administración de la Generalitat Valenciana.

en el texto del ET ya pueden encontrarse preceptos que tienen en consideración las necesidades de las familias numerosas concediéndoles cierta ampliación de derechos de las que el resto no disfrutaban, lo que se plantea no podría tildarse de rareza o extrañeza desde el punto de vista legal en tanto que supondría ir un paso más allá y avanzar en la idea de que mejorar la conciliación puede contribuir a lograr una mayor eficacia y productividad en el trabajo.

Por lo que respecta a la segunda reducción de jornada, la destinada a quien precise encargarse del cuidado directo de una persona de la familia, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad³⁰, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí misma, y que no desempeñe actividad retribuida, fijese, ya por lo pronto, que ninguna referencia se realiza ni a quien es cónyuge ni a la pareja de hecho, olvido este sobre el que merecen realizarse todas las consideraciones hechas ya anteriormente y que debiera solventarse en una futura reforma del precepto³¹. Más allá de ello, obsérvese que la norma matiza que el cuidado de quien causa el derecho debe ser «directo», lo que indica claramente que la persona trabajadora debe ser la única que puede ayudar a su familiar, sea menor o mayor de edad, a realizar sus actividades cotidianas. Esta circunstancia podría suponer un freno en el ejercicio del derecho por parte de quienes son familia de la persona que es progenitora y que está sola a cargo de una familia monoparental, porque tendrían que demostrar que son las únicas (no, por tanto, la persona progenitora titular del hogar monoparental) que se encargan de proveer las necesidades y atención de la persona causante. Y esto puede ser así en ciertos casos, pero no en otros en los que, más que de cuidado directo, podría hablarse de apoyo adicional en el cuidado.

Por eso, en mi opinión y desde el punto de vista que se plantea en este trabajo, quizá lo más oportuno sea reformular el enunciado del precepto para dar cabida a más supuestos de los contemplados en la norma. Una reforma que podría pasar sencillamente por incluir a la persona que es cónyuge y a quien es pareja de hecho como posibles sujetos necesitados de atención y por la eliminación del adjetivo «directo» para facilitar el apoyo adicional en el cuidado de las personas causantes. O que, más certeramente, podría ir más allá, eliminando el requisito de parentesco o complementándolo, para acomodarse a otras previsiones legales. En concreto, a lo apuntado por el artículo 2.5 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, que señala que cuidadores/as no profesionales pueden ser «personas de la familia» de quien es dependiente «o de su entorno». Si los cuidados no profesionales los

³⁰ Debe reiterarse aquí lo dicho anteriormente sobre la conveniencia, desde un enfoque de género, de eliminar el condicionante de la afinidad de este tipo de reducciones de jornada. Es lo que ha hecho, precisamente, el Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (art. 6.1).

³¹ Olvido que, por lo demás, corrigen ciertos convenios colectivos. Así, *vid.*, por citar un ejemplo, el V Convenio colectivo marco del Grupo Endesa (Resolución de 4 de junio de 2020, BOE de 17 de junio). Y olvido, por cierto, que ya corrige también el Real Decreto-Ley 8/2020 antes mencionado (art. 6.1).

puede proporcionar, entonces, una persona trabajadora que no tenga con la persona dependiente la relación de parentesco que exige el precepto estatutario, resultará que no tiene derecho a reducción de jornada alguna cuando ciertamente pudiera necesitarla. A evitar esta disfuncionalidad, a todas luces sin razón de ser, habría de ir encaminada también la modificación normativa por la que se aboga³².

Por último, por lo que atañe a la reducción de jornada para el cuidado directo, continuo y permanente, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a cargo afectado por cáncer o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración, es este un derecho que se concede a las personas progenitoras, adoptantes, guardadoras o acogedoras. Se entiende, evidentemente, el sentido de concederle este derecho a las personas progenitoras que tengan al menor a su cargo (entendiendo la palabra en su más amplia acepción), pero de nuevo aquí se puede hacer la misma salvedad anterior: quien sea cabeza de familia de un hogar monoparental puede tener seriamente dificultoso el acceso a este derecho por las dificultades económicas y organizativas que esto pueda acarrear. Y ello más aún teniendo en cuenta que el disfrute de la prestación que viene anudada a este supuesto de hecho se condiciona a que ambas personas progenitoras trabajen (art. 190 LGSS y art. 4.2 RD 1148/2011, de 29 de julio). En efecto, la protección que dispensa la norma no se activa cuando quiebra, originaria o sobrevenidamente, la situación de hecho que la sostiene, que es que ambas personas progenitoras estén dadas de alta en la Seguridad Social. Se presupone, entonces, que de no trabajar alguna, esta, ostente o no la custodia del menor, dispone del tiempo preciso para cuidar y atender directa y personalmente al menor, siendo innecesario que la que está ocupada reduzca su jornada a ese mismo fin³³.

Ciertamente, puede entenderse este razonamiento desde el punto de vista normativo. La letra de la norma y el diseño de la prestación no dejan ni margen alguno para la duda sobre lo que se pretende (se trata de facilitar la reducción de jornada en caso de que las dos personas progenitoras trabajen y el cuidado del menor en estos casos) ni para diferenciar entre varios modelos de familia. De hecho, parece evidente que la norma está planteada para funcionar en un escenario diríase ordinario o tradicional, uno en el que ambas personas progenitoras forman parte de la misma unidad de convivencia. Pero ¿qué ocurre en el resto de supuestos? Porque la exigencia de que ambas trabajen acaba por expulsar de la protección del sistema a aquella que está sola (una única persona progenitora a cargo por inexistencia, incapacidad o fallecimiento de la otra) cuando, en realidad, la misma situación

³² Modificación que, por lo demás, incluso se alinearía con lo dispuesto en la Directiva 2019/1158 sobre el «permiso para cuidadores», en tanto que, si se recuerda, este permiso trasciende, en cierto sentido, del hecho mismo del parentesco para dar cobertura, también, a supuestos en los que los cuidados son proporcionados por personas trabajadoras que conviven con la persona causante.

³³ SSTs de 12 de junio de 2018 (rec. 1470/2017) y de 28 de junio de 2016 (rec. 80/2015). También Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de la Comunidad Valenciana de 6 de febrero de 2019 (rec. 96/2018).

de necesidad existe tanto en el caso de las familias tradicionales como en el de las familias monoparentales. ¿Qué motivo existe para negar esta posibilidad de reducción de jornada y de lucrar la prestación a quien es cabeza de familia de un hogar monoparental cuando el supuesto de hecho, la enfermedad del menor, puede incidir de igual modo en el desarrollo de su trabajo? No parece atisbarse ninguno de peso, ciertamente, por lo que quizá habría llegado el momento de repensar también el diseño de esta institución y desvincularla de la necesidad de que existan ambas personas progenitoras, las dos prestando servicios. Pero no solo, en mi opinión, para dar cabida a estos supuestos, sino también, incluso, para impedir que el cese en el trabajo de la persona progenitora que no tiene la custodia, en casos de crisis conyugal o de pareja, pueda suponer la pérdida del derecho y de la prestación de quien tiene a su cuidado a la persona menor enferma.

Sobre esto último, puede argumentarse en contra, como hace el TS³⁴, que una interpretación como la que se propone desbordaría el concepto mismo de la situación protegida y la finalidad a la que responde en atención a lo que disponen las normas reguladoras y que, además, no fomenta la integración del menor con la persona progenitora que no tiene la custodia que puede ser quien, al no trabajar o haber dejado de hacerlo, está en mejores condiciones de prestarle toda la atención que precisa, sin tener que compatibilizarla con el desarrollo de la actividad laboral. Se ha barajado también el hecho de que la regulación de la prestación no permite excluir de la «unidad familiar», que es el término empleado por el artículo 4.2 del Real Decreto 1148/2011, a quien se ha separado o divorciado por cuanto se contempla legalmente la posibilidad de que una de las personas progenitoras tenga la guarda y custodia del menor y, sin embargo, pueda ser la otra quien desempeñe la función cuidadora del hijo/a enfermo. No obstante, y aun pudiendo compartir el argumento de favorecer el nexo de unión entre el menor y la otra persona progenitora, creo que debería estarse también aquí al régimen de custodia que el juez o la jueza hubiese podido establecer, si compartida o en exclusiva en favor de una persona sola. Veamos.

Si la custodia fuera individual, si se atribuye a una de las personas progenitoras y no a la otra, el derecho y la prestación, en mi opinión, debería concederse a quien tiene la custodia, porque es quien se ocupa cotidianamente de la atención y de los cuidados del menor enfermo conformando con él una unidad real de convivencia. Y ello con independencia de que la otra persona progenitora desempeñe o no una actividad laboral, ya que, aunque siga ejerciendo las facultades y deberes que dimanar de la patria potestad, no se ocupa de las decisiones ordinarias que afectan a la convivencia diaria con el menor, no es la que mantiene de suyo, dicho de otro modo, la mayor relación personal y afectiva con el menor y la que se encarga de su enfermedad. Solución distinta entiendo que habría que arbitrar si la custodia fuera compartida y una de las personas progenitoras perdiera su empleo. En este supuesto, las dos se involucran por igual en el cuidado, atención, educación y manutención de la persona menor enferma, las responsabilidades son compartidas en igualdad de

³⁴ Vid. STS de 12 de junio de 2018 (rec. 1470/2017) antes citada.

condiciones, por lo que parece claro que, desde la óptica del derecho y de la prestación, lo que le ocurra (pérdida del empleo) a una de las personas progenitoras, aun en el supuesto de crisis de pareja, debe incidir en la otra.

No obstante, y en cualquier caso, entiendo que esta problemática bien podría solventarse convirtiendo tanto esta reducción de jornada como la prestación que lleva anudada en derechos de titularidad y ejercicio individual, como correctamente se ha hecho con la suspensión por nacimiento de hijo/a y con el permiso para el cuidado de lactante. Fíjese que normativamente se impone que, en caso de que concurren en ambas personas progenitoras las condiciones de acceso a la prestación, solo una de ellas podrá acogerse a la misma. No es necesario agotar argumentos para sostener que, en la práctica, no consagrar el principio de igualdad en el disfrute de la prestación supone perpetuar el tradicional rol de la mujer como cuidadora de los hijos por ser la que, aún hoy en día, ya sea por ciertos convencionalismos sociales, ya sea por propia voluntad, sostiene la mayor parte del peso de la crianza sobre sus hombros. Por lo tanto, no configurándose el derecho como individual, sino, más bien, como un único derecho a lucrar por una u otra persona progenitora, lo más probable que suceda es que quien lo utilice de forma efectiva sea la mujer en la gran mayoría de los casos, suponiendo ello un factor –otro más– que contribuya a su alejamiento del mercado de trabajo. Esta previsión entiendo que debe desaparecer del texto legal para dar paso a una prestación que pertenezca a ambas personas progenitoras, sin que una deje de utilizarla en pos de la otra. Solamente así entendido este derecho, de forma dual y de posible ejercicio simultáneo (aunque con las limitaciones propias de trabajar en la misma empresa), podría erigirse como un mecanismo idóneo para el efectivo reparto de las cargas familiares o, lo que es lo mismo, para alcanzar el fin de la corresponsabilidad³⁵.

Advirtiéndose, pues, de esta anomalía en el diseño del derecho y de la prestación y del hecho de que el estado civil de las personas progenitoras se puede erigir, de nuevo, en un elemento de discriminación directa hacia los hijos/as e, incluso, de discriminación indirecta hacia la mujer, pues es la que, como ya se dijo, está al frente en su mayor parte de los hogares monoparentales o, al límite, de las responsabilidades familiares (Lousada Arochena, 2011, p. 2), no estaría de más que se eliminara el condicionante de que ambas se encuentren de alta en la Seguridad Social (que, por otra parte, no parece tener más sentido que el de frenar los gastos en prestaciones) y que, en el ámbito laboral y más allá de la vía de la adaptación por conciliación para otras personas de la familia que pudieran ofrecer apoyo adicional al cuidado de este menor, se planteara la posibilidad de sortear para este derecho también el requisito de la filiación, dando cobertura así a más personas beneficiarias o, al

³⁵ Se atisba un intento de alcanzar esa corresponsabilidad en la previsión del disfrute alterno de la prestación cuando exista acuerdo entre las personas progenitoras y la empresa o empresas respectivas (art. 4.5 RD 1148/2011). No obstante, lo que se propone aquí es ir, como se puede comprender, un paso más allá para lograr, sin que sea necesaria negociación alguna, la efectiva corresponsabilidad en la tarea del cuidado del menor entre ambas personas progenitoras.

límite, de habilitar también para estos supuestos esa bolsa de horas por motivos de conciliación a la que anteriormente se hacía referencia o de hacer jugar también aquí el «permiso para cuidadores/as» que anteriormente se ha mencionado.

3.6. La movilidad geográfica por traslado de cónyuge

Señala el artículo 40.3 del ET que «si por traslado uno de los cónyuges cambia de residencia, el otro, si fuera trabajador de la misma empresa, tendrá derecho al traslado a la misma localidad, si hubiera puesto de trabajo». Estamos ante una norma protectora, qué duda cabe, de la institución del matrimonio, puesto que lo que se pretende con ella es no separar a los cónyuges y, al límite, a todos los miembros del hogar familiar, ante el traslado de uno de ellos a un centro de trabajo de otra localidad. La norma, pues, es muy clara: el cónyuge ha de ser persona trabajadora de la misma empresa y ha de ser cónyuge, no pareja de hecho. Ciertamente, en atención a la finalidad del precepto, esta limitación es criticable³⁶, por mucho que los convenios colectivos puedan ampliar su radio de acción³⁷. Y lo es, de nuevo, porque se prima un estado civil respecto de otro, una forma de familia respecto de otra, cuando la misma necesidad de continuidad de convivencia bajo el mismo techo puede existir en el seno de una pareja de hecho en la que uno de sus miembros ha sido trasladado. Por ello, no estaría de más que una futura reforma de las normas estatutarias corrigiera la deficiencia técnica de la que adolece este precepto e incluyera en su radio de actuación a la persona integrante de una pareja de hecho, entendiendo por tal, como ya se dijo anteriormente, tanto la debidamente formalizada como la no oficializada, pero estable en su unión.

3.7. La suspensión por nacimiento de hijo/a, adopción o acogimiento

Como se dijo, una de las ideas motrices que inspira el Real Decreto-Ley 6/2019 es fomentar la corresponsabilidad entre las personas progenitoras en el cuidado del menor. Sobre esa base, se reforma el artículo 48.4 del ET en lo que atañe a la suspensión por nacimiento de hijo/a para la madre biológica y para la otra persona progenitora convirtiendo el derecho

³⁶ Como así lo evidenció la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de febrero de 2005 (rec. 1049/2002).

³⁷ Así, por ejemplo, el Convenio colectivo para los establecimientos financieros de crédito (Resolución de 19 de junio de 2020, BOE de 3 de julio), el Convenio colectivo de ámbito estatal de radiodifusión comercial sonora (Resolución de 13 de septiembre de 2019, BOE de 1 de octubre), el Convenio colectivo estatal del sector de prensa diaria (Resolución de 19 de agosto de 2019, BOE de 27 de agosto) y el II Convenio colectivo de la Asociación para la Gestión de la Integración Social (Resolución de 27 de junio de 2019, BOE de 9 de julio).

en intransferible y de duración equiparable, al menos, en el año 2021 (16 semanas para cada una de las personas progenitoras). Además, se obliga a que ambas disfruten, ininterrumpidamente y a jornada completa, de las 6 semanas inmediatamente posteriores al parto. Y ello para que, por un lado, la madre biológica pueda recuperarse y, por otro, la otra persona progenitora pueda ocuparse del cuidado del menor. Transcurridas esas 6 semanas, la suspensión del contrato de cada una podrá ejercitarse hasta que el hijo/a cumpla 12 meses, distribuyéndose, a su voluntad, en periodos semanales de forma acumulada o interrumpida y en régimen de jornada completa o parcial previo acuerdo con la empresa. Similares modificaciones se han introducido, por su parte, en la suspensión por motivo de adopción, de guarda con fines de adopción y de acogimiento. De igual modo, en fin, con la nueva redacción dada al artículo 48.6 del ET, las 16 semanas que disfruta cada persona progenitora quedan ampliadas en 2 más en el supuesto de discapacidad del hijo/a o en el supuesto de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiple, en cuyo caso prevé la norma –y aquí radica lo novedoso– que una de esas 2 semanas de más sea disfrutada por cada una de las dos personas progenitoras.

Dos son las reflexiones que, desde los postulados que guían este trabajo, cabe cuando menos plantearse ante la nueva suspensión por nacimiento (entendida la palabra en sentido extenso) de hijo/a. La primera es ese sorprendente reparto equitativo entre las dos personas progenitoras de las 2 semanas de más en caso de discapacidad del hijo/a o de parto, adopción o acogimiento múltiples. Y resulta sorprendente en tanto en cuanto, como se recuerda, con anterioridad a la reforma operada, ninguna distribución imperativa se realizaba de este periodo adicional. Simplemente, se añadían, de concurrir las circunstancias, 2 semanas más a las 16 ya previstas de suspensión, advirtiéndose –eso sí– de que, si ambas personas progenitoras trabajaban, ese periodo adicional se distribuiría a su opción, que podrían disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, pero en todo caso ininterrumpida. No obstante, la nueva redacción, que no deja margen a la interpretación, implica que deban existir dos personas progenitoras necesariamente y que entre ambas se procederá a realizar el reparto de las 2 semanas adicionales, pues a cada una de ellas se le otorgará 1 semana de más. La diferencia es notable, como puede apreciarse.

Evidentemente, se entiende cuál ha sido el modo de discernir de quien ha legislado y, desde esa óptica, nada podría objetarse. Ahora bien, de nuevo no hace falta agotar muchos argumentos para sostener que nos encontramos, otra vez, con una norma que favorece un único modelo de familia, el biparental, en el que ambas personas progenitoras pueden asumir el cuidado del menor y que excluye o, al menos, no parece tener en cuenta la existencia de hogares con una única persona al frente de la familia que asume ella sola la responsabilidad en el cuidado del hijo/a. La retirada en estos supuestos de 1 semana más de suspensión no tiene justificación objetiva y razonable posible porque simplemente no se entiende el motivo por el que, en supuestos en los que la carga de la crianza es mayor, deba el padre o la madre titular de un hogar monoparental disfrutar de 1 única semana de más por encima de su periodo de suspensión. Afortunadamente y aunque lo correcto sea que esta deficiencia se corrija legislativamente, la redacción de la norma ha sido rectificada

por criterio técnico del Instituto Nacional de la Seguridad Social³⁸ en el sentido de conceder las 2 semanas de más cuando exista la suspensión de un único contrato de trabajo, la de la única persona progenitora existente, dejando sin efecto en estos casos el inciso que introduce el reparto entre los dos.

La segunda de las reflexiones que bien puede plantearse al socaire de la reforma operada en el texto del artículo 48.4 del ET es la que gira en torno al menor tiempo de cuidado de los hijos/as nacidos (entiéndase de nuevo en su más amplia acepción) en el seno de las familias monoparentales. Fíjese que la norma convierte el derecho a la suspensión en intransferible, por lo que cada persona progenitora lo podrá hacer valer de forma independiente a la otra. Ello quiere decir, a la postre, que los hijos/as nacidos en una familia biparental o tradicional dispondrán de más tiempo de cuidados que los nacidos en el seno de una familia monoparental, puesto que en las primeras el tiempo sumado de suspensión de ambas personas progenitoras alcanzará las 24 semanas en 2020 y las 32 semanas en 2021, pero en las segundas, en las que existe una única persona progenitora, el tiempo de cuidado solo seguirá siendo de 16 semanas. Desde el punto de vista de la literalidad normativa, esto es correcto en tanto que ni el ET ni la LGSS contemplan la posibilidad de alargar el periodo de descanso individual más allá de lo establecido ni, desde luego, de acumular los periodos de los que dispondrían ambas personas progenitoras en el caso de que solo exista una.

Ahora bien, a los efectos que interesan en este trabajo, debe plantearse si esta opción legislativa constituye una discriminación por razón de nacimiento expresamente prohibida por el artículo 14 de la CE, habida cuenta de que, efectivamente, el menor nacido (o adoptado o acogido) en el seno de una familia en la que se encuentran dos personas progenitoras disfruta de un mayor periodo de descanso de estas (y, por ende, de cuidado y atención por su parte) que el nacido (o acogido o adoptado) en el seno de una familia con una única persona ascendiente. ¿Es este elemento, la menor duración de la suspensión, motivo suficiente para plantear que la institución adolece de una posible discriminación por razón de filiación?

La respuesta, en mi opinión, ha de ser positiva en tanto que las situaciones no son ni idénticas ni comparables. En efecto, la monoparentalidad –ya se ha visto– es una situación jurídica distinta que necesita de un trato desigual fundado en razones objetivas. De este modo, entiendo que la mayor carga en la crianza que recae sobre una única persona ascendiente debiera ser tenida en cuenta aquí también, como lo debiera ser el interés superior del menor en consonancia con el marco ofrecido por la Convención sobre los derechos del niño. De hecho, desde esta perspectiva, podría plantearse si ampliar de alguna forma la suspensión por nacimiento de hijo/a (adopción o acogimiento) más allá de lo legalmente fijado en el caso de que existiera una única persona progenitora incidiría en el bienestar psicosocial del niño/a que, cuando nace o es adoptado o acogido, pasa

³⁸ Criterio de gestión 16/2019, de 31 de julio de 2019.

a integrar una familia monoparental. Es decir, ¿se estaría valorando con una decisión legislativa de este calibre el bienestar psicosocial de ese concreto menor? Personalmente, creo que así lo sería.

La solución jurídica, pues, a esta cuestión pasa por calibrar el asunto desde la perspectiva de la igualdad. Y, desde este punto de vista, no parece que existan razones objetivas y proporcionadas por las cuales deba negarse la ampliación de la suspensión por nacimiento de hijo/a en el caso de las familias monoparentales. Antes al contrario, puesto que la mayor dedicación o carga familiar y el hecho de que al menor se le pueda brindar la posibilidad de disfrutar del mayor tiempo posible del cuidado y atención de la persona que va a hacerse cargo de él son razones de peso que avalarían apostar por una opción legislativa por la que se ampliase la duración de la suspensión en estas circunstancias. Ampliación que podría ser perfectamente de 16 semanas más (las que le corresponderían a la otra persona progenitora si la hubiere) si lo que se pretende es igualar en derechos a los hijos/as de las familias tradicionales y a los de las familias monoparentales.

No se desconoce, sin embargo, que conceder 32 semanas al ascendiente o a la ascendiente en estos casos conlleva un riesgo. Un riesgo, además, con un evidente sesgo de género al ser las mujeres las que en mayor medida ostentan la jefatura del hogar monoparental. Y ese riesgo no es otro que el de la penalización laboral que supone alejarse del mercado laboral durante un periodo tan dilatado de tiempo. Por ello, entiendo que esta opción legislativa por la que desde este trabajo se aboga tal vez pudiera venir complementada por otra u otras a partir de las cuales el progenitor o la progenitora solo pudieran delegar en otra persona el cuidado del menor, algo que, por cierto, encajaría, como antes se dijo, con lo dispuesto en la Convención sobre los derechos del niño. En este sentido, baste traer a colación aquí las fórmulas a las que anteriormente se hacía referencia cuando se estudiaban las disfuncionalidades de otros permisos en este trabajo estudiados. No obstante, incluso podría irse más allá y habilitar legislativamente la opción de que el derecho a la suspensión por nacimiento de hijo/a (o adopción o acogimiento) de la otra persona progenitora lo pudiese disfrutar, si reúne las condiciones para ello, aquella que designe la persona responsable del hogar monoparental que, por razones de parentesco con el menor, pudiera compartir la tarea del cuidado y atención del niño/a (Requena Montes, 2018, p. 670). Quedaría garantizada, de esta forma también, la igualdad entre hijos/as nacidos en el seno de una familia y de otra y, además, no le dificultaría a la persona titular del hogar familiar la vuelta al mercado laboral.

3.8. La excedencia por cuidado de hijos/as y de familiares

El cuadro de las medidas conciliatorias disponibles en el ordenamiento laboral se completa con la figura de la excedencia, ya sea para el cuidado de hijos/as o ya sea para el cuidado de otras personas familiares que no pueden valerse por sí mismas. A los efectos que a este trabajo importan, sería preciso hacer dos matizaciones. De un lado, no estaría de más que,

con la finalidad de doblegar el sesgo de género que tiene la excedencia para cuidado de personas de la familia, estas quedasen restringidas, en atención a lo que marca el artículo 1 e) de la Directiva (UE) 2019/1158, a las consanguíneas de la persona trabajadora. La eliminación de la afinidad en esta excedencia tal vez podría contribuir, como se dijo antes, a lograr una mayor corresponsabilidad entre hombres y mujeres en este contexto. De otro lado, por lo demás, también podría extenderse la especial reserva de puesto de trabajo que aparece para las familias numerosas a las familias monoparentales habida cuenta que la situación de necesidad que subyace en el caso de las primeras (la mayor carga de responsabilidades familiares) aparece también en las segundas al ser una única persona progenitora la que se ocupa de la descendencia. Ciertamente, no se desconoce que esta previsión que aparece en el precepto estatutario ya daría cobertura a las familias monoparentales numerosas, es decir, a las formadas por una persona ascendiente y tres o más hijos/as (Goñi Sein, 2005, p. 42). No obstante, la reforma por la que se aboga iría más allá, en el sentido de extender tal derecho a la reserva de puesto incluso a las familias monoparentales formadas por una única persona ascendiente y una única descendiente. Por lo demás, sobre esta reserva de puesto, aparece en el texto estatutario una previsión a imagen y semejanza de lo que ocurre en el permiso para el cuidado de lactante³⁹ que, si bien avanza hacia la corresponsabilidad, no tiene en cuenta a las familias con una única persona progenitora, por lo que iguales críticas que a aquella deben realizarse.

Ahora bien, dejando a un lado estas disfuncionalidades que, como digo, convendría corregir, una pretendida modificación del texto legal habría de plantearse salvar ciertas deficiencias técnicas o lagunas en su texto que pueden afectar tanto a las personas progenitoras de una familia tradicional como a las de una familia monoparental. Porque, fíjese en la excedencia para el cuidado de hijos/as. Con ella, es claro que se pretende atender al cuidado y a la atención de la persona menor. Ahora bien, una pregunta surge inmediatamente habida cuenta del tenor literal de la norma: ¿cuál es la menor edad protegida por la norma? Porque el artículo 46.3 del ET nada señala al respecto en contraposición a lo que sí indica, por ejemplo, la Directiva (UE) 2019/1158 (8 años) u otras normas estatutarias que tienen idéntico o similar fin como la reducción de jornada por guarda legal o la adaptación por motivos de conciliación (12 años) o la suspensión por adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento (6 años).

Ello no obstante, cuando se trata del cuidado de un hijo/a biológico, la cuestión parece resolverse habida cuenta de la duración que la legislación le otorga a la excedencia. Esta solo podrá disfrutarse hasta los 3 años del hijo/a, ya que el *dies a quo* de inicio de la misma se sitúa en la fecha de nacimiento. Más allá de esa edad, no podría solicitarse este tipo de excedencia. Sin embargo, tal límite temporal no jugaría cuando se tratase de una persona menor adoptada o acogida, pues aquí el *dies a quo* se fija en la fecha de la resolución

³⁹ «Cuando la persona ejerza este derecho con la misma duración y régimen que el otro progenitor, la reserva de puesto de trabajo se extenderá hasta un máximo de 18 meses».

judicial o administrativa y esta no tiene por qué coincidir con el hecho del nacimiento. La edad del menor en este supuesto no va, entonces, a importar, por lo que el cuidado del menor mayor de 3 años adoptado o acogido podría generar la solicitud de la excedencia por parte de sus padres/madres o tutores/as.

Siendo este el panorama que perfila la norma, cabe plantearse, de un lado, hasta qué edad del hijo/a adoptado o acogido se podría solicitar la excedencia y, de otro, si el hijo/a biológico menor, pero mayor de 3 años, puede generar derecho a excedencia, aunque fuera la de cuidado de familiares. Y, por lo que respecta a la primera cuestión, dos son las soluciones por las que podría abogarse. Primera, entender que no existe límite de edad alguno, por lo que cualquier persona adoptada o acogida antes de llegar a su mayoría de edad podría generar derecho a la excedencia. Segunda, entender que la excedencia por cuidado de hijos/as en estos supuestos también está topada por razón de la edad de quien causa el derecho, lo que nos llevaría a otra cuestión, que es la de la determinación de esa edad. Quienes abogan por la primera opción sostienen que en caso de adopción o acogimiento no se trata tanto del cuidado y atención del menor, como de procurar su integración en un nuevo ámbito social, cultural y familiar que puede ser muy distinto al de origen (Cruz Villalón, 1999, p. 82). Y esta necesidad existe tenga la persona menor 6 años, 10 o 17. Además, y si se repara en la norma, parece que quien legisló quiso silenciar expresamente para este supuesto cualquier requisito de edad de la persona adoptada o acogida, por lo que, si pudiendo establecerlo, no se optó por ello, no cabría ahora distinguir donde la ley no lo hace. Pues bien, en mi opinión, ciertamente estos dos argumentos podrían tener el suficiente peso para estar de acuerdo con esta primera línea interpretativa, si no fuera porque, por mínimas razones de coherencia sistemática, no puede pretenderse que la excedencia por cuidado del hijo/a biológico venga topada por la edad de aquel y no cuando se trate de una excedencia por cuidado de hijo/a adoptado o acogido (López Terrada, 2012, p. 288). Idénticas razones de cuidado y protección, conciliatorias incluso, existen cuando se trata de un hijo/a biológico que cuando se trata de un hijo/a adoptado o acogido. Que con estos últimos exista, además, otro condicionante, puede admitirse, pero ello no debería servir para abogar por una interpretación de la norma por la que resulte indiferente aquí la edad de la persona menor.

El descarte, pues, de esta opción conduce irremediablemente a abogar por la segunda de las soluciones posibles: la de entender que también en estos supuestos importa la edad del hijo/a para poder acogerse a la excedencia. La cuestión estriba ahora en determinar cuál sea la edad tope del menor. Y aquí se abren, a mi modo de ver, cuatro opciones. Primera, entender que esa edad serían los 3 años, otorgándole entonces a la excedencia por cuidado de hijos/as un tratamiento unitario con independencia de la relación que una a personas causantes con beneficiarias. Segunda, aplicar los 8 años que se derivan de la Directiva (UE) 2019/1158. Tercera, entender aplicable por analogía la edad de los 6 años prevista para los casos de suspensión del contrato por adopción o acogimiento. Y cuarta, entender también aplicable por analogía la edad de los 12 años que se prevé para los casos de reducción de jornada por guarda legal y adaptación por conciliación.

Realmente existen argumentos más que suficientes para defender cualquiera de las cuatro opciones; ello no obstante, creo que lo más conveniente es entender que la edad tope del menor adoptado o acogido debe fijarse en los 12 años y ello tanto por razones de coherencia interna entre normas estatutarias con misma finalidad (Pérez del Río, 1999, p. 53), como por una mejor protección del bien jurídico tutelado por la institución de la excedencia, como, en fin, por otorgar un tratamiento unitario a las dos instituciones mediante las cuales el ordenamiento español ha plasmado la figura del permiso parental europeo, la reducción de jornada y la excedencia por cuidado de hijos/as. El asunto, no obstante, es que llevar a sus últimas consecuencias este planteamiento implica admitir que, cuando el hijo/a es biológico, los 3 años de edad de la persona menor se antojan ciertamente escasos. A mi modo de ver, desde la similitud que anuda ambos supuestos, la edad tope de los 12 años es la que también habría de mantenerse cuando de la excedencia por hijo/a biológico se trata, de tal modo que los 3 años de excedencia no deberían contarse desde la fecha del nacimiento del hijo/a, sino, más bien, desde que se cursara la solicitud a la empresa. Lo contrario resultaría un contrasentido, ya que los mismos intereses están en juego cuando el menor es hijo/a biológico que cuando es adoptado o acogido. Por ello, entiendo que la modificación normativa del artículo 46.3 del ET debería entrar también en esta cuestión y fijar los 12 años del menor como límite máximo para solicitar la excedencia, y ello con independencia de la naturaleza del vínculo de filiación que se haya constituido.

Ligado a lo anterior, cabe plantearse ahora la segunda de las cuestiones que se realizaban al comienzo de este epígrafe: si el hijo/a biológico menor, pero mayor de 3 años, puede ser tutelado por este tipo de excedencia. Si se aboga por la reformulación que antecede de la norma, no cabe duda de que este supuesto también quedaría englobado en el ámbito de protección normativa. No obstante, hasta que ello no ocurra, la interpretación literal del precepto impide solicitar una excedencia por cuidado de hijos/as para atender al menor mayor de 3 años. Cerrada, pues, esa vía, cabe preguntarse si sería posible abogar por una interpretación según la cual el cuidado de esa persona menor quedase amparado por la vía de la excedencia por cuidado de familiares. Ciertamente aquí la letra de la norma deja margen a la interpretación. Porque si se parte de la base de que el supuesto de hecho de esta excedencia es la asistencia a personas necesitadas de atención, no puede más que concluirse que un menor mayor de 3 años es una persona de la familia que, por razón de su edad, no puede valerse por sí misma y requiere de la vigilancia y cuidado de otra persona (Gil Plana, 2017, pp. 239-240). Desde esta perspectiva, obsérvese, además, que excedencia por cuidado de hijos/as y excedencia por cuidado de familiares podrían disfrutarse sucesivamente, pues, cuando concluyera la primera, nada impediría a las personas progenitoras solicitar la segunda para continuar con la atención del menor. Pero esta sería una interpretación. La segunda supondría entender, en consonancia con la exposición de motivos de la Ley 39/1999, que la excedencia por razones familiares está pensada básicamente para personas de la familia mayores y enfermas, que no pueden valerse por sí mismas ni desempeñan actividad retribuida alguna. El cuidado del hijo/a menor pero mayor de 3 años solo tendría cabida aquí si estuviera enfermo, accidentado o discapacitado. Pero, no siendo

el caso, su atención a través de la excedencia debe entenderse regulada por el párrafo primero del artículo 46.3 del ET⁴⁰.

Desde luego, una interpretación lógica de la norma, que busque los motivos de quien ha legislado para instaurar este tipo de excedencia, implica sostener que la segunda de las opciones aquí planteadas es la correcta. Lo que supone afirmar la separación jurídica entre las dos excedencias, pues una y otra tendrían una finalidad clara (una para el cuidado de hijos/as, otra para familiares dependientes por razón de edad, enfermedad o accidente) y resultarían recíprocamente excluyentes. Ello no obstante, y a mi modo de ver, la finalidad de la institución, de la excedencia en su conjunto, y la mejor tutela del bien jurídico protegido conducen a pensar que debe trascenderse de esa interpretación lógica para afirmar sin ambages que la menor edad de los hijos/as hasta el momento en que estos puedan ser autosuficientes puede protegerse también a través de la excedencia por cuidado de familiares. A mayor abundamiento, incluso esta opción debe mantenerse por propia reducción al absurdo: exigir la condición invalidante de enfermedad, accidente o discapacidad para la concesión de excedencia para el cuidado de ese hijo/a sería incoherente, pues supondría, en una interpretación *a sensu contrario*, que, no existiendo tal enfermedad, la persona menor podría valerse por sí misma, cuando es evidente que no tendría esa capacidad y autonomía precisamente por su edad.

Por lo tanto, y a mi juicio, visto el asunto desde la óptica de la protección y el cuidado de la persona menor y de los intereses conciliatorios en juego que, de igual forma pueden tener los miembros de una familia tradicional como los de una familia monoparental, la formulación del segundo párrafo del artículo 46.3 del ET resulta ser desafortunada, algo que, por lo demás, es tónica frecuente de la institución de la excedencia por cuidado de familiares en su conjunto, no solo en este concreto punto. De esta forma, son frecuentes las voces que critican la redacción del precepto por lo que se refiere al grado de parentesco requerido, a las personas causantes (fijese que la norma no alude a los hijos/as adoptados), a la exigencia de no desempeñar actividad retribuida y a las menores garantías, laborales y de Seguridad Social, que otorga esta excedencia frente a la de cuidado de hijos/as (Rodríguez Escanciano, 2007, pp. 871-874). Por eso, desde aquí también se aboga por que una futura reforma del artículo 46.3 del ET trate de forma conjunta ambos supuestos de excedencia, que no diferencie entre cuidado de hijos/as y cuidado de otros familiares, que no otorgue un trato de favor a uno frente al otro como si se pudieran establecer grados distintos de importancia según se cuide a uno u otro sujeto y que tope la edad de la persona menor protegida en –como se ha dicho– los 12 años.

⁴⁰ SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de junio (rec. 218/2017) y de 4 de mayo de 2018 (rec. 133/2017) y de 2 de octubre de 2017 (rec. 186/2017); Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de noviembre de 2017 (proc. núm. 290/2017); y SSTSJ de Castilla y León (Burgos) de 18 de noviembre (rec. 666/2015) y de 23 de octubre de 2015 (rec. 649/2015), entre otras.

4. A modo de conclusiones

Tras las reflexiones y propuestas de revisión crítica que se han realizado desde este trabajo, es evidente que se hace necesaria una reforma más eficiente de los derechos de conciliación y del permiso por matrimonio que tenga en cuenta la protección de ciertas situaciones de necesidad generadas por los nuevos modelos de familia. Y más aún en una época como esta, de crisis sanitaria y económica, que ha hecho saltar las costuras de un derecho que, a decir verdad, nunca ha estado bien atado o perfilado. Los recientes modelos normativos de reducción de jornada y adaptación por conciliación que ha introducido el Real Decreto-Ley 8/2020, si bien basados en circunstancias muy extraordinarias, han evidenciado que otro modo de legislar es posible, uno en el que se tengan más en cuenta las necesidades conciliatorias de las familias. Por lo que aquí se aboga es por continuar en esa senda y por introducir medidas legislativas que dispensen la adecuada protección a otras estructuras familiares, no únicamente o de modo preferente a las tradicionales. Máxime teniendo en cuenta que, como ya se ha indicado, el peso porcentual sobre el total de los hogares de las familias monoparentales, por centrarme ahora en ellas, es de más entidad que el de otros colectivos que, aun no alcanzando ni un 1 % sobre el total, resulta que se les dispensa una mayor atención por parte del sistema. También, pues, desde este punto de vista estadístico, urge estudiar la posibilidad de reforzar los derechos que en este trabajo se han estudiado, apostando por otros modelos normativos más adecuados a la compleja realidad social en la que vivimos.

Referencias bibliográficas

- Ballester Pastor, María Amparo. (2019). El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 146, 13-40.
- Blasco Jover, Carolina. (2019). La nueva configuración del permiso por lactancia y del derecho a la adaptación de jornada tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2(7), 46-73.
- Cruz Villalón, Jesús. (1999). El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado. (Comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras). *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, n.º extraordinario 1*, 71-104.
- Gil Plana, Juan. (2017). La excedencia para el cuidado de hijos o familiares: puntos críticos. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 133, 223-267.

- Goñi Sein, José Luis. (2005). La familia monoparental: ausencia de atención política y legislativa y su impacto sobre la situación sociolaboral de la mujer. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 82, 11-46.
- Iglesias de Ussel, Julio. (1998). *La familia y el cambio político en España*. Tecnos.
- López Terrada, Eva. (2012). Corresponsabilidad y permisos parentales: la menor edad protegida por el ordenamiento español. En Marta Fernández Prieto y Jaime Cabeza Pereiro (Coords.), *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo* (279-296). Bomarzo.
- Lousada Arochena, José Fernando. (2011). Derechos vinculados al cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave. *Actualidad Laboral*, 8, 2.
- Molina Navarrete, Cristóbal. (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.
- Pérez del Río, María Teresa. (1999). La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales: temas de debate. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 52, 39-68.
- Requena Montes, Óscar. (2018). La prestación de maternidad por adopción del hijo del cónyuge o pareja: preludio de un segundo permiso parental en el supuesto de familias monoparentales. En *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral: II Congreso Internacional y XV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Vol. 1* (pp. 655-670). Laborum.
- Rodríguez Escanciano, Susana. (2007). La excedencia por razones familiares: una realidad jurídica necesitada de mayor protección social. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 11, 855-884.

Intimidad y protección de datos como derechos vertebradores en el uso de dispositivos de videovigilancia en el lugar de trabajo

Francisco A. González Díaz

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Murcia*

Extracto

En la relación laboral es innegable la tensión conceptual entre privacidad y seguridad, lo que justifica que el presente trabajo analice el contexto jurídico en el que una empresa debe implantar los sistemas de videovigilancia de modo que se respeten los derechos a la intimidad y protección de datos de la persona trabajadora. En este contexto resulta fundamental aterrizar en los preceptos de la Constitución española, el Estatuto de los Trabajadores y la Ley orgánica de protección de datos y garantía de derechos digitales que tienen impacto y pueden amparar la videovigilancia encubierta como sistema específico de control de la actividad laboral.

Igualmente, y sobre todo teniendo en cuenta la disparidad –y evolución– de criterios judiciales sobre la materia, se analiza la doctrina del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos en supuestos de videovigilancia encubierta. El estudio de la doctrina sentada por estos tribunales nos lleva a elaborar unas conclusiones que se enmarcan en legitimar el tratamiento de datos de la persona trabajadora como búsqueda de una mejora y eficiencia empresarial alejándose de un método de control injustificado e intrusivo en la vida privada de dicha persona.

Palabras clave: videovigilancia; intimidad; protección de datos; consentimiento; información.

Fecha de entrada: 17-06-2020 / Fecha de revisión: 15-07-2020 / Fecha de aceptación: 16-07-2020

Cómo citar: González Díaz, Francisco A. (2020). Intimidad y protección de datos como derechos vertebradores en el uso de dispositivos de videovigilancia en el lugar de trabajo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 451, 149-184.



Privacy and data protection as fundamental rights in the use of surveillance systems in the workplace

Francisco A. González Díaz

Abstract

In labor relations, the conceptual tension between privacy and security is undeniable. That is why this work analyzes the legal context in which an employer must implement video surveillance systems in the company in a way that the rights to privacy and protection of worker data are guaranteed. In this context, it is essential to take into account the precepts of the Spanish Constitution, the Statute of Workers and the Organic Law on Data Protection and Guarantee of Digital Rights. All of them have an impact and can protect covert video surveillance as a specific system of control of labor activity.

Likewise, and especially taking into account the disparity –and evolution– of judicial criteria on the matter, the doctrine of the Constitutional Court, Supreme Court and European Court of Human Rights is analyzed in cases of covert video surveillance. The study of the doctrine established by these courts leads us to draw up conclusions that are framed in legitimizing the treatment of worker data as a search for business improvement and efficiency, staying away from an unjustified and intrusive method of control in the worker's private life.

Keywords: video surveillance; privacy; data protection; consent; information.

Citation: González Díaz, Francisco A. (2020). Privacy and data protection as fundamental rights in the use of surveillance systems in the workplace. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 451, 149-184.





Sumario

1. Introducción
2. El control de la videovigilancia y grabación de sonidos en la nueva LOPDGDD
3. El control de la videovigilancia y grabación de sonidos en el ET
4. El control de la videovigilancia y grabación de sonidos en la AEPD
5. Legitimidad en el tratamiento de datos obtenidos a través de sistemas de videovigilancia
6. Enfoque del TC sobre la consideración de los datos proporcionados a través de sistema de vigilancia
7. Aplicación de la doctrina constitucional por el TS
8. La doctrina del TEDH sobre el control de las personas trabajadoras mediante sistemas de videovigilancia
9. Conclusiones
 - 9.1. Licitud de la prueba
 - 9.2. Consentimiento
 - 9.3. Información
 - 9.4. Otras cuestiones

Referencias bibliográficas

Nota: estudio realizado en el marco del proyecto de investigación 20976/PI/18 titulado «El impacto de la Industria 4.0 en el trabajo: una visión interdisciplinar», financiado por la Fundación Séneca (Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia).

1. Introducción

Es bien conocido que la irrupción exponencial de sistemas de vigilancia en lugares públicos ha condicionado el comportamiento de la ciudadanía en estos espacios. Del mismo modo, una vigilancia de las personas trabajadoras modifica actitudes tan saludables como son las derivadas del ejercicio de sus derechos fundamentales (por ejemplo, reunión); presionando coercitivamente sobre los comportamientos de las personas trabajadoras y dificultando la detección de conductas empresariales anómalas. Sistemas de videovigilancia cada vez más frecuentes en el contexto de la relación laboral fruto del aumento de nuevas tecnologías que junto al bajo coste de su implementación han llevado a un nuevo escenario en el ejercicio del poder empresarial de vigilancia y control (art. 20 Estatuto de los Trabajadores –ET–) y a un marco en donde los riesgos de desprotección de las relaciones laborales crecen a medida que las nuevas tecnologías de la información y comunicación se apoderan de todas las facetas de nuestra vida (Molina Navarrete, 2018, p. 125).

De hecho, las nuevas tecnologías y los nuevos modelos de organización de la empresa, en opinión de Molina Navarrete y Olarte Encabo (1999):

[...] amplían extraordinariamente las diferentes prerrogativas empresariales de dirección y reintroducen el principio de autoridad en las relaciones laborales, por lo que la tutela o protección de los derechos de la persona del trabajador, en particular los derechos de libertad, privacidad y dignidad adquieren una renovada actualidad (p. 359),

en tanto que, no puede negarse el interés de la empresa en realizar un control de la utilización de las nuevas tecnologías por parte de las personas empleadas (Fernández Villazón, 2003, p. 136).

Sin embargo, este nuevo contexto obliga a que la empresa que opte por sistemas de videovigilancia configure una política de control de datos de manera que las personas trabajadoras puedan ser conscientes de la existencia y las consecuencias del control desarrollado, ya que este tipo de control presenta una muy intensa capacidad invasiva de la persona trabajadora con clara posibilidad de intromisión en su vertiente personal (Cruz Villalón, 2019, p. 16).

En este contexto, la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), tiene como eje común la

protección de las personas físicas dentro del marco constitucional en cuestiones relacionadas con el tratamiento de datos donde el propio artículo 18.4 de la Constitución española (CE) reconoce que la «ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos».

Reconocimiento que ha llevado al Tribunal Constitucional (TC) a señalar que la llamada libertad informática supone el derecho a controlar el uso de los datos insertos en un programa informático y alcanza la oposición de la ciudadanía a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención¹. Por tanto, es necesario proteger los derechos de las personas frente al uso ilegítimo de la informática (Fernández Villazón, 1996).

Por ello, un sistema normativo que, autorizando la recogida de datos incluso con fines legítimos, no incluya garantías adecuadas frente a su uso potencialmente invasor de la vida privada de la ciudadanía vulneraría el derecho a la intimidad². De modo que, el uso de datos suministrados a través de medios informatizados más allá de lo legalmente autorizado constituiría un grave atentado a los derechos fundamentales de la persona³.

Todo lo anterior justifica que el artículo 18.4 de la CE no solo se ensalza como instrumento de protección de los derechos de la ciudadanía frente al uso malintencionado de la tecnología informática, sino que consagra un derecho fundamental que se traduce en el control de flujos de informaciones que conciernen a cada persona, tratando de evitar que la informatización-automatización de los datos personales ampare comportamientos discriminatorios⁴.

Con base en lo anterior, el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no abarca, exclusivamente, datos íntimos de la persona, sino cualquier tipo de dato, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o uso por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es solo la intimidad individual, protegida en virtud del artículo 18.1 de la CE, sino los datos de carácter personal⁵.

Con esta idea, aunque la LOPDGDD dedica su cuerpo normativo, de forma mayoritaria y del mismo modo que 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 y por el que se

¹ Sentencia del TC (STC) 254/1993, de 20 de julio (FJ 7.º).

² STC 143/1994, de 9 de mayo (FJ 7.º).

³ Auto del TC 642/1996, de 23 de julio (FJ 3.º).

⁴ STC 94/1998, de 4 de mayo (FJ 6.º), que reconoce la utilización de un dato sensible que había sido proporcionado con una determinada finalidad, para otra radicalmente distinta.

⁵ STC 292/2000, de 30 de noviembre (FJ 6.º).

deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos –RGPD–), a cuestiones relacionadas con la protección de datos, transparencia, tratamientos específicos de datos; encontramos desde el punto de vista laboral, entre los diferentes derechos de la era digital, el derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo.

Ciertamente, este derecho encuentra su acomodo en la LOPDGDD en cuanto a que las imágenes no hacen más que transmitir unos datos. Por su parte, el artículo 4, apartado 1, del RGPD define «datos personales» como toda información sobre una persona física identificada o identificable, considerándose:

[...] 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.

Junto a la anterior definición, resulta importante señalar que, por «tratamiento», según el artículo 4, apartado 2, debe entenderse «cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no». Por ello, de acuerdo con esta definición, la captación, y en su caso la grabación, de imágenes de personas constituye un tratamiento de datos personales incluido en el ámbito de aplicación de la normativa del RGPD⁶.

Además, como nos recuerda la AEPD, la imagen de una persona es un dato personal y su tratamiento derivado de la captación, y, en su caso, la grabación, ha de ajustarse a la normativa sobre protección de datos de carácter personal⁷. Datos que requieren de una especial protección por la sensibilidad de que recogen la imagen de la persona trabajadora.

Quizá sea el momento de dejar definido que un sistema de videovigilancia comporta la captación de imágenes y sonidos que permiten su posterior tratamiento, ya sea mediante la reproducción, visualización o almacenamiento por tiempo determinado. Es, precisamente, este hecho sobre lo que se construye la idea de que estos sistemas no deben ser incorporados en el contexto de la relación laboral de forma genérica y arbitraria, sino respondiendo a una finalidad concreta y justificada que ponga por delante el derecho de las personas trabajadoras al respeto a su intimidad y dignidad; no obstante, como indica la profesora Gude Fernández (2015), esto se traduce en «la existencia de una cierta tensión conceptual entre privacidad y seguridad en el contexto laboral». En este contexto, la

⁶ Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Informe jurídico 2016-0278, de 23 de diciembre, p. 2.

⁷ AEPD, Informe jurídico 2017-0186, de 28 de noviembre.

AEPD determina que los sistemas de videovigilancia suponen un tratamiento de datos de carácter personal⁸.

A través de este trabajo se pretende destacar los aspectos más relevantes que tras la entrada en vigor de la LOPDGDD y el RGPD han modificado la legislación española con relación a los derechos de las personas trabajadoras en materia de videovigilancia. Al mismo tiempo, se realiza un análisis de las sentencias más relevantes del TC y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre la interpretación de estas normas. Finalmente, el estudio se enriquece con la aportación de la doctrinal judicial emanada de nuestro Tribunal Supremo (TS).

2. El control de la videovigilancia y grabación de sonidos en la nueva LOPDGDD

La LOPDGDD regula en dos importantes artículos la protección que debe concederse a los datos obtenidos a través de la videovigilancia. Podríamos afirmar que nos encontramos ante dos medidas de protección distintas, pero complementarias. Una, más genérica en tanto que abarca a la persona responsable del fichero con independencia de que lo tratado sean datos con incidencia dentro de la relación laboral o no (art. 22 LOPDGDD). Y otra, más específica y dirigida, en esta ocasión, a la persona trabajadora cuyos datos se tratan, donde se pretende proteger uno de sus derechos fundamentales como es el derecho a su intimidad (art. 89 LOPDGDD). En opinión de Altés Tárrega (2020), los artículos 22 y 89 de la LOPDGDD junto con los artículos 20 y 20 bis del ET forman dos parejas de preceptos «cuyo alcance no está tan claro como *a priori* podría parecer».

En este sentido, el artículo 22 de la LOPDGDD autoriza a que las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, puedan gestionar el tratamiento de imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videovigilancia con el objeto de preservar la seguridad de las personas y bienes, así como de sus instalaciones, sometiéndolas a una serie de requisitos, a saber:

- Una vez obtenidas estas imágenes, la persona propietaria de las mismas deberá proceder al borrado de los datos en el plazo de 1 mes desde su obtención.
- Este plazo no se tendrá en cuenta cuando de los datos obtenidos se desprenda la comisión de actos que atenten contra la integridad de personas, bienes o instalaciones, en cuyo caso, se pondrán a disposición de la autoridad competente en un plazo de 72 horas desde que se tuviera conocimiento de la existencia de la grabación.

⁸ AEPD, Informe jurídico 2017-0139, de 14 de septiembre.

- Información a la persona interesada que se contiene en los artículos 13 y 14 del RGPD y previendo el artículo 12 de la misma norma que esta obligación se entenderá cumplida, en relación con la videovigilancia, cuando se transmita mediante la «combinación de iconos normalizados que permitan proporcionar de forma fácilmente visible, inteligible y claramente legible una adecuada visión de conjunto del tratamiento previsto».

A partir de lo regulado, a nivel general, por toda aquella persona que tenga la responsabilidad del tratamiento de datos obtenidos por videovigilancia, debemos centrarnos en la posibilidad de que estos datos se obtengan dentro del marco de una relación laboral, ya sea en el ámbito privado (personas trabajadoras por cuenta ajena) o público (personas empleadas públicas).

En este caso, la protección tiende a garantizar el derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo y, concretamente, se dirige al tratamiento que de los datos pueda realizar la empresa. El punto de partida de la garantía de protección de la intimidad de la persona trabajadora obliga a que la empresa realice este tratamiento con la única finalidad de control de la actividad laboral. A partir de esa premisa, para el tratamiento de los datos se establecen una serie de exigencias:

- Información, con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a las personas trabajadoras o empleadas públicas y, en su caso, a su representación, acerca de esta medida. En este sentido, los profesores Desdentado Bonete y Muñoz Ruiz (2014) señalan que: «no debe confundirse la esfera de protección del art. 18.4 CE (el derecho fundamental a la protección de datos) con la garantía del deber de información a los representantes de los trabajadores sobre la implantación de sistemas de control del trabajo».

Resulta interesante reflejar la enmienda número 13 (de modificación) del grupo parlamentario confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-En Marea, que proponía que «la instalación de cámaras de videovigilancia o de cualquier dispositivo que permita la captación de imágenes de los trabajadores» requiriera «siempre y sin excepción alguna que el empresario informe previamente de manera expresa, precisa, clara e inequívoca a los interesados y a sus representantes sobre la existencia, localización y características particulares de dichos sistemas»⁹.

⁹ BOCG. Congreso de los Diputados número A-13-3 de 18 de abril de 2018. Entiende el grupo parlamentario que la no aceptación de su enmienda supone una grave regresión en relación con la protección de los derechos de las personas trabajadoras apartándose, además, de la doctrina establecida por el TEDH en el caso López Ribalda (p. 13). Además, la admisión de esta enmienda supondrá, en palabras del grupo parlamentario mencionado, el fin a una configuración de los derechos fundamentales en la relación laboral, utilizada por el TC y muchas decisiones del orden social, en donde la intimidad y la vida privada se sacrificaban ante la existencia de un interés empresarial contrapuesto cuando se consideraba la medida idónea, necesaria y proporcionada (p. 15).

- Cuando la captación refleje la comisión flagrante de un acto ilícito por las personas trabajadoras y empleadas públicas, el deber de información se entenderá cumplido cuando exista un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible en el que se identifique que se realizará tratamiento de las imágenes, la identidad de la persona responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del RGPD, principalmente, de acceso, rectificación, limitación, del tratamiento y supresión. Con objeto de aligerar el contenido del dispositivo, el artículo 22.4 de la LOPDGDD permite que se incorpore al propio dispositivo un código de conexión o dirección de internet que redirija a la información contenida en el RGPD.
- No admisión de instalación de sistemas de grabación de sonidos ni videovigilancia en los lugares destinados al descanso o esparcimiento de las personas trabajadoras. El artículo 89.2 de la LOPDGDD, a título ejemplificativo, señala vestuarios, aseos y comedores.
- Con carácter específico para la grabación de sonido, cualquier sistema utilizado, incluidos el sistema de cámara o videovigilancia, se admitirá 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. Se aplicarán las limitaciones previstas para las videoconferencias con especial referencia a los principios de proporcionalidad e intervención mínima. Esto incluye la supresión de los sonidos conservados en el plazo de 1 mes desde su obtención.

3. El control de la videovigilancia y grabación de sonidos en el ET

En el contexto de la relación laboral, la titularidad del poder de dirección queda atribuida a la empresa, que define los límites de la prestación laboral y tiene su principal derivada en el ejercicio del poder disciplinario y sancionador respecto a las personas trabajadoras que no operen con la diligencia debida y con la colaboración ordinaria, entendiéndose que la prestación laboral debe regirse por la buena fe.

Para la labor de comprobación de la prestación laboral, bajo los parámetros expuestos en el párrafo anterior, resulta fundamental el artículo 20.3 del ET, que constituye el soporte legal de las facultades de fiscalización de la empresa (García-Perrote Escartín y Mercader Uguina, 2017, p. 8) y autoriza a la empresa a adoptar las medidas más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento de las obligaciones y los deberes legales de las personas trabajadoras, de modo que la tutela de la intimidad se convierte en algo sacrificable en aras de permitir que la empresa pueda verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales de la persona trabajadora (Goñi Sein, 2017, p. 20), generando no obstante una gran conflictividad (Molina Navarrete, 2019, p. 233).

Precisamente, entre esos medios de control se encuentra la videovigilancia (art. 20 bis ET), que autoriza a las personas empleadoras, en el marco de la LOPDGDD, así como cualquier otra legislación vigente, a realizar el tratamiento de las imágenes obtenidas a través de los sistemas de cámaras, con la limitación del respeto al derecho a la intimidad; lo que va a tener su aplicación práctica en el requisito de información a las personas trabajadoras y su representación, tal y como hemos señalado anteriormente, de manera previa y de forma expresa.

Lo anterior nos lleva a mantener que nuestro derecho, principalmente LOPDGDD y ET, permite el tratamiento de datos de las personas trabajadoras obtenidos por las cámaras de grabación bajo unos parámetros muy definidos, si bien el requisito de la información a las personas trabajadoras es susceptible de interpretaciones diversas; para unos se trata de una información muy genérica y para otros la información ha de ser clara y precisa.

En cualquier caso, este derecho de la empresa se condiciona a un ejercicio regular del mismo donde el límite de su actuación deriva del respeto a los derechos fundamentales y la dignidad de la persona trabajadora.

4. El control de la videovigilancia y grabación de sonidos en la AEPD

El Grupo de Trabajo del artículo 29, en su Dictamen 4/2004, referente al tratamiento de datos personales mediante videovigilancia, señaló que «se tomarán las medidas adecuadas para garantizar que la vigilancia por videocámara cumple los principios de la protección de datos, y se evitarán las referencias inadecuadas a la intimidad»¹⁰.

Bajo esta premisa, la AEPD ha entendido que el artículo 20.3 del ET legitima a la persona empleadora para tratar las imágenes de las personas trabajadoras en el ámbito laboral con carácter general en la medida en que se cumplan todos los requisitos impuestos por la normativa de protección de datos¹¹, sin que esto implique que en el ámbito laboral tenga cabida cualquier tratamiento de datos para el control empresarial del cumplimiento de los deberes laborales de la persona trabajadora. Por tanto, la aplicación del artículo 20.3 del ET no legitima por sí sola el tratamiento de las imágenes, aun cuando sea posible sin

¹⁰ El Grupo de Trabajo del artículo 29 era el órgano consultivo independiente de la Unión Europea cuya creación se sostiene en el propio artículo 29 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. Su labor se ha centrado en la protección de los datos y la vida privada y ha estado funcionando hasta el 25 de mayo de 2018, fecha de entrada en vigor del RGPD.

¹¹ AEPD, Informe jurídico 2014-0475, de 25 de noviembre, pp. 3 y 4.

contar con el consentimiento de la persona trabajadora siempre que haya sido debidamente informada de la existencia de sistemas de videovigilancia¹².

En este contexto, la AEPD, una vez que considera que el artículo 20.3 del ET es medio adecuado para el control de la actividad de la persona trabajadora, establece que estos sistemas de videovigilancia solo se adoptarán cuando se aprecie una relación de proporcionalidad entre la finalidad perseguida y el modo en el que se tratan las imágenes, en tanto no se contemple otra medida más idónea. Y una vez razonada la proporcionalidad, se tendrá en cuenta el derecho a la intimidad y a la propia imagen de las personas trabajadoras. De esta forma se dotará a los sistemas de vigilancia de la legitimidad necesaria.

Además, la AEPD, en las Fichas prácticas de videovigilancia VI, menciona los aspectos más importantes a tener en cuenta.

El primero de ellos alude al establecimiento del Registro de Actividades de Tratamiento. La puesta en funcionamiento de estos sistemas exige que, de manera previa, se elabore como documento interno un registro de actividades de ese tratamiento.

Con respecto al derecho de información, la AEPD exige la necesidad de información en todos los casos de la existencia de un sistema de videovigilancia. Esto obliga a la colocación de cartelera suficientemente visible en los accesos a las zonas sometidas a videovigilancia con una serie de información: identidad de la persona responsable de la instalación, a quién y a dónde dirigirse tanto para ejercer los derechos contemplados en la normativa de protección de datos, como para obtener más información relativa al tratamiento de los datos personales.

Esta información debe proporcionarse de manera personal a las personas trabajadoras y su representación, por cualquier medio que garantice su recepción.

Una vez informadas las personas trabajadoras o su representación, las cámaras solo captarán imágenes de los espacios indispensables para el control laboral, evitándose su ubicación en las zonas de vestuarios, baños y espacios de descanso de las personas trabajadoras. En el caso de utilización de cámaras orientables o *zoom*, con objeto de evitar captar imágenes de la vía pública, viviendas o cualquier otro espacio ajeno, será necesaria la instalación de máscaras de privacidad. En ningún caso, se registrarán conversaciones privadas.

Especial atención merecen las cuestiones relacionadas con el propio sistema de grabación y la visualización de las imágenes. En este contexto, la AEPD establece como ajustado a derecho un sistema de grabación, en un espacio de acceso restringido, en donde solo

¹² AEPD, Informe jurídico 2009-0495, de 27 de octubre, pp. 3 y 4.

acceda a las imágenes el personal autorizado¹³. El periodo de conservación será de como máximo 1 mes. Sin embargo, respecto a las imágenes sobre las que se basen posteriores denuncias o infracciones deberán acompañarse a la denuncia y conservarse para ser entregadas a las fuerzas o cuerpos de seguridad. Igualmente, las imágenes se pondrán a disposición, cuando así sea requerido, de los juzgados y tribunales que lo soliciten. Como garantía añadida a la protección de tratamiento de los datos obtenidos por los sistemas de videovigilancia, la petición de imágenes a las que estamos haciendo referencia se realizará siempre en el marco de actuaciones policiales o judiciales.

En definitiva, la AEPD da validez jurídica al tratamiento de datos proporcionados a través de sistemas de videovigilancia bajo las premisas de legitimidad (interés legítimo) e información. Cuestiones que se abordarán en los epígrafes siguientes de acuerdo a la doctrina de los tribunales internacionales y españoles.

5. Legitimidad en el tratamiento de datos obtenidos a través de sistemas de videovigilancia

El tratamiento de los datos de las personas trabajadoras obtenidos por videovigilancia sin límites comporta que el interés legítimo de la empresa en estos datos se aleje de la búsqueda de una mejora y eficiencia empresarial y se acerque a un modo de control injustificado e intrusivo en la vida privada de la persona trabajadora.

Resulta importante determinar que los sistemas de videovigilancia cuya finalidad sea el control empresarial encuentran amparo jurídico en la medida en que se aprecie proporcionalidad entre la finalidad perseguida y el modo en el que se tratan las imágenes, y siempre teniendo en cuenta que no existan otras medidas más idóneas. En definitiva, la videovigilancia debe realizarse en tanto sea proporcional.

La consecuencia práctica de apreciarse la legitimidad de la medida no es baladí, puesto que excepcionaría la necesidad de consentimiento de la persona interesada, siempre y cuando en un ejercicio de ponderación entre el «interés legítimo y los derechos fundamentales de los afectados prevalezca el primero sobre el segundo»¹⁴. Por ello, es necesario aplicar la regla de proporcionalidad que valorará en cada caso concreto si prevalece un interés legítimo por parte de la persona responsable del tratamiento o prevalecen los derechos fundamentales de las personas interesadas a las que se refiera el tratamiento.

¹³ Este requisito obliga a que, si el acceso se realiza con conexión a internet, deberá contar con un código de usuario y una contraseña puestos a disposición de las personas autorizadas para acceder a dichas imágenes que deberán cambiarse una vez instalado el sistema y no ser fácilmente deducibles.

¹⁴ AEPD, Informe jurídico 2016-0278, de 23 de diciembre, p. 6.

Como punto de partida debemos situarnos ante el considerando 47 del RGPD, que establece que el interés legítimo de una persona responsable del tratamiento o una tercera persona puede ser base jurídica suficiente para realizar el tratamiento de datos, en tanto no se sitúen en un plano de protección mayor los intereses o los derechos y libertades de la persona interesada, «teniendo en cuenta las expectativas razonables de los interesados basadas en su relación con el responsable».

Este interés legítimo, continúa señalando el considerando 47 del RGPD, requiere de una evaluación meticulosa con independencia de que la persona interesada pueda prever de forma razonable que se vaya a efectuar una recogida y tratamiento de sus datos. Y, concretamente, los intereses y derechos de la persona interesada pueden anteponerse a los de la persona responsable del tratamiento cuando los datos personales tratados se hubieran producido, de manera posterior, en circunstancias no esperadas razonablemente por la persona interesada.

De manera más específica, el artículo 6.1 f) del RGPD justifica la licitud de un tratamiento de datos tras un proceso de valoración entre la satisfacción de los intereses legítimos perseguidos por la persona responsable del tratamiento y los intereses o los derechos y libertades fundamentales de la persona interesada; de tal forma que la licitud dependerá de que el interés de la persona responsable del tratamiento prevalezca sobre el interés del sujeto tratado.

Por tanto, el primer paso para justificar la legitimidad de un tratamiento, en el contexto de la relación laboral, pasa por el análisis de estos requisitos:

- Relación de subordinación, en este caso de la persona trabajadora frente a la empresa.
- Evaluación meticulosa, sometida al examen de la proporcionalidad de la medida.
- Prevalencia al derecho de la persona trabajadora frente al interés de la empresa en tanto el tratamiento realizado sobre los datos no fuera el esperado por la persona trabajadora.

En cualquier caso, la invocación del interés legítimo para justificar la implantación de un sistema de videovigilancia aconseja la existencia de medidas específicas de mitigación, con el fin de realizar una adecuada ponderación entre el interés de la empresa y los derechos y libertades fundamentales de la persona trabajadora (Grupo de Trabajo del artículo 29, 2017, p. 8).

Aterrizando en nuestra norma interna, la LOPDGDD, respecto a la videovigilancia, señala la existencia de una presunción *iuris tantum* del interés legítimo de la empresa en la medida en que se ponderen una serie de requisitos, lo que no supone carta blanca alguna a la

empresa para establecer estos sistemas de vigilancia por cuanto se apreciará la ilicitud del tratamiento de los datos obtenidos por estos sistemas si no cumplen estrictamente con la legislación establecida.

Este interés legítimo se establece claramente en la LOPDGDD, dentro del título IV (art. 22), respecto a tratamientos concretos como la videovigilancia. Sería discutible si esta base legitimadora, es decir, el interés legítimo que autoriza el tratamiento, resulta extrapolable a los derechos digitales del título IX, y, concretamente, al artículo 89, «Derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y grabación de sonidos en el lugar de trabajo».

En este sentido, debemos afirmar que tanto el artículo 22 como el 89 de la LOPDGDD elevan a la máxima protección el tratamiento de una serie de datos que afecta directa, o indirectamente, a la intimidad, por tanto, debe extenderse el interés legítimo que justifica el tratamiento en el artículo 22 de la LOPDGDD al artículo 89, y la empresa se encuentra obligada a realizar una ponderación con carácter previo al tratamiento que desee realizar de los datos obtenidos de las personas trabajadoras a través de dispositivos de videovigilancia. Solo esta forma de actuación empresarial –ponderación y proporcionalidad– servirá de base jurídica y legal para que la empresa pueda demostrar una base legitimadora en el tratamiento de estos datos.

Tras realizar esta equiparación, no cabe duda de que el interés legítimo de la empresa puede invocarse como justificación jurídica del tratamiento en cuanto persiga un fin legítimo y cumpla con el principio de proporcionalidad.

Esta prueba de proporcionalidad constituye el primer paso con carácter previo a la instalación de cualquier sistema de videovigilancia con objeto de determinar la necesidad de los datos y la subordinación del derecho a la intimidad a los intereses generales de la empresa. De tal modo que, como señala la AEPD, cualquier medida que se adopte debe superar el juicio de proporcionalidad, lo que nos conducirá a entender que nos encontramos frente a una medida adecuada, necesaria y equilibrada. En caso contrario, debe considerarse desproporcionada y, en consecuencia, contraria a la normativa de protección de datos¹⁵.

Y, de manera específica, respecto a la instalación de sistemas de videovigilancia, el respeto al principio de la proporcionalidad se basa, fundamentalmente, en el análisis de la existencia de otros medios menos intrusivos de vigilancia de la prestación laboral de las personas trabajadoras con el fin de evitar ataques injustificados a los derechos y libertades fundamentales de las mismas.

¹⁵ AEPD, Informe jurídico 2017-0186, de 28 de noviembre, pp. 2 y 3.

6. Enfoque del TC sobre la consideración de los datos proporcionados a través de sistema de vigilancia

El TC ha dedicado varias sentencias a distinguir entre derecho a la intimidad versus derecho a la protección de datos. Esta distinción es fundamental en cuanto a que, dependiendo del enfoque que se le aplique a un caso concreto, los parámetros de proporcionalidad pueden resultar afectados.

El TC considera que el derecho fundamental a la intimidad protege a la persona trabajadora de cualquier invasión que puede realizarse en su vida privada, estableciéndose un ámbito reservado de su vida frente a la acción y conocimiento de terceras personas, de modo que le garantiza un poder jurídico sobre la información relativa a su persona, estando los poderes públicos obligados a adoptar cuantas medidas fueran necesarias para hacer efectivo ese poder de disposición. No obstante, lo que garantiza el artículo 18.1 de la CE no es la intimidad sin más, sino el derecho a poseerla, lo que obligará a establecer unos límites, pero con un minucioso respeto del contenido esencial de este derecho¹⁶.

Frente a este derecho a la intimidad, el derecho a la protección de datos se construye sobre el derecho de la persona trabajadora de asegurar un poder de control sobre sus datos personales, su obtención y tratamiento, con objeto de no permitir su tráfico. Este control se escapa en la medida en que la persona trabajadora desconozca los datos que se poseen, quién los posee y con qué fin.

Por ello, el TC reconoce que el objeto del derecho a la protección de datos es más amplio que el del derecho a la intimidad, ya que no se limita a lo constitucionalmente protegido por el artículo 18.1 de la CE, sino que responde a un conjunto de bienes jurídicamente protegidos, sean o no constitucionales, que caen dentro del ámbito de la vida privada de la persona trabajadora; de modo que derecho a la intimidad y derecho a la protección de datos son categorías diferentes, aunque relacionadas (Chacartegui Jávega, 2018, p. 122). Así pues:

[...] el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce solo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es solo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal¹⁷.

¹⁶ STC 144/1999, de 22 de julio (FJ 8.º).

¹⁷ STC 292/2000, de 30 de noviembre (FJ 6.º).

Ahondando en esta idea, la STC 292/2000, de 30 de noviembre, diferencia entre derecho a la intimidad versus derecho de protección de datos; este otorga a su titular un conjunto de facultades cuyo ejercicio (previo consentimiento, acceso, rectificación, cancelación) imponen a terceras personas deberes jurídicos, que no se encuentran contenidos en el derecho a la intimidad y que garantizan a la persona un poder de control sobre sus datos. Todo esto garantiza a la persona trabajadora el pleno poder de disposición y control sobre sus datos y se traduce en la facultad que tiene una persona trabajadora para decidir cuáles de estos desea proporcionar a una tercera o cuáles puede esta tercera recabar. Además, permite a la persona trabajadora tener conocimiento de quién posee sus datos personales y para qué, pudiendo oponerse a su posesión y uso.

En cualquier caso, derecho a la intimidad o derecho a la protección de datos, el TC tiene perfectamente asentada, desde hace años, la doctrina de la plena efectividad de los derechos fundamentales de la persona trabajadora en el marco de la relación laboral, en tanto que esta no puede implicar la privación de tales derechos para quienes prestan servicios en las organizaciones productivas, que no son ajenas a los principios y derechos constitucionales que informan el sistema de relaciones laborales¹⁸. El ejercicio de tales derechos únicamente admite limitaciones o sacrificios en la medida en que se desenvuelve en el seno de una organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente en los artículos 38 y 33 de la CE. Además, surge un límite adicional en el ejercicio de los respectivos derechos constitucionales, impuesto por la relación laboral, que se deriva del principio de buena fe entre las partes en el contrato de trabajo y al que estas han de ajustar su comportamiento mutuo¹⁹.

No obstante, la relación empresa-persona trabajadora ha de ser contextualizada de una forma real, lo que obliga al reforzamiento de la esfera de los intereses de la persona trabajadora, puesto que, si la relación laboral tiene como efecto típico la sumisión de ciertos aspectos de la vida humana a los poderes empresariales y a los requerimientos de la organización productiva, resulta necesario algo más que la sola afirmación del interés empresarial como justificación de la limitación de los derechos fundamentales de la persona trabajadora dada la posición prevalente que estos alcanzan en nuestro ordenamiento jurídico²⁰.

En este sentido, todo lo que la empresa pudiera argumentar para justificar una restricción de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras debe construirse sobre razones de necesidad estricta, acreditándose que no es posible otra forma de alcanzar el

¹⁸ STC 90/1997, de 6 de mayo (FJ 4.º) y las allí citadas.

¹⁹ STC 106/1996, de 12 de junio (FJ 5.º).

²⁰ STC 6/1995, de 10 de enero (FJ 2.º).

legítimo objetivo perseguido, porque no existe medio razonable para lograr una adecuación entre el interés de la persona trabajadora y el de la empresa donde presta sus servicios²¹.

Esto nos conduce a que el centro de trabajo es un espacio en el que no puede obviarse el derecho a la intimidad de las personas trabajadoras, de tal manera que lo que suceda en el mismo debe estar amparado por el artículo 18.1 de la CE, si bien mediante un análisis detallado y conjunto de los hechos sería posible atemperar el derecho a la intimidad de la persona trabajadora.

Así, la limitación del derecho fundamental a la intimidad por parte de la empresa solo encontrará amparo en la medida en que la propia naturaleza del trabajo comprometido implique restricción del derecho o bien cuando quede acreditada una determinada necesidad o un interés empresarial, sin que sea suficiente su mera afirmación de esa necesidad o interés para sacrificar el derecho fundamental de la persona trabajadora²².

Por tanto, las limitaciones o modulaciones tienen que ser las estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial; de modo que, si se encuentran otras vías para satisfacer el mencionado interés que afecten de manera menos agresiva al derecho fundamental en cuestión, habrá que emplearlas frente a otras más agresivas.

El TC, en la Sentencia 98/2000, de 10 de abril, analiza un caso en el que la empresa decidió instalar aparatos de grabación, de modo que la captación de las imágenes a través de CCTV proporcionaba a la empresa mayor seguridad para hacer frente a las reclamaciones de la clientela y posibles fraudes de su personal. La sentencia recurrida ante el TC considera la medida justificada en la proporción en que se instalaba en puntos concretos, conocidos por las personas trabajadoras y atendiendo a una finalidad legítima. Sin embargo, el propio TC, en aplicación del principio de proporcionalidad, considera que la mera utilidad o conveniencia de la empresa, sin más, no legitima la instalación de aparatos de audio y grabación, habida cuenta de que la empresa ya disponía de otros sistemas de seguridad que el sistema de audio pretende complementar²³.

Por tanto, la empresa no justifica la necesidad de la medida, sino más bien la presenta como algo complementario al modelo de vigilancia que se estaba utilizando, no acreditándose la indispensabilidad de la medida para la «seguridad y el buen funcionamiento de la empresa».

El TC aborda la resolución de este caso desde la perspectiva del derecho a la intimidad y con un resultado, en opinión de Álvarez Alonso (2013), «en buena sintonía con

²¹ STC 99/1994, de 11 de abril (FJ 7.º).

²² STC 136/1996, de 23 de julio (FJ 7.º).

²³ STC 98/2000, de 10 de abril (FF. JJ. 7.º, 8.º y 9.º).

la jurisprudencia internacional y comunitaria» (p. 360). Así, el hecho de que se pueda permitir la captación indiscriminada y prolongada en el tiempo de conversaciones de personas trabajadoras y clientela sobrepasa las facultades de la empresa contempladas en el artículo 20.3 del ET suponiendo una intromisión en el derecho a la intimidad, ya que no se han respetado los principios de proporcionalidad e intervención mínima que sirven para modular los derechos fundamentales frente al requerimiento del interés empresarial.

En la STC 186/2000, de 10 de julio, la decisión del TC parte de que el análisis de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales debe justificarse en el cumplimiento del principio de proporcionalidad. En este caso, se sometía al control constitucional la instalación de un circuito cerrado de televisión que grababa la zona de caja de una trabajadora ante la sospecha de que estuviera cometiendo graves irregularidades en su puesto de trabajo. El TC, con base en el principio de proporcionalidad, analiza si la medida era justificada, idónea, necesaria y equilibrada.

La medida se considera justificada, por las sospechas razonables de la comisión de graves irregularidades por parte de la trabajadora; idónea, para la finalidad pretendida por la empresa en la medida en que se dirigiría a comprobar si, efectivamente, se estaban cometiendo esas irregularidades de cara a establecer la correspondiente sanción; necesaria, en cuanto a que la grabación era el único medio de prueba para demostrar las irregularidades; y equilibrada, en la medida en que la grabación se limitó a la zona de caja de la trabajadora investigada y se prolongó por tiempo determinado (exclusivamente, el suficiente para comprobar que no se trataba de una confusión o hecho aislado).

La aplicación de este juicio de proporcionalidad, enfocada sobre la posible lesión del derecho fundamental a la intimidad, lleva a afirmar al TC que no se produce una agresión a la intimidad de la trabajadora por el hecho de realizar grabaciones de cómo ejecutaba su trabajo, puesto que esta decisión no es arbitraria y no pretende divulgar lo captado en ningún otro foro, sino obtener datos sobre una realidad sospechada de irregularidades cometidas en su puesto de trabajo que contravenían el principio de buena fe²⁴.

A diferencia de la sentencia expuesta anteriormente, se descarta la vulneración del derecho a la intimidad sobre la base de que la vigilancia no se produce con un propósito genérico en el cumplimiento de las obligaciones de las personas trabajadoras, sino sobre determinada zona de caja tras advertir comportamientos irregulares de las personas trabajadoras.

²⁴ STC 186/2000, de 10 de julio (FJ 7.º).

Por último, el TC considera que carece de trascendencia desde la perspectiva constitucional el hecho de no llevar a cabo el trámite de que la instalación del sistema de videovigilancia fuera comunicada a la representación de las personas trabajadoras. Este incumplimiento empresarial parece oportuno en la medida en que pretende evitar filtraciones a las personas trabajadoras y garantizar la efectividad de la medida, pero, en cualquier caso, se trata de una cuestión de legalidad ordinaria.

En la STC 29/2013, de 11 de febrero, la constitucionalidad de la instalación de sistema de videovigilancia se analiza desde la perspectiva del derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE) y no de la intimidad (art. 18.1 CE), que es el caso de las dos sentencias constitucionales referidas con anterioridad. Esto tiene un efecto inmediato en que lo que se somete a revisión constitucional es «el derecho fundamental a la autotutela informativa».

El supuesto enjuiciado en esta sentencia se refiere a un trabajador de la Universidad de Sevilla al que, con objeto de verificar el cumplimiento de su jornada laboral, se somete a un control a través de las cámaras de videovigilancia instaladas en el recinto universitario para el control de acceso de las personas de la comunidad universitaria y sobre el que se habían adoptado las medidas impuestas por la AEPD de información a través de carteles visibles.

En primer lugar, el tribunal considera que las imágenes grabadas y que se almacenan en un soporte físico constituyen un dato de carácter personal que queda amparado dentro del artículo 18.4 de la CE en la medida en que el derecho fundamental acoge los supuestos en los que se traten datos que identifiquen a la persona.

Se trata, pues, de analizar la constitucionalidad de una medida en la que, a diferencia de la STC 98/2000 (puesto de trabajo concreto) o la STC 186/2000 (fin concreto de controlar posibles infracciones laborales), se utilizan imágenes para un fin distinto del expresamente divulgado y tomadas en vestíbulos y lugares públicos de paso fuera de las dependencias laborales de la persona trabajadora. En este contexto, el análisis del artículo 18.4 resulta totalmente decisivo.

Así, para el TC, una interpretación de este precepto 18.4 de la CE se traduce en el derecho fundamental de la persona trabajadora a conocer en todo momento quién dispone de los datos y la finalidad de su tratamiento. En este sentido, la brecha constitucional se produce ante la falta de información de la persona afectada sobre quién posee los datos y la finalidad que va a aplicar a los mismos. De hecho, Arrabal Platero (2015) manifiesta que «el TC se ha servido del prisma de la protección de datos para censurar las grabaciones de videovigilancia como prueba en el proceso laboral».

Ahora bien, este derecho a la información, como exigencia previa, a la grabación de imágenes puede amparar limitaciones y no ser absoluto, siendo posible admitir limitaciones por

razones constitucionalmente admisibles y legalmente previstas que deberán estar contempladas en norma con rango de ley, ya que nos encontramos ante la limitación de un derecho constitucional²⁵.

Sobre esta base, el TC levanta nueva doctrina para indicar que «no hay habilitación legal expresa sobre la que justificar la omisión del derecho a la información sobre el tratamiento de los datos personales en el ámbito de las relaciones laborales». Por ello, el mero interés de la persona empleadora resulta insuficiente para justificar que el tratamiento de los datos de la persona trabajadora sea empleado en su contra sin al menos realizar una labor informativa previa sobre el control laboral puesto en práctica con el sistema de videovigilancia, vulnerándose la efectividad del derecho fundamental.

Esto obliga a que la empresa distinga entre la legitimidad del fin, control empresarial vía artículo 20.3 del ET, y la constitucionalidad del acto, basado en la exigencia de información previa, contenida en el artículo 13 del actual RGPD. Admitir la legitimidad de la medida en ningún caso supone carta abierta para lesionar el derecho constitucional del artículo 18.4 de la CE, que quedaría vulnerado si esa medida de control se realiza con medios encubiertos que evitan que la persona trabajadora disponga de la información exigible.

Por ello, en la STC 29/2013, el tribunal entiende que se vulnera el artículo 18.4 de la CE en tanto las cámaras de vigilancia de la universidad captaron la imagen –dato personal– de una de sus personas trabajadoras, siendo utilizada con fines de control de su jornada de trabajo, sin que la persona responsable del tratamiento hubiera informado a la persona trabajadora de que esas capturas de imagen se dirigirían a la supervisión de su actividad laboral. Además, la finalidad de la instalación de las cámaras fue declarada ante la AEPD como medida de seguridad pública y no contenía una mención expresa a un fin declarado y específico de control de la actividad laboral.

Esta nueva doctrina, que cuanto menos pone en cuarentena la posibilidad de emplear sistemas de videovigilancia –sobre la base del poder de control empresarial del art. 20.3 ET– con cierta garantía de éxito, en opinión de la doctrina laboralista, supone el establecimiento de «un canon de control constitucional más rígido que el que la jurisprudencia constitucional venía aplicando respecto a los derechos fundamentales a cuyo servicio se sitúa la garantía prevista» en el artículo 18.4 de la CE (García Rubio, 2016).

Debido a ello, es fácilmente entendible el voto particular que presenta la sentencia, en el que el magistrado pone de relieve la total ausencia de ponderación. Indirectamente se ha realizado una ponderación abstracta en la que la protección de los datos personales prima

²⁵ Y tal y como señala la STC 29/2013, de 11 de febrero, en su fundamento jurídico séptimo, exigiendo además que el recorte «sea necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental restringido».

sobre las medidas empresariales. Ponderación que hubiera resultado más problemática si se hubiera producido entre el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos en cuanto que aquel acaba confiriendo relevancia a este.

Posteriormente, y sobre la base de la discrepancia de la sentencia de 2013, el TC pronunció la Sentencia 39/2016, tampoco exenta de intenso debate dentro del tribunal, con tres votos particulares, en la que se define un nuevo enfoque al conflicto entre la videovigilancia de las personas trabajadoras y los derechos a la protección de datos y a la intimidad, y cuya detallada explicación de los votos particulares puede consultarse en Valdés Dal-Ré (2017, pp. 24 y ss.). El supuesto de hecho parte del despido de una trabajadora al apropiarse dinero de la caja mediante operaciones falsas de devolución de venta de prendas y habiendo sido obtenida la prueba mediante un sistema de videovigilancia cuya instalación para la labor expresa de vigilancia desconocía la trabajadora, aunque sí se encontraba colocado en el escaparate del establecimiento el distintivo informativo que indicaba que se estaba en una zona sometida a videovigilancia.

Respecto al derecho a la protección de datos, ex artículo 18.4 de la CE, el tribunal reafirma su doctrina de que nos encontramos ante un dato personal. Ello obliga a dos acciones frente a la persona trabajadora, por un lado, a solicitar el consentimiento sobre la recogida y uso de sus datos y, por otro, como modo de hacer efectivo el consentimiento surge el derecho a ser informada.

Partiendo del consentimiento como elemento definidor del sistema de protección de datos de carácter personal, el artículo 6.1 de la Ley orgánica 15/1999, de protección de datos –actual art. 6, apdos. 1 y 3, LOPDGDD, requiere el consentimiento inequívoco de la persona afectada salvo una serie de supuestos como los relativos a los datos necesarios para el mantenimiento y cumplimiento de la relación laboral, abarcando las obligaciones derivadas del contrato; concretamente, la profesora Rodríguez Escanciano (2018) se refiere a «excepciones de interés en el marco de las relaciones laborales» (p. 29). Por ello, entiende el tribunal que un tratamiento de datos que tiene como objeto el control de la actividad laboral tiene cabida en la excepción al previo consentimiento de la persona trabajadora. Sin embargo, la supresión del consentimiento previo no anula el deber de información que tiene la persona titular del tratamiento. Para un sector doctrinal, en la STC 39/2016 se produce una banalización del derecho a la información al entender cumplido este derecho con la colocación de un distintivo (Gallardo Moya, 2017, p. 151).

En cualquier caso, el deber de requerimiento del consentimiento para el tratamiento de los datos o el deber de información previa requiere de una ponderación de la proporcionalidad de la medida adoptada. La no apreciación de la proporcionalidad supondrá una vulneración del derecho a la protección de datos. Es esta premisa, aplicación del juicio de

proporcionalidad en el tratamiento de datos, lo que supone un giro en la doctrina constitucional en relación con la STC 29/2013.

En este sentido, el TC pondera entre necesidad del consentimiento expreso, o no, de la interesada para el tratamiento de sus datos. Y teniendo en cuenta que dentro de la finalidad legítima que se exige a todo tratamiento estarían las facultades de control empresarial en tanto no lesionen derechos fundamentales, la empresa no necesitará 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»²⁶.

Con relación al deber de información, la ausencia del mismo a la trabajadora por parte de la empresa requiere del adecuado juicio de proporcionalidad. Por ello, el TC en casos de falta de información del tratamiento debe ponderar la falta de información sobre el tratamiento de datos versus la facultad de empresa de vigilar y controlar la actividad laboral reconocida en el artículo 20.3 del ET en conexión con los artículos 33 y 38 de la CE. Juicio de ponderación que el tribunal resuelve a favor de la teoría empresarial sobre la base de la información previa de la que disponía la trabajadora, a través del correspondiente distintivo informativo exigido, la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la AEPD, se considera suficiente y cumple con la exigencia de la normativa de protección de datos con relación a la información, si bien un sector doctrinal considera que se produce una relajación en el deber de información (Lahera Forteza, 2016, p. 494), considerando que el medio informativo es de una entidad tal que se ha tocado fondo (Terradillos Ormaetxea, 2017, p. 157) y hasta el punto de disentir de que el distintivo informativo, fruto de una mera instrucción de un organismo público, sea fuente formal o material del derecho como elemento sustitutivo, sin más, del derecho a la información (Sepúlveda Gómez, 2016, p. 234).

Junto al examen constitucional del tratamiento de datos, la STC 39/2016 examina la vulneración del derecho a la intimidad, reiterando la doctrina establecida por el mismo respecto de la que cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales debe evaluarse desde el minucioso análisis del principio de proporcionalidad. En definitiva, someter la medida a un juicio de idoneidad (si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto, en este caso verificar si alguna de las personas trabajadoras cometía las irregularidades sospechadas), juicio de necesidad (si la medida es necesaria, en el sentido de que no exista otra más moderada para la consecución del tal propósito con igual eficacia. Ciertamente la grabación servía de prueba de las irregularidades) y juicio de proporcionalidad en sentido estricto (si la medida es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios que ventajas para el interés general que prejuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, lo que ocurre en este caso al limitarse la grabación a la zona de cajas).

²⁶ STC 39/2016, de 3 de marzo (FJ 4.º).

Por tanto, en esta sentencia, el TC aplica el principio de la proporcionalidad para resolver dos conflictos:

- Conflicto entre intimidad de la persona trabajadora y control empresarial.
- Conflicto entre derecho de información de la persona trabajadora como elemento del derecho de protección de datos y control empresarial.

Sobre este último conflicto, un sector doctrinal opina que, teniendo en cuenta que el deber de información es una falta leve en la normativa de protección de datos de 1999, elevar esa falta de información a vulneración del derecho de protección de datos supone una sanción constitucional más estricta que la diseñada por el propio legislador. Así debería excluirse el deber de información del contenido esencial del derecho a protección de datos (Pascual Caballero, 2017, p. 13).

Sin embargo, esta consideración del deber de información no hace más que constituirlo como un elemento paralelo al derecho a la intimidad y, efectivamente, la realidad de la ausencia de información deja a la persona trabajadora desnuda frente a posibles abusos empresariales. No debemos focalizar el discurso jurídico tanto en la calificación de la infracción administrativa como en las consecuencias prácticas que la ausencia del derecho a la información causa en la persona trabajadora y su traducción práctica en una vulneración de su intimidad. Por ello, consideramos necesario que esa labor de información forme parte del derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE), que no es más que un desarrollo del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE).

7. Aplicación de la doctrina constitucional por el TS

Partiendo de la doctrina sentada por la STC 39/2016, de 3 de marzo, se han analizado las sentencias emitidas con posterioridad al 8 de abril de 2016. No obstante, se procede a indicar un grupo de resoluciones en las que no se aprecia contradicción, por lo que el TS no entra en el análisis jurídico, pero que contienen importantes manifestaciones:

- Auto del TS (ATS) 14014/2019, de 12 de diciembre (proc. núm. 1317/2019). No se aprecia contradicción en cuanto a que en la sentencia recurrida no consta si la cámara que captó a la trabajadora estaba oculta, del mismo modo que no consta que la empresa hubiera informado a la trabajadora. Sin embargo, en la sentencia de referencia se acredita que la trabajadora fue informada del sistema de videovigilancia.
- ATS 12010/2019, de 23 de octubre (proc. núm. 3958/2018). El trabajador recurre en casación para la unificación de la doctrina con objeto de declarar la nulidad del acuerdo transaccional –reconociendo los hechos–, puesto que dicho documento

se firmó tras visionar el trabajador una grabación donde se ponían de manifiesto determinadas irregularidades. Para ello, invoca como sentencia de contraste la Sentencia del TEDH (STEDH) de 9 de enero de 2018 (asunto López Ribalda). Entiende el TS que dicha sentencia no puede aportarse como contraste, puesto que no nos encontramos frente a una sentencia firme a los efectos de lo exigido en el artículo 224.3, en relación con el artículo 219.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción social²⁷.

- ATS 8912/2019, de 12 de septiembre (proc. núm. 2465/2018). Se declara la inadmisión del recurso por cuanto en la sentencia de contraste se ordena la grabación de imágenes sin que existieran previamente sospechas de actuaciones ilícitas de las personas trabajadoras. Sin embargo, en la sentencia recurrida, la empresa acude a la contratación de un detective privado que realiza un seguimiento durante 2 días ante las irregularidades detectadas por la empresa.
- ATS 8293/2019, de 26 de junio (proc. núm. 3472/2018). No puede apreciarse contradicción en la medida en que en la sentencia recurrida la empresa no ofreció previa información a las personas trabajadoras sobre la posibilidad de ser grabadas, mientras que en la de referencia, que declara la licitud de la prueba, el trabajador conocía –por motivos de seguridad– la existencia de cámaras y su ubicación.

Dentro de la doctrina judicial del TS, la admisión de la validez de los sistemas de videovigilancia debe someterse a una verdadera justificación de la medida acreditada mediante el correspondiente juicio de proporcionalidad.

Presencia de cámaras en la mayor parte del centro de trabajo. En la Sentencia del TS (STS) de 7 de julio de 2016 (rec. 3233/2014) se analiza un caso en el que la empresa realiza una instalación masiva de las cámaras en el centro de trabajo que tiene como finalidad la protección del patrimonio empresarial posibilitando la grabación de conductas que atenten contra esa finalidad, y todo esto con base en el detonante de cuantiosas pérdidas sufridas. Por tanto, se produce una situación en la que todas las personas trabajadoras se convierten en sospechosas. Queda acreditada la voluntad de la empresa de solventar el estado de las cosas, puesto que la instalación se produce tras la generación de la situación de desconfianza.

²⁷ Considera el auto del TS que la declaración de inadmisión del recurso de casación para la unificación de la doctrina no puede quedar desvirtuada por el hecho de que la sentencia del TEDH se hubiera publicado «en la página del Ministerio de Justicia, lo que induce a pensar en la firmeza de la misma». El TS entiende que no puede acogerse indefensión porque:

[...] en la propia página del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, consta que la misma está elevada a Gran Sala, página que es pública y oficial, siendo así que en la página del ministerio aparecen sentencias a modo ilustrativo, por lo que la parte tuvo capacidad de conocer que la sentencia no era firme.

Las grabaciones muestran que en la zona de «reserva», de acceso exclusivo para las personas empleadas, se detecta a una trabajadora que consume productos de la empresa sin abonarlos. La sentencia insiste en que la trabajadora era conocedora de la existencia de las cámaras no solo por ser de común conocimiento, sino también por la existencia de carteles indicadores, si bien no había sido informada expresa e inequívocamente de que tales filmaciones pudieran ser utilizadas con fines disciplinarios.

Además, el área donde se produce la grabación es una zona de almacén que mucho dista de un lugar que pudiera calificarse como área de privacidad. Por ello, semejante relato específico «excluye el factor sorpresa y muestra claramente la situación de riesgo asumido por [la trabajadora] y por cualquier otro responsable de conductas análogas». Todo esto conduce a un juicio de proporcionalidad en el que no se localizan otras medidas más idóneas para averiguar el origen de las pérdidas ni más moderadas en la consecución de tal propósito; por lo que la referida sentencia alcanza la conclusión de un uso apropiado de la videovigilancia implantada y que la consecución de su objetivo se ha ajustado a las exigencias «razonables de respeto a la intimidad de la persona»²⁸.

Presencia de las cámaras hacia una persona trabajadora concreta. La STS de 2 de febrero de 2017 (rec. 554/2016) considera adecuada la videovigilancia focalizada en una persona trabajadora concreta en tanto que las quejas de los compañeros y las compañeras sobre el trabajador despedido acerca de su conducta y el incumplimiento de las obligaciones laborales le hacían acreedor de una mayor atención respecto del conjunto de sus deberes como persona trabajadora, sin que quepa practicar controles aleatorios que afecten a quienes nunca habían participado en las conductas bajo sospecha (Preciado Domènech, 2017, p. 180). Por ello, la instalación de la cámara debe calificarse como razonable y proporcionada a su objeto en la medida en que era conocedor de que su conducta estaba siendo grabada.

Información suficiente. La STS de 31 de enero de 2017 (rec. 3331/2015) se refiere a la información que deben recibir las personas trabajadoras sobre la finalidad del sistema de videovigilancia y hasta qué punto resulta importante que esta información se refiera a la finalidad de la medida. En la mencionada sentencia se acredita que las personas trabajadoras conocían la instalación del sistema de seguridad y la ubicación de las cámaras por razones de seguridad, por lo que se deduce que estas personas trabajadoras eran conocedoras de que se producía una vigilancia de los actos ilícitos de las personas empleadas y de terceras personas. Además, la sentencia resalta la justificación de la medida por razones de seguridad (controlar hechos ilícitos), idónea para el fin mencionado (control de caja y cobros) y necesaria y proporcionada al fin perseguido.

²⁸ La sentencia apunta que no se genera una situación de indefensión a la trabajadora en cuanto que los actos por los que se sanciona tienen lugar en un marco de riesgo asumido, «el de actuar a ciencia y paciencia de una observación llevada a cabo por medios tecnológicos y cuya finalidad, conocida, es combatir las actividades generadoras de pérdidas».

En este sentido, en la STS de 2 de febrero de 2017 (rec. 554/2016) se declara probado que las cámaras se encuentran ubicadas en la entrada y espacios públicos del gimnasio, estando solo autorizado al visionado de las mismas el jefe de seguridad. Respecto al uso destinado, es cierto que no consta en la autorización de la Agencia de Protección de Datos que se incluyera el control horario laboral ni la utilización disciplinaria para las personas trabajadoras que, además, no habían sido advertidas de esta posibilidad, si bien eran conocedoras de la instalación de las cámaras en la entrada y demás espacios públicos del local, salvo vestuarios y aseos, y la posibilidad de ser destinadas al control de cualquier irregularidad, especialmente en la entrada. Junto a lo anterior, debe excluirse la afectación sorpresiva del trabajador por cuanto conocía el despido de otro trabajador con idéntica causa (colar a personas en el gimnasio utilizando la pulsera del trabajador para activar el torno de entrada) y ocupaba un puesto de dirección.

Sobre esta base, la sentencia del Alto Tribunal considera cumplido el deber de información previa cuando la persona trabajadora conozca la existencia de la instalación en la empresa de 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».

Y los pronunciamientos anteriores nos llevan a la conclusión de que no se pueden emplear estos sistemas de videovigilancia para otras finalidades ajenas a la seguridad laboral como la efectividad del trabajo, las ausencias del puesto de trabajo o las conversaciones entre compañeros y compañeras.

En la STS de 21 de enero de 2019 (rec. 341/2017) no se analiza el motivo de recurso, pero consideramos acertado referenciar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de noviembre de 2016 recurrida y en la que los magistrados consideran que una cosa es que la empresa informe, en el propio contrato, a las personas trabajadoras de la implantación de medidas de seguridad de índole técnica y organizativa y otra que esa actuación sea equiparable al deber de información sobre recogida de datos, su objeto y finalidad. En tanto que esto no se puede admitir y que la empresa no tuviera los distintivos informativos correspondientes, por mucho que las cámaras estuvieran a la vista no se puede admitir cumplido el requisito constitucional de información a la trabajadora para proceder a la licitud del despido.

Finalidad de la videovigilancia. La prueba obtenida por videovigilancia no puede desvirtuarse por el hecho de que la persona trabajadora sea, o no, advertida expresamente de la finalidad de control de la actividad laboral y del destino que se le puedan dar a las grabaciones, siempre y cuando quede acreditado que la persona trabajadora conocía la existencia de las cámaras y la ubicación²⁹.

²⁹ ATS de 18 de septiembre de 2018 (proc. núm. 1092/2018).

Sobre la validez de la prueba resulta interesante el ATS de 5 de mayo de 2018 (proc. núm. 3202/2017), en el que se obtienen pruebas del maltrato hacia personas discapacitadas psíquicas en el cuarto de baño de una residencia tras la instalación de cámaras, si bien no se colocaron carteles informativos. El auto tiene en cuenta la reunión informativa realizada con las personas trabajadoras debido a las sospechas fundadas de maltratos por alguna de las personas cuidadoras, siendo la única forma posible para su comprobación, teniendo en cuenta que las directamente perjudicadas por dicha conducta nunca habrían podido denunciarla al tratarse de personas discapacitadas psíquicas.

El ATS de 14 de junio de 2017 (proc. núm. 4200/2016) se refiere a la validez de la prueba consistente en la reproducción de imágenes y sonidos siempre que la persona trabajadora conozca la instalación de las cámaras y su ubicación por motivos de seguridad, de manera que resulta intrascendente si la persona trabajadora ha sido, o no, advertida expresamente de la finalidad de control de la actividad laboral.

En la STS de 1 de febrero de 2017 (rec. 3262/2015), la cuestión controvertida se basa en determinar si cabe apreciar vulneración de derechos fundamentales cuando la prueba del despido se sustenta en grabaciones de vídeo realizadas por una cámara de seguridad instalada para la previsión de robos y otros delitos en la empresa y, aun así, se emplea para acreditar incumplimientos laborales; es decir, admitir como prueba las imágenes grabadas sin señalar cuál sería el uso que les daría a efectos disciplinarios. Desde luego resulta necesario que las personas trabajadoras conocieran de la existencia del sistema (bien por recibir información expresamente, bien por resultar público y notorio al no estar ocultas), siendo indiferente que la empresa las hubiera advertido sobre el destino que pudiera darles a las grabaciones o que las pudiera utilizar en su contra.

Así, argumenta la STS de 1 de febrero de 2017 que lo importante será la determinación de si los datos obtenidos se han utilizado para la finalidad de control de la relación laboral o para una finalidad ajena al contrato, porque si la finalidad del tratamiento de los datos no guarda relación directa con el «mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual, el empresario estará obligado a solicitar el consentimiento de los trabajadores afectados». Esto conduce a que en estos casos donde no hay una información directa de la finalidad del control de la cámara se deba considerar la grabación como prueba lícita en tanto se trata de una medida justificada por razones de seguridad (el control de hechos ilícitos por personas empleadas, clientela o terceras personas), idónea (en este caso el fin perseguido es de control de cobros) y necesaria y proporcionada al fin perseguido, «razón por la que estaba justificada la limitación de derechos fundamentales en juego, máxime cuando los trabajadores estaban informados, expresamente, de la instalación del sistema de vigilancia, de la ubicación de las cámaras por razones de seguridad».

En esta línea, el ATS de 18 de octubre de 2016 (proc. núm. 2645/2015) se refiere a un supuesto en el que la instalación de las cámaras en la caseta de control se llevó a cabo por la empresa principal que contrató la prestación del servicio de vigilancia y seguridad y cuya finalidad era la de garantizar la seguridad de las personas y los bienes que allí se encontraban.

El vigilante era conocedor del sistema de vigilancia por cuanto se encargaba de controlar su correcto funcionamiento. Ante las quejas sobre él de varios usuarios, la empresa principal examinó las grabaciones y se constató que el vigilante se durmió en reiteradas ocasiones. Todo ello desembocó en el despido disciplinario del trabajador ajustado a derecho.

Vigilancia oculta. Por último, y que irá en conexión con lo tratado en el epígrafe siguiente, el TS en su Sentencia de 21 de julio de 2016 se refiere a la legalidad de la prueba obtenida mediante un sistema de videovigilancia oculta ante la sospecha de actividades irregulares de la trabajadora y, por tanto, sin previo conocimiento de que se estuvieran produciendo grabaciones en su puesto de trabajo. Debe advertirse que las grabaciones se realizan sobre un periodo limitado de tiempo. El TS considera que la sentencia de suplicación se acoge a la doctrina emanada de la STC 186/2000, de 11 de agosto. Además, advierte que la validez de la grabación de comportamientos irregulares sin conocimiento ni consentimiento de las personas trabajadoras afectadas depende de las circunstancias de cada caso. En este sentido, el TC ha arbitrado una doctrina en la que nos dice que la grabación es ajustada a derecho cuando concurren determinadas circunstancias y se convierte en ilícita cuando esa actuación empresarial se produce en otras condiciones diferentes.

Por todo lo anterior, desde la doctrina se entiende que debe restringirse al máximo el uso de las cámaras ocultas, relegando su uso para situaciones de gravedad y excepcionalidad (Berlanga de la Pascua, 2018).

8. La doctrina del TEDH sobre el control de las personas trabajadoras mediante sistemas de videovigilancia

En opinión de Fernández Villazón (2016), «la normativa sobre protección de datos se ha convertido en un símbolo de los altos estándares de calidad del derecho europeo y de su capacidad para imponerlos en el ámbito internacional». Ahora bien, tan importante como la existencia de esta normativa es la aplicación que se realiza de la misma por los órganos judiciales europeos. Con independencia de la existencia de numerosas sentencias emanadas del TEDH sobre la materia, consideramos hacer referencia a dos de ellas, puesto que van ligadas a la decisión de un tribunal español, suponen un cambio de criterio entre una y otra y, en definitiva, una de ellas contiene la actual doctrina del TEDH sobre el empleo de sistemas de videovigilancia para sancionar comportamientos de las personas trabajadoras.

Las circunstancias del caso se resumen en que una cadena de supermercados, con el fin de investigar y acabar con las pérdidas económicas, instala un sistema de videovigilancia compuesto por cámaras tanto visibles como ocultas. De las primeras se avisa a las trabajadoras y al comité de empresa, de las segundas no, pues enfocaban directamente sobre las cajas registradoras y con la finalidad de controlar posibles robos de personas empleadas. Tras el visionado de las cámaras ocultas se comprueba que varias cajeras habían

participado en la apropiación de diferentes productos, para ellas o terceras personas, sin pagar la mercancía, por lo que se procede a su despido. La profesora García Salas (2018) se refiere a estas cámaras ocultas como «control extraordinario».

Las trabajadoras articularon un procedimiento ante el TEDH en el que argumentaron que el empleo de sistemas de videovigilancia sin haber sido previamente informadas suponía una vulneración a su derecho a la intimidad que tienen reconocido en virtud del artículo 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales. Además, reclamaron que el proceso había sido ilegal, puesto que la grabación constituía la prueba esencial para justificar la legalidad de los despidos.

El TEDH consideró en la Sentencia de 9 de enero de 2018 (asunto López Ribalda y otros vs. España) que la medida no era proporcional con relación a la finalidad legítima de proteger los intereses patrimoniales de la empresa, dando lugar a una revisión de la doctrina de nuestro TC en materia de videovigilancia en el trabajo (Preciado Domènech, 2018). Se rompe la proporcionalidad en cuanto a que la vigilancia se extiende durante un periodo prolongado, abarca a todas las personas trabajadoras y sin información, por lo que no se logra un equilibrio equitativo entre el derecho de las trabajadoras al respeto de su vida privada (art. 8 Convenio europeo) y el interés de la empresa en la protección de sus derechos patrimoniales. No obstante, la sentencia incorpora un voto particular que considera que el «comportamiento ofensivo es incompatible con el derecho a la vida privada en virtud del convenio», por lo que debe prevalecer el interés público de la sociedad siempre que no se realice una injerencia abusiva. En este sentido, la considera abusiva, puesto que debe prevalecer el principio general de que «no se debe permitir que los demandantes se beneficien legalmente de sus propios actos ilícitos». Se aprecia una gran similitud entre este voto particular y la fundamentación de la STC 39/2016 (Rojo Torrecilla, 2018).

La doctrina de esta sentencia de la Sección 3.^a se rectifica por la STEDH (Gran Sala) de 17 de octubre de 2019, alineándose claramente con la doctrina actual de nuestro TC (Navarro Nieto, 2019, p. 79). La Gran Sala comparte que la especificidad de las relaciones de empleo y el desarrollo de nuevas tecnologías ocasiona que se adopten medidas que a veces pueden ser intrusivas en la vida privada de las personas trabajadoras. Para evitar esto, las medidas de videovigilancia deben ser proporcionales, lo que se justifica en el análisis de una serie de factores. A saber, notificación a la persona empleada de las medidas de videovigilancia y las garantías puestas a su disposición, existencia de razones legítimas que justifiquen la videovigilancia, posibilidad de establecer medidas menos intrusivas y consecuencias de la vigilancia para la persona trabajadora sometida a ella.

El TEDH en la sentencia dictada por la Gran Sala constata la proporcionalidad de la medida en cuanto a que:

- Estaba limitada en lo que respecta a las áreas y al personal que estaba supervisando (la grabación solo al personal de caja y la grabación de las otras dos trabajadoras implicadas se produce en una zona de paso común de personas empleadas y

clientela). En este sentido, el tribunal considera que es necesario distinguir entre lugares donde la expectativa de intimidad es muy alta por ser privados (aseos) o zonas de trabajo cerradas (oficinas) y lugares donde no concurre la expectativa de intimidad.

- Respecto al tiempo, el tribunal aprecia que una duración de 10 días no es excesiva, sobre todo si finaliza en cuanto se produce la identificación de las autoras de los actos ilícitos contra el patrimonio de la empresa.
- Con relación a las consecuencias de la videovigilancia es cierto que se emplearon para el despido de las trabajadoras, pero no fueron utilizadas por la empresa para fines distintos a la localización de las responsables de las pérdidas.
- Se constata la inexistencia de otros medios para cumplir el objetivo legítimo perseguido, lo que conduce a que los sistemas de videovigilancia se consideren como necesarios.
- Respecto a la información de la instalación del sistema de vigilancia, el TEDH da por válida la existencia de carteles informadores que alertaban sobre la instalación de circuitos cerrados de televisión, y, en cualquier caso, esta información es solo uno de los criterios a tener en cuenta para evaluar la proporcionalidad de la medida. Este razonamiento supone una estrecha alineación con la doctrina establecida en la STC 39/2016, en la que el deber de información previa será considerado como vulneración del derecho fundamental a la protección de datos tras realizar el juicio de proporcionalidad al sistema de videovigilancia en el caso concreto.

En definitiva, el TEDH se mueve en un escenario conservador en la medida en que no puede aceptar que la más mínima sospecha de apropiación indebida u otras acciones ilegales por parte de las personas empleadas puede justificar la instalación de sistemas de videovigilancia, pero sí se justifica esta instalación ante la existencia de una sospecha razonable de la comisión de una falta grave o pérdidas de cantidades importantes en el volumen del negocio. Por tanto, se justifica la grabación con cámaras ocultas en el centro de trabajo por la existencia debidamente acreditada de sospechas razonables de irregularidades graves (Monereo Pérez y Ortega Lozano, 2019).

9. Conclusiones

9.1. Licitud de la prueba

Debemos admitir la licitud de la prueba siempre que la persona trabajadora conozca la instalación de las cámaras y su ubicación por motivos de seguridad. Por tanto, es importante definir que implica la responsabilidad y obligación de la empresa de garantizar la «seguridad en el centro de trabajo». Efectivamente, nos encontramos ante una expresión amplia que

incluye la posibilidad de vigilar actos ilícitos de terceras personas y de las propias personas trabajadoras, pero no puede justificarse «la seguridad» para el control de comportamientos estrictamente laborales como las ausencias del puesto, la efectividad en el trabajo o incluso las conversaciones que pudieran intercambiarse con los compañeros y compañeras de trabajo.

Esta conclusión se sostiene, además de en la doctrina judicial que la aplica, en el artículo 42.4 de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de seguridad privada, que establece que las grabaciones realizadas por los sistemas de videovigilancia no podrán destinarse a un uso distinto del de su finalidad. Así, la finalidad es la seguridad en los términos expresados en el párrafo anterior.

La finalidad legítima en el tratamiento de datos prevista en la LOPD (art. 4.1 antigua) se apoya, en el caso de la videovigilancia laboral, en las facultades de control empresarial reconocidas en el artículo 20.3 del ET, en tanto no lleven aparejada la lesión de derechos fundamentales de las personas trabajadoras. En este sentido se permitirá la instalación de cámaras puntuales y ocultas cuando existan indicios de comportamientos antijurídicos y con base en las exigencias de la proporcionalidad, de manera que nos encontremos con una medida idónea, necesaria, proporcionada en sentido estricto y de carácter temporal. En definitiva, la utilización de estos sistemas de control se reserva a situaciones graves o muy graves y, aunque por la doctrina se sugiere que debe tratarse de delitos (Toscani Giménez, 2019), en ningún caso debe restringirse solo a la dimensión penal (Miñarro Yanini, 2019, p. 10).

9.2. Consentimiento

La imagen que se pueda captar a través de los sistemas de videovigilancia establecidos por la empresa debe considerarse como un dato personal (dato propio de la identidad de la persona); esto obliga a dar una protección sobre la base del artículo 18.4 de la CE.

Partiendo de la anterior premisa, en cuanto a dato personal, la captación y tratamiento de imágenes requiere del consentimiento de la persona interesada que se enarbola como requisito esencial de la protección (Fernández Villazón, 1994, p. 518). Sin embargo, consideramos que, en el marco de la relación laboral, no resulta necesario contar con el consentimiento de la persona trabajadora de manera previa al tratamiento o captación. Por un lado, el artículo 6.1 b) del RGPD señala que el tratamiento será válido, entre otras razones, cuando sea necesario «para la ejecución de un contrato en que el interesado es parte, una vez acordada su licitud». Por otro, la LOPDGD, en su artículo 6.2, especifica que «no será preciso el consentimiento cuando los datos se refieran a las partes de un contrato de una relación laboral y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento». De este modo queda autorizada la posibilidad de instalación de sistemas de videovigilancia y sin necesidad del consentimiento expreso de la persona trabajadora dentro del marco de obligaciones y derechos del contrato de trabajo, basándonos en los artículos mencionados en conexión con el artículo 20.3 del ET.

Debe advertirse que no resulta adecuado utilizar el artículo 9.2 b) del RGPD para justificar la ausencia de consentimiento expreso de la persona trabajadora para el tratamiento de sus datos, en la línea que realizan determinadas sentencias del TS³⁰. El artículo 9 se refiere a la imposibilidad de tratamiento de determinadas categorías especiales de datos personales como aquellos que revelen información, entre otros aspectos, relativa al origen étnico, la afiliación sindical o los datos relativos a la salud. Solo podrían ser tratados, y es cierto que, sin necesidad de contar con el consentimiento de la persona trabajadora, en la medida en que sea necesario para el cumplimiento y el ejercicio de derechos específicos de la empresa o de la persona trabajadora en el ámbito del derecho laboral y de la seguridad y protección social. Explicado de una manera práctica, la empresa no tendrá derecho a tratar el dato de que una persona trabajadora está afiliada a un sindicato salvo que de su nómina se detraiga una cantidad directa en concepto de afiliación sindical. Una empresa, o mejor dicho su servicio de prevención, no tendrá derecho a saber que una persona trabajadora padece una cardiopatía salvo que el puesto de trabajo requiera de un esfuerzo extraordinario.

Y lo señalado no tiene nada que ver con el tratamiento de unos datos genéricos, no especialmente protegidos, que son el resultado de los aportados por los sistemas de videovigilancia y creados como consecuencia de la conveniencia, o no, de evaluar la decisión respecto a mantener una relación laboral en función de grado de cumplimiento de una de las partes. Si bien es cierto que, en un caso como en el otro, está justificado no contar con el consentimiento expreso de la persona trabajadora.

En definitiva, respecto al consentimiento, la persona trabajadora no está en condiciones de darlo o revocarlo, dada su posición, en la relación laboral, de dependencia frente a la empresa.

9.3. Información

El deber de información sobre la instalación y tratamiento de datos proporcionados a través de sistemas de videovigilancia forma parte esencial del derecho a la protección de datos. De este modo, se establece como el complemento indispensable vinculado a la necesidad del consentimiento de la persona trabajadora, sobre todo en los casos en los que no se haya requerido el consentimiento expreso. Por ello debe atenderse, ante una posible vulneración del artículo 18.4 de la CE, a la concurrencia de información legalmente exigible y al juicio de ponderación. El hecho de no haber dispuesto de información legalmente exigible se traducirá en las correspondientes infracciones administrativas. El hecho de no haber informado a la persona trabajadora sobre la instalación de sistemas de videovigilancia y utilizar los datos requerirá una justificación basada en la observancia del principio de proporcionalidad que se traducirá en una ponderación entre el derecho a la protección de datos y las limitaciones al mismo justificadas en el marco del cumplimiento de las

³⁰ STS 304/2019, de 10 de abril.

obligaciones laborales y el derecho de la empresa al ejercicio de las facultades empresariales de control y vigilancia reconocidas en el artículo 20.3 del ET.

Como consecuencia del sometimiento de la falta de información a un juicio de proporcionalidad en cada caso concreto, y en virtud de las circunstancias alegadas, nos indicará si se ha producido la omisión de la información debida. Esto dificultará la elaboración de patrones y la posibilidad de ofrecer respuestas uniformes. Lo que en la práctica se traduce en mayor conflictividad judicial esperando que cada tribunal realice una interpretación acorde a las pretensiones de una de las partes.

El conocimiento por parte de las personas trabajadoras de la ubicación de las cámaras de seguridad instaladas por «razones de seguridad» debe interpretarse como que las personas trabajadoras, así como clientela y terceras personas, se encuentran informadas sobre la vigilancia de actos ilícitos que se pueda estar produciendo en su puesto de trabajo. No obstante, esta ausencia de información no justifica otro control de las personas trabajadoras que no sea el estrictamente derivado de la seguridad laboral; rechazándose el control sobre la efectividad en el puesto de trabajo o las ausencias o de las conversaciones entre compañeros y compañeras.

En las sentencias del TS mencionadas se observa una flexibilización de la doctrina sobre la información que debe tener la persona trabajadora del sistema de videovigilancia establecida en la STC 29/2013 a raíz de la publicación de la STC 39/2016. Así es posible el uso de cámaras fijas con la finalidad de sancionar a las personas trabajadoras sin información previa en tanto la empresa justifique pérdidas.

Desde la aprobación de la LOPDGDD, nuestros tribunales no prestan atención a que el artículo 89.1 de la LOPDGDD señala, en el marco de sistemas de videovigilancia no ocultos, que, cuando se produzca la captación de un ilícito por el sistema de videovigilancia instalado por la empresa, la obligación de información se limita a la existencia del cartel informativo al que hace referencia el artículo 22.4 de la LOPDGDD; relajando significativamente la obligación de información sobre el sistema de videovigilancia.

Respecto a los defectos informativos de los sistemas de videovigilancia que pudieran alegar las personas trabajadoras que, conociendo la ubicación de las cámaras, no tenían una información expresa del control, cabe bien solicitar más información a la empresa o bien denunciar ante la AEPD, que será la responsable de sancionar por las infracciones que aprecie.

9.4. Otras cuestiones

En la instalación de estos sistemas de videovigilancia, la empresa, como responsable del fichero, no puede olvidar que la norma europea –art. 5 RGPD– la hace responsable del cumplimiento de una serie de principios (licitud, lealtad y transparencia, limitación de la finalidad, minimización de datos, exactitud, limitación del plazo de conservación e integridad

y confidencialidad), debiendo mostrar una responsabilidad proactiva que se concreta, fundamentalmente, en la necesidad de configurar el registro de la actividad de tratamiento vinculada a la autorización de las videocámaras con el contenido del artículo 30.1 del RGPD y el artículo 31 de la LOPDGDD, y de dar cumplimiento al derecho de información en los términos expresados en el artículo 13 del RGPD y el artículo 11 de la LOPDGDD.

Debe ponerse en valor el papel de los convenios colectivos que ayuden al establecimiento de normas más específicas, como reconoce el artículo 88 del RGPD, para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de las personas trabajadoras en el ámbito laboral.

Finalmente, no puede resultarnos ajeno que los sistemas de videovigilancia no son más que la versión moderna de la clásica tensión, existente desde los orígenes del derecho del trabajo, entre poder de dirección de la empresa y los derechos de las personas trabajadoras. En este contexto, la aprobación de normas e interpretaciones judiciales de las mismas serán los factores moduladores de tracción entre las partes de la relación laboral. Y solo así se verán reforzados los derechos de las personas trabajadoras y se garantizará que las medidas de control empleadas por la empresa se usen con plena garantía de licitud en cuanto que respetarán los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. No se trata de que el artículo 20.3 del ET se use de manera torticera para limitar los derechos fundamentales de las personas trabajadoras ni de que la aplicación de la LOPDGDD permita que las personas trabajadoras encuentren amparo para la comisión de actos ilícitos.

Referencias bibliográficas

Altés Tárrega, Juan Antonio. (2020). La videovigilancia encubierta en la nueva regulación sobre derechos digitales laborales y la incidencia de la STEDH López Ribalda II. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 55.

Álvarez Alonso, Diego. (2013). Derecho a la intimidad y vigilancia audiovisual en el medio de trabajo: Sentencia TC 98/2000, de 10 de abril. En Joaquín García Murcia (Dir.), *Derecho del trabajador y libertad de empresa. 20 casos de jurisprudencia constitucional* (1.ª ed., pp. 338-378). Thomson Reuters Aranzadi.

Arrabal Platero, Paloma. (2015). La videovigilancia laboral cómo prueba en el proceso. *Revista General de Derecho Procesal*, 37.

Berlanga de la Pascua, Carlos. (25 de septiembre de 2018). Los límites de la videovigilancia laboral. *EIDerecho.com*. <https://elderecho.com/los-limites-la-videovigilancia-laboral>.

Chacartegui Jávega, Consuelo. (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 de Derecho Social*, 83, 119-132.

- Cruz Villalón, Jesús. (2019). Las facultades de control del empleador ante los cambios organizativos y tecnológicos. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 150, 13-44.
- Desdentado Bonete, Aurelio y Muñoz Ruiz, Ana Belén. (2014). Trabajo, videovigilancia y controles informáticos: un recorrido por la jurisprudencia. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 39.
- Fernández Villazón, Luis Antonio. (1994). Tratamiento automatizado de datos personales en los procesos de selección de trabajadores. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 1, 510-538.
- Fernández Villazón, Luis Antonio. (1996). Los derechos de los trabajadores frente al tratamiento de datos personales. Comentario a 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 esos datos. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2, 1.178-1.209.
- Fernández Villazón, Luis Antonio. (2003). *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*. (1.ª ed.). Thomson Reuters Aranzadi.
- Fernández Villazón, Luis Antonio. (2016). El nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos. *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 1, 395-411.
- Gallardo Moya, Rosario. (2017). Un límite a los límites de la vida privada y de la correspondencia en los lugares de trabajo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) de 5 de septiembre de 2017 en el caso *Bărbulescu II c. Rumania*. *Revista de Derecho Social*, 79, 141-156.
- García Rubio, María Amparo. (17 de junio de 2016). Nueva doctrina constitucional sobre videovigilancia laboral y protección de datos personales. *EIDerecho.com*. <https://elderecho.com/nueva-doctrina-constitucional-sobre-videovigilancia-laboral-y-proteccion-de-datos-personales>.
- García Salas, Ana Isabel. (2018). El deber empresarial de informar acerca de la videovigilancia ejercida sobre los trabajadores. Comentario a la STEDH de 9 de enero de 2018. *Revista de Información Laboral*, 2, 117-147.
- García-Perrote Escartín, Ignacio y Mercader Uguina, Jesús Rafael. (2017). La protección de datos se come a la intimidad: la doctrina de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de septiembre de 2017 (caso *Bărbulescu v. Rumania*; n.º 61496/08; Gran Sala). *Revista de Información Laboral*, 10, 7-12.
- Goñi Sein, José Luis. (2017). Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores: análisis desde la perspectiva del Reglamento Europeo de Protección de Datos de 2016. *Revista de Derecho Social*, 78, 15-42.
- Grupo de Trabajo del artículo 29. (2017). Dictamen 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo, de 8 de junio. WP249/17.
- Gude Fernández, Ana María. (2015). La videovigilancia en el ámbito laboral y el derecho a la intimidad. *Revista General de Derecho Constitucional*, 20.
- Lahera Forteza, Jesús. (2016). Nueva jurisprudencia constitucional en la videovigilancia laboral. Valoración crítica (STC 39/2016, 3 de marzo). *Derecho de las Relaciones Laborales*, 5, 494-499.
- Miñarro Yanini, Margarita. (2019). La «Carta de derechos digitales» de los trabajadores ya es ley: menos claros que oscuros en la regulación. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 430, 5-14.
- Molina Navarrete, Cristóbal. (2018). De «*Bărbulescu II*» a «*López Ribalda*»: ¿qué hay de nuevo en la protección de datos de los trabajadores? Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos

- Humanos de 9 de enero de 2018, caso López Ribalda «et alii» vs. España (Demandas acumuladas 1874/13 y 8567/13). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 419, 125-135.
- Molina Navarrete, Cristóbal. (2019). Control tecnológico del empleador y derecho probatorio: efectos de la prueba digital lesiva de derechos fundamentales. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 150, 331-354.
- Molina Navarrete, Cristóbal y Olarte Encabo, Sofía. (1999). Los derechos de la persona del trabajador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2, 359-386.
- Monereo Pérez, José Luis y Ortega Lozano, Pompeyo Gabriel. (2019). Se justifica la grabación con cámaras ocultas en el centro de trabajo por la existencia debidamente acreditada de sospechas razonables de irregularidades graves. STEDH (Gran Sala) de 17 de octubre de 2019 (números 1874/13 y 8567/13) (asunto López Ribalda II). *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 8.
- Navarro Nieto, Federico. (2019). Las facultades de control a distancia del trabajador: videovigilancia y grabación del sonido. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 150, 71-89.
- Pascual Caballero, Juan. (2017). El uso de las cámaras de videovigilancia a través de la jurisprudencia: una sistematización necesaria para delimitar el canon constitucional requerido para su validez. *Foro Español de Laboralistas (FORELAB)*. <https://forelab.com/wp-content/uploads/videovigilancia-juan-pascual-caballero.pdf>.
- Preciado Domènech, Carlos Hugo. (2017). La video vigilancia en el lugar de trabajo y el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. ¿Es acorde la doctrina del TC y del TS con el Derecho de la UE? *Revista de Derecho Social*, 77, 175-194.
- Preciado Domènech, Carlos Hugo. (2018). Comentario de urgencia a la STEDH de 9 de enero de 2018. Caso López Ribalda y otras c. España. *Revista de Información Laboral*, 1, 41-53.
- Rodríguez Escanciano, Susana. (2018). El derecho a la protección de datos personales en el contrato de trabajo: reflexiones a la luz del Reglamento europeo 2016/679. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 423, 19-62.
- Rojo Torrecilla, Eduardo. (2018). Derecho del trabajador a la privacidad en la empresa y límites a su control por cámaras de vigilancia. Estudio del caso López Ribalda y otras contra España (a propósito de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de enero de 2018). *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2, 135-152.
- Sepúlveda Gómez, María. (2016). Poder de control empresarial mediante cámaras de videovigilancia y derecho de los trabajadores a la protección de datos personales. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 133, 219-235.
- Terradillos Ormaetxea, Miren Edurne. (2017). El principio de proporcionalidad como referencia garantista de los derechos de los trabajadores en las últimas sentencias del TEDH dictadas en materia de ciberderechos: un contraste con la doctrina del Tribunal Constitucional español. *Revista de Derecho Social*, 80, 139-162.
- Toscani Giménez, Daniel. (2019). La videovigilancia de los trabajadores con cámaras ocultas o clandestinas. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 60, 69-74.
- Valdés Dal-Ré, Fernando. (2017). Doctrina constitucional en materia de videovigilancia y utilización del ordenador por el personal de la empresa. *Revista de Derecho Social*, 79, 15-35.

La indemnización disuasoria por despido arbitrario, entre ortos (auroras) y ocasos (crepúsculos): ¿justicia resarcitoria o «justicia del cadí»?

Cristóbal Molina Navarrete

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

Extracto

40 años ha estado el sistema de indemnizaciones legalmente tasadas por despido injusto en el Estatuto de los Trabajadores, sin que ninguna autoridad judicial superior lo perturbase. Tiene sus inconvenientes para las personas trabajadoras, pero también sus ventajas, porque las libra de la –difícil– prueba del daño real, según la fórmula civil ex artículos 1.101 y siguientes del Código Civil. Para las empresas tiene la gran ventaja de la facilidad de cálculo, sin riesgo de sobresaltos judiciales. La última reforma laboral (2012) solo redujo su cuantía, rebajando el coste de la arbitrariedad. En cambio, el derecho español no conoce la institución jurídica de la «indemnización disuasoria» por despido improcedente, solo en el caso del despido nulo por violación de derechos fundamentales.

Sin embargo, varias decisiones judiciales de instancia social están a punto de hacer volar por los aires ese viejo sistema, en función del llamado juicio de convencionalidad ex artículo 96 de la Constitución española, que obligaría a primar la ley internacional social –el art. 10 Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo y el art. 24 Carta Social Europea revisada– por encima de la ley nacional –art. 56 Estatuto de los Trabajadores–.

De este modo, un sector de la doctrina judicial española se alinearía con la reciente doctrina constitucional italiana sobre la misma materia, rechazada, en cambio, por la jurisprudencia francesa. En este análisis se hace un estudio de los aciertos y de los –a juicio del autor– errores de estas sentencias y de la probabilidad de que sean convalidadas o, al contrario, revocadas, por los tribunales superiores. ¿Una cuestión de cambio de leyes o de cultura jurídica, se pregunta el autor, conforme a un nuevo principio de civilización jurídica de justicia disuasoria frente a la arbitrariedad de los despidos empresariales?

Palabras clave: indemnización disuasoria; despido arbitrario; Carta Social Europea; Convenio 158 OIT; juicio de convencionalidad.

Fecha de entrada: 24-09-2020 / Fecha de aceptación: 24-09-2020

Cómo citar: Molina Navarrete, Cristóbal. (2020). La indemnización disuasoria por despido arbitrario, entre ortos (auroras) y ocasos (crepúsculos): ¿justicia resarcitoria o «justicia del cadí»? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 451, 185-208.



Dissuasive compensation for arbitrary dismissal, between sunrise and sunset: compensatory justice or «*cadí* justice»?

Cristóbal Molina Navarrete

Abstract

For 40 years, the system of legally assessed compensation for unfair dismissal has been in the Spanish Workers' Statute. Never a higher judicial authority questioned it. The system has disadvantages for working people, but it also offers benefits, because it frees them from the –difficult– proof of real damage, according to the civil formula *ex* articles 1.101 *et seq.* For companies, it has the great advantage of the ease of calculation, without the risk of legal upheavals. The last labor reform (2012) only reduced its amount, lowering the cost of arbitrariness. On the other hand, Spanish law does not know the legal institution of «dissuasive compensation» for unfair dismissal, only in the case of null and void dismissal for violation of fundamental rights, although the amounts set are usually pyrrhic.

However, several very recent decisions (2020) of various lower judicial bodies are about to blow up this old system of compensation for arbitrary dismissal. The basis for such disruptive judicial solutions is the disagreement with the national law (art. 56 Workers' Statute), according to the obligatory conventionality judgment *ex* article 96 Spanish Constitution, articles 10 of ILO Convention 158 and 24 of the revised European Social Charter (1996).

In this way, a sector of the Spanish judicial doctrine would be aligned with the recent Italian constitutional doctrine on the same matter, rejected, on the other hand, by French jurisprudence. The author makes a study of the successes and errors of these sentences and the probability that they will be validated or, on the contrary, revoked, by the higher courts. Change of laws or change of legal culture, asks the author, according to a new principle of legal civilization of dissuasive justice in the face of the arbitrariness of company dismissals?

Keywords: dissuasive compensation; dismissal arbitrary; European Social Charter; ILO Convention 158; conventionality judgment.

Citation: Molina Navarrete, Cristóbal. (2020). Dissuasive compensation for arbitrary dismissal, between sunrise and sunset: compensatory justice or «*cadí* justice»? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 451, 185-208.





Sumario

1. El enigma de la indemnización disuasoria contra el despido arbitrario: entre vuelos y recaídas en tiempo de cambios
 - 1.1. Nuevos vuelos: abrupta irrupción de la indemnización disuasoria en la improcedencia
 - 1.2. Caídas judiciales, recaídas jurisprudenciales: disvalor de «lo disuasorio» en la nulidad
 - 1.3. Un conflicto asimétrico entre autoridades interpretativas: ¿es aquí la instancia social «David» y el nivel nacional supremo «Goliat»?
2. El nuevo amanecer del debido «juicio de convencionalidad»: ¿del coste de la «arbitrariedad empresarial» al coste de la «arbitrariedad judicial»?
 - 2.1. El origen del problema de incertidumbre generalizada: la «indemnización disuasoria», una institución foránea e impuesta, sin tradición nacional
 - 2.2. Una nueva autoridad interpretativa supralegal europea pide protagonismo: ¿vincula la interpuesta «doctrina jurisprudencial» del CEDS sobre el artículo 24 de la CSEr?
 - 2.3. El juicio de convencionalidad pendiente del artículo 56 del ET: ¿«segunda oportunidad» para el éxito de lo que debió ser o «*vendetta* de los cadíes»?
3. ¿La inseguridad jurídica es precio inesquivable del derecho a una justicia reparadora apropiada frente al despido sin causa justificada?
4. ¿Más allá de cambios legales y judiciales, un cambio de cultura jurídico-laboral?

Eneas llegó a orillas del Tíber para cumplir el destino que los dioses le habían encomendado. Murió víctima de espadas y discordias, pero, [...] muy cerca de su tumba [...] floreció una civilización que es recordada por la grandiosa arquitectura de sus leyes, que unificó bajo su mando todo el Mediterráneo. [...] Ni la paz de los caminos empedrados, ni el agua que corre paciente por los acueductos ni el baluarte del derecho que protege a los ciudadanos, existirían sin sus muchos naufragios y su tenaz convicción.

I. Vallejo. *El silbido del arquero* (2020)

Si *sub specie aeternitatis* [desde la perspectiva de lo eterno] no hay razón para creer que algo importa, entonces eso tampoco importa, y podemos abordar nuestras vidas absurdas con ironía en lugar de heroísmo o desesperación.

T. Nagel. «El absurdo» (1971)

1. El enigma de la indemnización disuasoria contra el despido arbitrario: entre vuelos y recaídas en tiempo de cambios

1.1. Nuevos vuelos: abrupta irrupción de la indemnización disuasoria en la improcedencia

El obligado y urgente análisis de la «indemnización disuasoria», como institución de garantía socioeconómica frente a los despidos arbitrarios (sin causa justificada), toma impulso por, al menos, cuatro decisiones de actualidad jurídico-laboral. La primera, y mediática, por disruptiva, es la [Sentencia del Juzgado Social \(SJS\) número 26 de Barcelona 170/2020, de 31 de julio](#). Esta resolución judicial ha decidido elevar en un 1.500 % la indemnización correspondiente [ex artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET) (de 4.000 pasa a 60.000€). ¿Por qué? Para que sea de verdad disuasoria.

La segunda, más «revolucionaria», es la [SJS número 34 de Madrid 71/2020, de 21 de febrero](#). Merece la pena transcribir literalmente su fallo, porque resume bien el radical impacto que, de pasar –lo que es poco probable, por lo que ensayaré justificar aquí– el filtro de duplicación, tendría en el mundo del trabajo. Como después se verá, su «tabla de nuevos mandamientos de la ley judicial» para el despido improcedente (ocho, no diez como en las «tablas de la ley» que Dios dio a Moisés para inaugurar un nuevo tiempo de paz y justicia para el pueblo judío) se sintetiza así:

[...] que [...], previa declaración de improcedencia debo condenar a la [...] mercantil a que readmita con carácter inmediato, en las mismas condiciones vigentes [...] al despido y con abono de los salarios dejados [de] percibir con sus correspondientes intereses moratorios, reservando al actor las acciones correspondientes ante

esta jurisdicción para reclamar la diferencia [...] entre dichas indemnizaciones y el perjuicio efectivamente sufrido. Y en calidad de indemnización penitenciaria o disuasoria le satisface, además, 2.500 €.

Esta sentencia da un paso más respecto de una misma cuestión jurídica (facultad judicial para ordenar la reparación apropiada, incluyendo la indemnización adecuada, para resarcir de forma íntegra los daños derivados del despido arbitrario y para desplegar, *de facto*, un efecto disuasorio). La [SJS número 26 de Barcelona](#) lleva a cabo una interpretación integradora del [artículo 56 del ET](#) con relación a los artículos 24 de la [Carta Social Europea revisada](#) (CSEr) (anexo 4) y 10 del [Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo](#) (OIT), a través del debido juicio de convencionalidad ex [artículo 96 de la Constitución española](#) (CE) (Sentencia del Tribunal Constitucional –[STC– 140/2018](#)). La [SJS número 34 de Madrid](#), realizando el mismo juicio (previamente a la sentencia barcelonesa e inspirándola, lo que evidencia la disparidad valorativa resultante de análoga actividad interpretativa), sin embargo, llega a la conclusión de nulidad del [artículo 56 del ET](#), por violar el principio de jerarquía normativa. Si para la SJS número 26 de Barcelona hay una laguna, que quien juzga debe cubrir integrando el sistema en su conjunto, para la [SJS número 34 de Madrid](#) es una antinomia, que debe corregirse eliminando la norma inferior violadora.

El resultado práctico de este razonamiento jurídico es manifiesto –en ambos casos incierto, más en un caso que en otro–. Por un lado, si prosperara –en suplicación, en casación unificada– la interpretación integradora de instancia social, se mantendría el sistema de indemnización tasada con carácter general, abierto a la indemnización disuasoria libre como norma diferencial del caso. En cambio, si prosperara la interpretación abrogatoria, todo el sistema legal entraría en quiebra (ni opción empresarial por despido improcedente, ni exclusión de salarios de trámite, ni indemnización tasada) y sería sustituido por otro de invención (creación) jurisdiccional.

En ambos casos el giro sería muy notable, de 90° uno, copernicano otro (180°), anticipando esta corriente de política de instancia judicial del derecho al trabajo y del trabajo el proceso de contrarreforma laboral anunciada (y acordada) gubernamentalmente para el derecho legislado del futuro próximo. Llovería sobre mojado, como es conocido, pues la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia ([STSJ](#)) de [Cataluña 274/2020, de 17 de enero](#), sobre una técnica análoga (el control de convencionalidad), hizo lo propio con el despido objetivo por absentismo laboral, luego derogado ([RDL 4/2020, de 18 de febrero](#), primero; [Ley 1/2020, de 15 de julio](#), finalmente). Frente al modelo de estabilidad obligacional como regla en la protección frente al despido arbitrario (la ausencia de causa o forma es ilícita, pero la ley asume convalidarla, *de facto*, con el pago de una cantidad compensatoria, que juega de manera automática, para facilitar tanto la previsibilidad del cálculo empresarial del coste económico máximo –improcedencia– como la prueba del daño a la persona trabajadora despedida), salvo que se trate de despidos con causa prohibida¹, esta nueva corriente

¹ Por ejemplo, violación de derechos fundamentales, despido de naturaleza colectiva al margen del procedimiento de control colectivo previsto; automaticidad de la nulidad cuando el despido se realiza durante el ejercicio de derechos de conciliación –[art. 55.5 ET](#)–.

judicial –aún aislada– de contrarreforma laboral impondría un modelo (sistema) de estabilidad obligacional reforzado (plus disuasorio del equivalente económico) o un modelo (sistema) de estabilidad real (derecho de readmisión obligatoria e indemnización íntegro-disuasoria).

Cambio sistémico, pues. No es poca cosa y sus efectos prácticos podrían ser profundos. De nuevo, por ilustrar el razonamiento con ejemplos de la experiencia jurisprudencial reciente, es de interés traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 730/2020, de 30 de julio. En ella se resuelve la cuestión relativa al método de cálculo de la indemnización por despido de una persona trabajadora contratada fija discontinua. En el recurrente dilema –que tiene muchos ámbitos aplicativos– entre computar exclusivamente el periodo de tiempo «efectivo» de prestación de servicios o todo el periodo de tiempo de duración del vínculo opta, con el consiguiente efecto restrictivo, por el primero. No considera aplicable la doctrina del [Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea \(TJUE\) de 15 de octubre de 2019, C-439/18 y C-472/18, asunto AEAT](#), que ya le dio un varapalo en relación con los complementos de antigüedad, obligándole a rectificar (últimamente, [STS 69/2020, de 28 de enero](#)). Sin entrar ahora en esta enjundiosa cuestión, que no tiene fácil solución jurídica, sí es oportuno reseñar que, desde el punto de vista del plus o el efecto disuasorio de despidos arbitrarios o sin causa (eufemísticamente, «improcedentes»), esta irrupción del derecho a la reparación adecuada, y al margen de si es una discriminación indirecta por razón de sexo, permitiría al órgano jurisdiccional atender otras circunstancias específicas en estos casos –por ejemplo, piénsese en la precariedad que suele acompañar al trabajo parcial y, por tanto, a su mayor vulnerabilidad respecto del despido, al que el mero cálculo económico perjudica más–.

1.2. Caídas judiciales, recaídas jurisprudenciales: disvalor de «lo disuasorio» en la nulidad

En este escenario incierto y convulso, ¿qué opinará la Sala Cuarta del TS sobre lo disuasorio allí donde se explicita, ex [artículo 183 de la Ley reguladora de la jurisdicción social \(LRJS\)](#) –despido con violación de derechos fundamentales–? Su visión es menos «generosa», si no directamente «cicatera». No parece tener muy presente el derecho a la reparación apropiada ex artículos 10 del [Convenio 158 OIT](#) y 24 de la [CSEr](#), en virtud del [artículo 96 de la CE](#), ajena a todo este debate, de momento. Pongamos la tercera decisión jurisdiccional que, de signo opuesto, trae al primer plano de la actualidad jurídico-laboral esta figura de la «indemnización disuasoria por despido»², ciertamente enigmática, pues todos –los niveles judiciales– hablan de ella por doquier, pero nadie –órgano judicial– fija los criterios objetivos

² Para otros ámbitos del derecho social de daños a la persona especialmente llamados a darle un recorrido intenso, el de la prevención de riesgos laborales, destaca la [STSJ del País Vasco 754/2020, de 10 de junio](#) (reconoce una indemnización de daños pese a no haber tenido lugar accidente de trabajo para disuadir a la empresa de seguir incumpliendo con sus deberes preventivos, al haber tenido reiterados incidentes que ponen en peligro al trabajador –camionero–).

y razonables sobre los que nacer a una vida jurídica útil y racional, no meramente nominal o, al contrario, puramente arbitraria.

Me refiero a la [STS 352/2020, de 19 de mayo](#), que termina vaciando de toda utilidad práctica esta institución. Esta sentencia nos ofrece múltiples puntos de interés, dibujando un cuadro sugerente de claroscuros, digno del mejor tenebrismo pictórico (un Caravaggio judicial auténtico –o un Greco o un José de Ribera, para geniales versiones patrias–), sobre el significado, alcance y límites de la indemnización adicional que integra una justicia resarcitoria apropiada, según ordena el sistema multinivel (arts. 10 [Convenio 158 OIT](#), 24 [CSEr](#) y [183 LRJS](#)). Dos aspectos de su doctrina son ahora reseñables. Empecemos por su «Haber», por su potente foco de luz para la doctrina judicial, de suplicación e instancia que a menudo vive de espaldas a él. La [STS de 19 de mayo de 2020](#), en un asunto de despido nulo por impedir la reincorporación de una trabajadora, tras terminar la excedencia forzosa por cargo público (coincidiendo el juicio con la gestación de gemelos por técnicas de reproducción asistida), confirma su doctrina actual sobre la automaticidad de la indemnización de daño moral en estos casos y la autonomía de la misma respecto de las medidas de reparación apropiada que contiene nuestro ordenamiento.

En el caso, la instancia social había reconocido la nulidad y una indemnización adicional de 48.080 euros, porque valora que el caso reúne circunstancias que exigen atender no solo la reparación íntegra del daño (proceso de ansiedad desarrollado por la pérdida de trabajo –daño moral– y las oportunidades de desarrollo de su vida profesional al ser apartada de la actividad laboral –daño patrimonial de lucro cesante, daño profesional o personal–), sino también un fuerte componente disuasorio (además de que se trata de una entidad financiera potente, no era la primera vez que las personas trabajadoras tenían algún problema análogo³). Para ello, recurre al [artículo 40.1 c\)](#) con relación al [artículo 8.12](#) de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social: «baremo sancionador para la valoración orientativa de daños a la persona trabajadora»: grado medio, tramo medio de las infracciones muy graves (entre 25.001 y 100.005 €). Teniendo en cuenta que, como indemnización estandarizada, suele recurrirse al grado mínimo, tramo mínimo (6.251 €), o –más raramente– al tramo máximo del grado mínimo (25.000 €), queda claro que, no habiendo más daños personales (a la salud), la diferencia debe imputarse al efecto disuasorio.

La suplicación valenciana tiene una opinión radicalmente distinta. No duda en confirmar la nulidad del despido por violación del derecho fundamental afectado ([art. 23 CE](#)). Pero, a su juicio –muy errado–, la falta de incorporación al puesto y los daños económico-profesionales

³ Aunque en empresa distinta, la [STC 66/2020, de 29 de junio](#), estimará el recurso de amparo contra las decisiones judiciales que no habían declarado la nulidad de la negativa empresarial a la reincorporación a su puesto de trabajo de una trabajadora que cesó en su condición de concejal con dedicación exclusiva. Devueltas las actuaciones para que se pronuncie la instancia, la trabajadora tendrá que esperar para ver tutelado su derecho fundamental. No son buenos tiempos tampoco para el *ius in officium* de quienes deciden integrar consistorios municipales.

derivados de ello quedan indemnizados con el abono de los salarios de tramitación. Por lo tanto, la revoca. ¿*Rara avis* esta doctrina de suplicación social? Aunque sorprenda sobremanera, porque la sentencia es coetánea al tiempo de consolidación del cambio de criterio de la Sala Cuarta del TS (el giro comenzó en 2013, 2 años después prácticamente de la entrada en vigor del [art. 183 LRJS](#), pero no se consolidó hasta 2017 –fecha en la que se dicta la sentencia valenciana–), en absoluto. Son todavía legión las sentencias que se dictan sin este pronunciamiento –aun automático– indemnizatorio, quizás en ocasiones porque ni siquiera se pide en la demanda.

Un [ejemplo mediático](#). La [STSJ de Madrid 555/2020, de 30 de junio](#), declara nulo el despido de una azafata de Air Europa por ironizar con algún aspecto de su trabajo por Facebook. La instancia lo declaró improcedente (68.000€ –atendida la elevada antigüedad–), la sala de suplicación, en cambio, nulo por violación de la libertad de expresión [ex artículo 20 de la CE](#), que prima sobre la política de empresa de acceso a las redes ([STC 27/2020, de 24 de febrero](#)). ¿Y la indemnización automática derivada de tal vulneración? Nada, no se debate. ¿Decisión aislada? No.

Otro ejemplo. La [STSJ de Cantabria 45/2019, de 18 de enero](#) (comentada por la profesora Carmen Sánchez Trigueros en el [núm. 443 –abril 2019– de esta revista](#)), para un caso de daño discriminatorio múltiple de libro (discapacidad y género –despedida por comunicar un cáncer de útero–), omite la garantía de indemnización adecuada, pese al claro mandato legislativo ([art. 10 Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres –LOIEMH–](#); [art. 183 LRJS](#)). Esta sala será reincidente en la omisión (¿perseverante en el error?), como prueba su [Sentencia 439/2020, de 10 de junio](#)⁴. De ahí, el valor pedagógico, además de operativo, de la [STS de 19 de mayo de 2020](#), que casa aquella doctrina «negacionista» de la indemnización adicional, recordando que en nuestro derecho ambas indemnizaciones son compatibles:

La razón de ser es que cada una de las indemnizaciones está destinada a reparar un diferente daño. Así la indemnización fijada para el despido nulo –abono de los salarios de tramitación– [...] compensa el daño emergente sufrido. La indemnización por daños morales [...] el sufrimiento [...] que la citada vulneración haya podido producir [...]. En este caso se concreta en la ansiedad que sufre la trabajadora por la pérdida del trabajo y [...] de oportunidades de desarrollo profesional [...].

Esta clara distinción no impide que, en determinadas situaciones, muy especiales, la salida indemnizatoria para la improcedencia (arbitrariedad) del despido deba incluir también un plus de resarcimiento por la nulidad, cuando esta no se acompaña de readmisión

⁴ En este caso, confirma la sentencia de instancia social que, a su vez, estimó la demanda de una trabajadora en la empresa Gran Casino del Sardinero y declaró la nulidad del despido. Con la condena a readmitir en iguales condiciones anteriores al despido con abono de los salarios de trámite considera resarcimiento suficiente.

obligatoria. Como sería el caso del despido con violación de derechos fundamentales, por lo general cuando están en situación de embarazo, de las empleadas de hogar. Lo recordaba, si bien tácitamente, la [STS 77/2020, de 29 de enero](#).

Aunque esta sentencia se limita a establecer doctrina jurisprudencial unificada –dada la disparidad de criterios– sobre el periodo que debe comprender los salarios de tramitación de una empleada de hogar que fue despedida por su embarazo (fijando el límite en la fecha de la primera sentencia que declara la nulidad), deja traslucir otros problemas de disparidad judicial. Es el caso de si procede o no indemnización (disuasoria) adicional a la de improcedencia más salarios de trámite en estos casos, incluso cuál es la indemnización de improcedencia, si la común ex [artículo 56 del ET](#) o la específica ex [artículo 11 del Real Decreto 1620/2011, de 1 de agosto](#), regulador de la relación laboral especial del servicio del hogar familiar (no contempla la nulidad).

No podemos entrar aquí en más detalle sobre estas importantes aclaraciones pese a que siguen generando continuos conflictos en la práctica forense, como ilustra la observación del día a día de los tribunales⁵. Solo haremos mención a una cuestión importante al hilo de esta última afirmación jurisprudencial en conexión con el hilo conductor de este análisis. Si bien una antigua doctrina del TS viene negando que pueda resarcirse el mero estado de ansiedad que generará, por lo común, todo despido, ¿no se produce en todo despido una pérdida de oportunidades de desarrollo laboral? ¿Es una cuestión de prueba o se presume? Tampoco es una cuestión fácil de dilucidar, lo que generaría una notable complejidad y-disparidad, e incluso imprevisibilidad de decisiones jurisdiccionales. De ahí, la opción legislativa, fuera del despido con violación de derechos fundamentales –que no puede ser topado en su cuantía resarcitoria–, por la indemnización tasada legalmente, que engloba todos los daños derivados de la pérdida de empleo, incluso aunque se encuentre empleo –y mejor– al día siguiente.

Piénsese, como nuevo ejemplo, en la situación que resuelve la [STS 508/2020, de 23 de junio](#), en la que la «falsa becaria» despedida por una universidad encuentra empleo 3 días después en otra empresa. Es evidente que, en este caso, se difumina de forma notable el daño por pérdida de oportunidad de un nuevo empleo, aunque puedan persistir otros que, sin embargo, difícilmente pueden presumirse, a diferencia de los daños morales, evitando eventuales «enriquecimientos injustos» o duplicación indemnizatoria⁶.

⁵ Así, por ejemplo, la [STS 514/2020, de 24 de junio](#), ante la nulidad del despido por vulneración de la garantía de indemnidad ex [artículo 24 de la CE](#) (Personal Administración y Servicios –PAS– universitario), recuerda la pertinencia de la indemnización adicional (en este caso devuelve las actuaciones a la sala de suplicación para que, sobre esta base, dicte sentencia, pues revocó la de instancia que así lo establecía). Naturalmente, el presupuesto de esta indemnización adicional es que haya violación del derecho fundamental, no si no se constata. Por ejemplo, [STS 540/2020, de 29 de junio](#) (no valora que exista violación alguna de la garantía de indemnidad cuando se reclama contra el cese temporal finalizando este por su causa).

⁶ En el caso, para la instancia social, tal hecho implicaba una baja voluntaria; la suplicación consideró que se trataba de despido improcedente, discutiéndose en unificación el salario regulador de la indemnización.

Pero si complicado es identificar todos los daños derivados de un despido arbitrario, con o sin violación de derechos fundamentales (si bien en este caso cuenta con la presunción del daño moral, según el [art. 183.2 LRJS](#); [STS 736/2019, de 24 de octubre](#)), más difícil aún resulta cuantificarlos. Y aquí reside el lado oscuro o tenebroso del cuadro, «Debe», de la [STS de 19 de mayo de 2020](#) que venimos comentando. La Sala Cuarta valora –con escaso grado de realidad del tiempo en el que ha de aplicarlo ex [art. 3.1 Código Civil \(CC\)](#)–, en el necesario juicio ponderativo de la pretensión indemnizatoria, que la cuantía es «excesiva» y la modera (salvajemente) a la baja:

[...] dadas las circunstancias que concurren, la gravedad de la conducta [...] y sus efectos en la salud de la trabajadora, estimamos ajustada la fijación de un importe correspondiente a la sanción por infracciones graves, en su grado medio, de 3.000 € (FJ 5.º, *in fine*).

Casi deja sin palabras.

1.3. Un conflicto asimétrico entre autoridades interpretativas: ¿es aquí la instancia social «David» y el nivel nacional supremo «Goliat»?

Si de esta tercera decisión –esta de autoridad jurisprudencial–, que valora 3.000 euros como una indemnización suficientemente disuasoria para un banco a fin de resarcir íntegramente los daños y disuadir de futuras violaciones de este derecho fundamental, reduciendo un 95 % la indemnización, pasamos a la primera, que aumenta en análogo porcentaje una indemnización por un despido improcedente (de 4.000 a 60.000 €), ¿puede decirse que ambas pertenecen al mismo planeta-sistema u orden jurídico-laboral? Dada la diferencia de autoridad judicial entre un nivel y otro, ¿ha de entenderse que la doctrina de instancia es segura carne de cañón de suplicación y –en su caso– casación?

Antes de intentar responder, o mejor, de ofrecer elementos de juicio para poder hacerlo, traigamos a colación la cuarta decisión de valor jurisdiccional a la que aludíamos al inicio del primer epígrafe. Y es que debe tenerse muy presente que ni la [SJS número 26 de Barcelona 170/2020, de 31 de julio](#), ni la [SJS número 34 de Madrid 71/2020, de 21 de febrero](#), exhiben solo su independencia judicial para echarle un pulso tan radical al sistema legal indemnizatorio «vigente», basado en la técnica de las indemnizaciones tasadas como coste de la arbitrariedad en la decisión extintiva, salvo para los despidos que se acompañan de una violación de derechos fundamentales; pulso que se extiende a su sumo intérprete, al TS. Este ni ha puesto nunca en cuestión aquel sistema ni, en lo que concierne al «efecto disuasorio», se lo ha tomado «demasiado en serio», desde un punto de vista práctico, pura cláusula de estilo o retórica. Y no lo ha hecho ni en el ámbito de la indemnización adicional ex [artículo 183 de la LRJS](#), ni en el comunitario (por ejemplo, las indemnizaciones disuasorias

como garantía de efectividad para la protección frente a los abusos o fraudes en la contratación temporal –pública y privada– ex cláusula 5.^a [Directiva 1999/70/CE](#)).

Más conscientes del extremo desafío-conflicto creado en su reinterpretación del sistema indemnizatorio actual, las instancias buscan el refuerzo de otra autoridad de valor jurisdiccional supralegal que, en principio, debería vincular, o, al menos, condicionar, al propio TS, en virtud de los artículos [96 de la CE](#) y [31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre](#) (tratados internacionales). El JS número 34 de Madrid no se esconde y, poniéndose la «venta antes de la herida», apela a una suerte de principio de autoridad jurídica superior al del TS (una más alta autoridad jurisdiccional). A saber:

En principio, nada nos impediría como órgano judicial nacional abordar [...] siguiendo los criterios hermenéuticos legales la interpretación *ex novo* de la normativa internacional/nacional a aplicar. Pero creemos que, ante lo novedoso de nuestras conclusiones, hemos de apoyarnos *en criterios de mayor autoridad*. Nos referimos a las decisiones del [...] Comité Europeo en aplicación del art. 24 de la Carta Social Europea revisada. Por otra parte, dichas decisiones constituyen la manifestación de las convicciones de la comunidad jurídica europea, de la que formamos parte (FJ 6.^o).

Pero ¿cuáles son esas decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) y cuál es la fuente de ese pretendido principio de civilización jurídico-laboral europeo del que deberíamos participar como comunidad, también, se entiende, el TS español? ¿Realmente son vinculantes para la jurisdicción social ordinaria? ¿De verdad resultan tan compartidos en la comunidad jurídico-laboral europea? De especial interés resulta la Decisión de fondo del CEDS de 11 de septiembre de 2019 (notificada el 10 de octubre de 2019 y publicada el 11 de febrero de 2020), que resuelve la reclamación colectiva 158/2017 formulada por la Confederazione Generale Italiana del Lavoro contra Italia. Su interés, a nuestros efectos, es doble. A saber:

- Refuerza su acervo de «doctrina jurisprudencial», según la cual los sistemas legislativos de indemnización tasada frente a un despido arbitrario o sin causa no pueden excluir ni la obtención, por una vía u otra dentro del sistema jurídico nacional, de una reparación íntegra de todos los daños existentes (principio de reparación íntegra) ni un efecto real disuasorio, para prevenir estas conductas en el futuro.
- Esta misma doctrina europea ha sido establecida, también en virtud de su influencia, no por tenerla como fuente directa, sino como criterio de orientación interpretativa, por la Corte Constitucional italiana ([Sentenza 194/2018, de 26 de septiembre](#)). La doctrina del máximo órgano de garantías constitucionales italiana declara la inconstitucionalidad de los sistemas indemnizatorios por despido arbitrario topados o tasados legalmente, si con ello impiden la individualización o personalización, en cada caso, del daño efectivo.

El hueso jurídico se vuelve, pues, más duro de roer en las instancias superiores. Pero ¿por qué es vinculante una doctrina «jurisprudencial» de la que no solo se lleva años dudando de tal valor jurídico, sino que se fija respecto de un artículo, el artículo 24 de la [CSEr](#), que, sin embargo, no es aplicable a España, pues firmamos, pero no hemos ratificado aún la Carta revisada –aunque hace años que se promete hacerlo, también hoy–? Los enigmas e incertezas, en vez de ir aclarándose, se van enredando y la madeja se hace más densa.

2. El nuevo amanecer del debido «juicio de convencionalidad»: ¿del coste de la «arbitrariedad empresarial» al coste de la «arbitrariedad judicial»?

2.1. El origen del problema de incertidumbre generalizada: la «indemnización disuasoria», una institución foránea e impuesta, sin tradición nacional

La primera y principal razón del problema de incertidumbre sobre el significado y concreción de la figura de una indemnización disuasoria de la arbitrariedad en los despidos reside en la falta de previsión legislativa, tanto nacional como internacional. Salvo las referencias difusas en los artículos [10 de la LOIEMH](#) y [183 de la LRJS](#), no contamos con ningún referente normativo patrio que ayude a la jurisdicción en su función. Además, conviene recordar que ambos preceptos obedecen a diversos mandatos comunitarios tan ambiguos como los nacionales. Se deben a la conversión en palabra de ley de la doctrina del TJUE, que tampoco ha aclarado nunca, en ninguno de los diversos ámbitos en los que lo utiliza, qué se entiende por efecto disuasorio, sea de la indemnización, sea de la sanción.

En realidad, el TJUE siempre ha entendido que ese efecto ha de predicarse del sistema global de garantías frente a un incumplimiento normativo, sin que el derecho de la Unión Europea requiera, de forma necesaria, la figura de los denominados «daños punitivos» (subyacente en ambas sentencias –la [SJS núm. 34 de Madrid](#) habla de «cláusula penitenciaria implícita»–, que evidencian su función de coacción o presión a la empresa para cumplir, esto es, readmitir). Así lo fijó la Sentencia del TJUE ([STJUE de 17 de diciembre de 2015, C-407/14, asunto Arjona Camacho](#), en materia de prohibición de discriminación por sexo (sobre los arts. 18 –indemnización o reparación– y 25 –sanciones– [Directiva 2006/54/CE](#)). El [artículo 10 de la LOIEMH](#) refleja ese juego integrado, y ambiguo, del efecto disuasorio entre indemnización-sanciones. El [artículo 183 de la LRJS](#) extiende esta dimensión preventiva para las indemnizaciones por daños derivados de violaciones de cualquier derecho fundamental. No hay más previsiones legislativas.

No aparece referencia alguna en la cláusula 5.^a del Acuerdo marco anexo a la citada [Directiva 1999/70](#), para la prevención del abuso en la contratación sucesiva temporal, cuyo catálogo

de medidas se dirige a garantías de cumplimiento efectivo de la prohibición de abuso en tales casos. Tampoco aparece nominada la cualidad de disuasorio para el sistema de sanciones en materias tan relevantes a estos efectos como los incumplimientos preventivos en riesgos profesionales, pese a que debe entenderse implícita en la exigencia de que los Estados aseguren de forma efectiva, a través de las diversas garantías, el cumplimiento (art. 18 [Directiva 89/391/CEE](#), Directiva marco). Respecto de este segundo ámbito –el sancionador preventivo y la garantía de efecto disuasorio–, resulta ejemplar la [STSJ de Canarias/Las Palmas de 2 de julio de 2019 \(rec. 369/2019\)](#), que confirmó la sanción de 20.000 euros por la ausencia de evaluación de riesgos ergonómicos en un hotel respecto de las camareras de pisos y que había sido reducida a 2.000 euros por la instancia social. El enfoque de género del asunto y el efecto disuasorio real, efectivo, de una medida de garantía secundaria –aquí sanción– de la integridad y la salud serían las razones invocadas –correctamente– para evitar neutralizarla.

Precisamente, otro ámbito sancionador, extramuros de lo social, pero con impacto en él, el de la defensa de la competencia, ha querido reservarse para sí esa potestad sancionadora disuasoria frente a cualquier intento de la negociación colectiva de contravenir aquella libertad económica. De ahí que, como en el caso de las cláusulas de subrogación del IV Acuerdo marco de estiba, y pese a su cobertura legislativa ([RDL 9/2019](#)), la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia amagara con una sanción de nada menos que 7 millones de euros, 6 para la patronal y 1 a repartir entre los sindicatos, con cantidades de diferente cuantía según su participación y solvencia económica. Por razones varias que ahora no vienen al caso, entre otras por la [STJUE de 16 de septiembre de 2020, asunto C-462/19](#) –que le ha cortado las alas respecto de su pretensión de ser órgano jurisdiccional, con potestad para dejar inaplicadas leyes–, la sanción disuasoria se ha quedado, en este supuesto, en sanción simbólica (susto, en vez de bolsa). ¿Y de futuro? Ya se verá.

Sin embargo, donde la indemnización disuasoria está adquiriendo mayor auge es en el señalado de la protección frente al abuso de la contratación –o nombramientos– temporal sucesiva. Un mal estructural en el empleo público de nuestro país, en parte también del empleo privado, que no hace más que conocer episodios de conflictos-reveses jurisdiccionales sin alterar la actitud de «avestruz», abstencionista –incluso absentista–, de quien legisla, que se viene desentendiendo de tan grave, y grosero, problema. Hoy ya lejanas, en apariencia, las célebres sagas «Ana de Diego Porras» (por ejemplo, [SSTS 207/2019, de 13 de marzo](#), y [300/2020, de 12 de mayo](#)) y «Lucía Montero Mateos» ([STS 387/2019, de 22 de mayo](#); esta todavía en el candelerero, a través del [Auto del TSJ de Madrid de 23 de septiembre de 2019, rec. 876/2018](#), sede donde se inició todo el laberinto, y donde todo vuelve a recomenzar), ganan pujanza otras.

Como ejemplo, los asuntos Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez ([STJUE de 19 de marzo de 2020, C-103/18 y C-429/18](#)). Esta doctrina no avala la conversión automática en fijos de los empleos temporales públicos realizados –sucesivamente– en fraude de ley, pero sí habilita al órgano jurisdiccional nacional a buscar –no crear o inventar– dentro del sistema una medida de reparación adecuada para prevenir (disuadir) de forma efectiva el abuso. La referida cláusula 5.ª del Acuerdo marco anexo a la [Directiva 1999/70](#) lo exigiría. En sus términos literales del fallo de la nueva –enésima– sentencia comunitaria:

[...] incumbe al órgano jurisdiccional nacional apreciar, con arreglo al conjunto de normas de su derecho nacional aplicables, si la organización de procesos selectivos destinados a proveer definitivamente las plazas ocupadas con carácter provisional por empleados públicos nombrados en el marco de relaciones de servicio de duración determinada, la transformación de dichos empleados públicos en «indefinidos no fijos» y la concesión a estos empleados públicos de una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente constituyen medidas adecuadas para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos [...] (apdo. 3 fallo).

Como era previsible, cada órgano jurisdiccional lo ha interpretado de un modo. Y así, por ejemplo, la [STSJ de Madrid 486/2020, de 24 de junio](#), que aplica la doctrina del TJUE (y la [STJUE de 15 de abril de 2008, C-268/06, asunto Impact](#)) a una interina por sustitución, declarando su carácter indefinido, pero sin aclarar si es fijeza o «indefinición no fija» (recientemente, para las empresas públicas estatales, *vid.* [STS 183/2020, de 27 de febrero](#) –descarta ahora, rectificándose, la figura Frankenstein de «indefinido no fijo» para estas empresas, identificando indefinición con fijeza–). También en el empleo público laboral se abre paso la fijeza (por ejemplo, [STSJ de Galicia de 11 de junio de 2020, rec. 5173/2019](#)).

O, para el ámbito del empleo público-administrativo, la también reciente Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo ([SJC-A número 14 de Madrid 286/2020, de 29 de junio](#), que resuelve, precisamente, el asunto sometido a aquella cuestión prejudicial, que opta de una forma decidida por la fijeza (modelo de estabilidad real), descartando de raíz (con exceso de argumento apodíctico –lo asevera con firmeza, pero no lo razona, solo es su creencia–) que sea idónea como medida reparadora una indemnización disuasoria para combatir el abuso (lo mismo la [SJC-A núm. 4 de Alicante 252/2020, de 8 de junio](#); y en contra la [SJC-A núm. 2 de Alicante 183/2020, de 18 de junio](#)). En cambio, la [STSJ de Baleares 271/2020, de 10 de junio](#), rechaza la declaración de fijeza en una sucesión de relaciones temporales (laborales y administrativas) que se ha prolongado desde 1994 hasta 2019. Si la [STS, Sala Tercera, 602/2020, de 28 de mayo](#), reafirma la negativa de rechazo a la indemnización con base en la doctrina Baldonado ([STJUE de 22 de enero de 2020, C-177/18](#)), de modo que «el cese de un funcionario interino, con una única relación de servicios, no determina» tal derecho, las SSTS, Sala Tercera, [1425/2018](#) y [1426/2018](#), de 26 de septiembre, reconocen la posibilidad del derecho a una indemnización por abuso.

En suma, muy numerosos criterios judiciales, muy dispares, y «curva de incertidumbre en ascenso», sin que hasta ahora ninguna autoridad, ni legislativa ni jurisprudencial, parezca tener decisión alguna para doblegarla. Con tal extremada complejidad de esta cuestión no podemos detenernos ahora en este nuevo laberinto, que ameritará un análisis específico en un próximo número de la revista. Ahora dejemos constancia de esta nueva batalla entre las opciones por la continuidad del modelo de indemnización tasada (incluso inexistente en el empleo estatutario) y la apertura hacia modelos de estabilidad obligacional reforzada (indemnización disuasoria) e incluso de estabilidad real («sanción de fijeza» de la relación frente al cese con fraude o abuso). En consecuencia, se confirma que el movimiento crítico contra el *statu quo* en la materia, sea legal, sea jurisprudencial, tiene una intensidad mayor de la apreciada hasta ahora.

2.2. Una nueva autoridad interpretativa supralegal europea pide protagonismo: ¿vincula la interpuesta «doctrina jurisprudencial» del CEDS sobre el artículo 24 de la CSEr?

Cierto, toda esta convulsión proviene de la alta autoridad interpretativa que la impulsa, una vez es reclamada por la propia «élite» jurisdiccional nacional de poder-saber comunitario (sigue siendo un grupo reducido de órganos jurisdiccionales el que se decide a iniciar tan complejo, pero fascinante, viaje a esa nueva oracular ciudad de la Justicia que se llama Luxemburgo) crítica con ese *statu quo*. El principio de vinculación más fuerte de la jurisdicción a la doctrina del máximo pretor comunitario ([arts. 4 bis Ley orgánica del Poder Judicial y 93 CE](#)) que a la ley nacional ([art. 117 CE](#)) obliga a una revisión constante del ordenamiento interno y de su jurisprudencia para garantizar aquella conformidad con el derecho de la Unión Europea, aunque su jurisprudencia tampoco es ni infalible ni irreversible (por ejemplo, asunto De Diego Porras). Asimismo, en el derecho internacional universal, el que protagoniza los convenios de la OIT, el TC lo había confirmado en más de una ocasión, que no solo la jurisprudencia de los Altos Tribunales vincula, sino también las «doctrinas» de cualquier otro órgano máximo de interpretación y garantía del convenio aplicable, o, al menos, podrían desplegar una importante influencia como autoridad interpretativa (*vid.* síntesis [STC 140/2018](#)).

Es el caso, paradigmático, de la doctrina del Comité de Libertad Sindical (CLS), cuyo acervo de doctrina cuasi jurisdiccional marcó toda la interpretación del TC en materia de libertad sindical, y ahí sigue influyendo. Pero no es el único. Así, aunque más desconocido, es muy importante —en general y a nuestros efectos— el papel interpretativo y de control del grado real de cumplimiento de las normas de la OIT que viene realizando la denominada Comisión de Expertos para la Aplicación de los Convenios y Recomendaciones (CEACR). Y entre ellos, por lo que aquí directamente atañe, el [Convenio 158 OIT](#) (1982), sí ratificado por España (1985), no la [CSEr](#).

Justamente, sobre ambos niveles supralecales de jurisprudencia y doctrina interpretativa de normas internacionales (a la comunitaria hay que añadir la europea, a través del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —TEDH—), España fue reduciendo progresivamente su tendencia al «patriotismo normativo y judicial» para ir abriéndose cada vez más a una comunidad jurídica más amplia. Aunque de forma asimétrica, demasiado gradual y no errática, porque tanto en el nivel europeo como en el internacional universal quedaron algunas otras dimensiones relegadas, ignoradas en la práctica, o excluidas de forma expresa por la jurisprudencia (es el caso de la doctrina de la CEACR respecto del [Convenio 158](#)). Precisamente, la OIT, con motivo del centenario, editó un magnífico [estudio](#) sobre el papel fundamental de la CEACR (órgano independiente e integrado por juristas de todo el mundo con un significativo bagaje de estudio y experiencia en el derecho) en el control del cumplimiento efectivo de las normas sociales internacionales del trabajo. La misión de la CEACR es la realización de una evaluación técnica imparcial del estado de la aplicación de las normas internacionales del trabajo. Aunque en su examen realiza dos tipos de comentarios, a partir de las memorias estatales, observaciones y solicitudes directas, elabora periódicamente también estudios sobre el estado de situación de convenios, como, por ejemplo, hizo con la protección frente al despido

injustificado, tanto antes como después del [Convenio 158 OIT](#) (no hubo norma específica de la OIT hasta este convenio, antes existía solo una recomendación, [1963](#)).

Como prueba de esta usual marginación, la [SJS número 34 de Madrid](#) parte de que en la –pretendida– «ausencia de un intérprete "auténtico" corresponde a los tribunales de justicia nacionales la interpretación del convenio» (FJ 4.º, *in fine*). A partir de esta constatación, y consciente de las limitaciones de autoridad interpretativa de una instancia social cuando pretende arrumbar con la literalidad del sistema nacional (de indemnizaciones tasadas por despido improcedente, así como de la opción a favor de la empresa) y la interpretación constante jurisprudencial, con el aval expreso del TC, el magistrado del Juzgado de lo Social de Madrid se ve obligado a acudir a una «más alta autoridad interpretativa», como se apuntó. Y, puesto que dice no poder encontrarla en el propio sistema de garantías del [Convenio 158 OIT](#), da un gran salto normativo, territorial e institucional, desviando la aplicación de la norma social universal, ratificada, a la norma social europea, pese a no estar ratificada. En esta sí halla la potente autoridad interpretativa que precisa para su «revolución jurídica»: el CEDS. No, no es ni un juego de prestidigitación ni de ilusionismo jurídico, menos un sofisma, sino una técnica de reenvío material –incluso un silogismo jurídico–: si el artículo 24 de la [CSEr](#) tiene como sustrato normativo el sistema de protección del [Convenio 158](#) –también inspiró el art. 30 [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#)–, la interpretación del CEDS debe ser conforme con el [Convenio 158](#), pudiendo alumbrar el razonamiento del juez nacional.

Para acreditarlo incluso realiza –como suele hacerse en las directivas de refundición– una «tabla de concordancias» entre ambas normas, muy libre, claro –tan libre que no se encuentra ninguna correspondencia en los textos, salvo en lo que concierne a la indemnización adecuada, cuestión central aquí, cierto–⁷. Una vez afirmado que el artículo 24 de la [CSEr](#) es «una mera reordenación del contenido obligacional» del [Convenio 158](#), a su parecer –errado, al mío– «con mejor y más actual técnica» (pese a que, por ejemplo, omite la readmisión y solo se integra en su contenido a partir de conceptos jurídicos indeterminados, por el CEDS, así como cierta lectura sistemática), desvela una paradoja que, sin embargo, ya había evidenciado la CEACR –solo que, como se ha dicho, el juzgador no ha valorado su relevancia, pese a tenerla muy en cuenta el CEDS en su doctrina–: «el Convenio 158 de la OIT resulta de aplicación a países que no lo han ratificado, pero sí lo han hecho con la Carta Social Europea revisada, y viceversa» (FJ 5.º). A partir de aquí emerge un buen número

⁷ Para la [SJS número 34 de Madrid](#):

La parte I es coincidente con los arts. 8, 9.1 y 10 del convenio.

La parte II [de la] CSE es una transcripción de los arts. 4, 8.1 y 10 del convenio.

El anexo 1: la definición de despido consta al art. 3 como terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador.

El anexo 2: las exclusiones subjetivas de categorías de personas empleadas son las previstas en el art. 2.2 del convenio.

El anexo 3: es una copia de los arts. 5 y 6.1 del convenio.

Y el anexo 4: es coincidente con el art. 10 del convenio.

de sobras en la argumentación para llevar a cabo el juicio de convencionalidad disruptivo que les compete a las instancias, de inicio –ex [arts. 96 CE](#) y [31 Ley 25/2014](#)–, sometidas al control (filtro) de los niveles superiores de la jurisdicción, lógicamente.

El JS número 34 de Madrid y el JS número 26 de Barcelona convergen en dotar a la doctrina del CEDS de un específico «valor jurisdiccional» y, en consecuencia, vinculante para los órganos jurisdiccionales nacionales. La [sentencia constitucional italiana](#) referida opina lo contrario. Como Italia no ratificó el [Convenio 158](#), descarta su aplicación, y sí aplica la [CSEr](#), que ha ratificado. Sin embargo, no reconoce a la doctrina afirmada por el CEDS carácter «vinculante», a diferencia de lo que sucede con la jurisprudencia del TEDH (el «hermano rico» judicialmente en el Consejo Europeo, siendo el CEDS «el hermano pobre»), sin perjuicio de reconocerle, eso sí, una notable autoridad hermenéutica, como criterio solvente y serio a integrar, junto con otras pautas, en la interpretación de las normas aplicables.

2.3. El juicio de convencionalidad pendiente del artículo 56 del ET: ¿«segunda oportunidad» para el éxito de lo que debió ser o «*vendetta* de los cadíes»?

Traer a colación esta decisión constitucional comparada no tiene más interés que evidenciar no solo la actualidad sino la recurrencia de un problema ya conocido, un obstáculo a superar con razones. Pero ninguna de las dos instancias ha querido abordarlo, lo que lastra su solvencia –también hipoteca su futuro– al orillar una cuestión capital. Da por cierto algo que –pudiéndose compartir– es problemático, en España y en otros países de la Unión Europea –como Francia–.

La opción metodológica, y de política del derecho a la protección justa frente al despido arbitrario, no es nueva, en realidad ya se intentó en varias ocasiones por estas y otras análogas instancias judiciales, a propósito de la crítica judicial interna a diversas medidas incidentes en este ámbito con la reforma laboral de 2012. En lo que concierne al valor de la doctrina o acervo aquilatado por el CEDS, como máximo órgano de garantías de cumplimiento de la Carta Social Europea, tanto en virtud de sus decisiones de fondo, dictadas en procedimientos de reclamación colectiva (por mor de un protocolo que tampoco hemos ratificado todavía, lamentablemente, de 1996), como en sus conclusiones a las memorias de los Estados parte (semejantes a las observaciones de la CEACR respecto de los convenios OIT) se presupone una autoridad interpretativa que, exhibida ya para el control de convencionalidad del periodo de prueba del –tristemente célebre– contrato «indefinido» de apoyo a emprendedores (afortunadamente ya derogado), fracasó en diversas sedes de suplicación (por ejemplo, SSTSJ de [Cataluña 1388/2016, de 1 de marzo](#), y de [Castilla y León 565/2015, de 25 de marzo](#)). Así se expresaron –hay que recordar que un voto minoritario de la doctrina de suplicación catalana, que tendrá que volver a pronunciarse al respecto, asume un valor más determinante en el plano jurídico para la doctrina del CEDS–:

[...] si bien se niega que las conclusiones del CEDS [...] tengan carácter vinculante para los tribunales judiciales de este país, [...] podemos admitir que [...] pueden [...] inspirar las decisiones que pueda adoptar un órgano judicial con relación a los preceptos de aquella fijando el sentido pretendido en su ambigua redacción [...], pero [...] no parece que la cuestión deba resolverse en el sentido propugnado en las referidas conclusiones por mor del principio de seguridad jurídica, si se tiene presente que el contrato [...] ha sido declarado constitucionalmente válido [...] ([STSJ de Cataluña 1388/2016, de 1 de marzo](#)).

El inciso final de esta argumentación revela el craso error de la doctrina de suplicación social catalana. Confunde el juicio de convencionalidad con el de constitucionalidad, tratándose de controles diferentes, con cánones diversos y competencia de diferentes jurisdicciones, en el primer caso ordinaria y en el segundo caso constitucional. El TC lo dejó mucho más claro después ([STC 140/2018](#)) y recientemente hemos tenido una experiencia práctica que lo corrobora de una forma que no deja lugar a dudas (la [STSJ de Cataluña 274/2020, de 17 de enero](#), dejó inaplicable el art. 52 d) ET –despido por absentismo–, como se recordó, sin que se sintiera vinculada por la [STC 118/2019](#), que lo avaló constitucionalmente). Consecuentemente, ahora hay razones jurídicas de sobrada solvencia para entender que sí puede prosperar un juicio de convencionalidad de este tipo. Es exigible un análisis más serio de conformidad entre la indemnización legalmente tasada por despido improcedente y el derecho suprallegal a una indemnización adecuada del artículo 10 del [Convenio 158 OIT](#) en relación con el artículo 24 de la [CSEr](#), en línea con lo que preconiza el JS número 26 de Barcelona.

En cambio, mucho más discutible es el juicio de convencionalidad realizado por el JS número 34 de Madrid. Frente a la interpretación integradora, muy razonable en su fundamento –otra cosa será en su ejecución, a la hora de la cuantificación–, del JS número 26 de Barcelona, el JS número 34 de Madrid no considera posible tal opción y apuesta por la interpretación abrogatoria, considerando que hay una antinomia irreconciliable entre el [artículo 56 del ET](#) y el artículo 10 del [Convenio 158 OIT](#), a través de la mirada de la doctrina del CEDS del artículo 24 de la [CSEr](#). Consecuentemente, no solo deja inaplicable la norma legal nacional, sino que escribe, por su propia autoridad de juez de la convencionalidad [ex artículo 96 de la CE](#), un «cuasi decálogo de mandamientos» de la «nueva palabra de ley» social internacional (europea y universal)⁸.

⁸ Formalmente tiene el redactado típico de los «diez mandamientos de Dios» revelados a Moisés en el monte Sinaí, listados y con su encabezado prohibitivo. Solo que aquí son ocho –un detalle diferencial notable–:

1. No cabe establecer una opción por la indemnización rescisoria o alternativamente la readmisión.
2. No cabe que la ley otorgue esa opción a las partes y menos aún al empleador incumplidor, esa es una facultad reservada a la jurisdicción.
3. No cabe la exclusión de la readmisión como forma de reparación [...]
4. No cabe que [...] se excluyan los salarios de tramitación [...]
5. No cabe excluir de la indemnización [...] daños morales [...]
6. No caben las indemnizaciones tasadas [...]

Deben poder contemplarse otros criterios, en calidad de «*numerus apertus*» [...]

7. No caben los topes o límites máximos en la cuantificación de las indemnizaciones [...].

Estas «nuevas tablas de la ley del despido improcedente» se revelarían a través de los principios de civilización jurídica (la CEACR llega a llamarlos incluso de «derecho natural») en materia de protección frente al despido injusto. Varios son los argumentos jurídicos que podrían oponerse, tanto al fondo como a la forma, a este modo tan extralimitado de impartir justicia (que recuerda a la del «cadí», ese gobernante juez de los territorios musulmanes, cuyas sentencias derivaban tanto de la ley civil como religiosa), pero aquí me detendré en evidenciar uno especialmente relevante, porque evidencia contradicción.

En efecto, la [SJS número 34 de Madrid](#) afirma que no hay otra opción interpretativa de las normas internacionales, que se emplean como ariete para derribar el actual sistema de protección frente al despido improcedente, que la readmisión obligatoria (estabilidad real). Y para ello no solo apela a razones de índole internacional, sino constitucional, así como a sus convicciones (como un «cadí»). Por eso repite los argumentos que utilizó para fundamentar la cuestión de inconstitucionalidad que presentó años antes y que le tumbó el [Auto del TC 43/2014, de 12 de febrero](#) (que la inadmitió a trámite, con malos «modos», sin duda). Al margen de lo inapropiado, incluso heterodoxo, que resulta tal modo de razonar (el juez se «resarciría moralmente» –¿«vendetta»?– de aquella «afrenta», en un tiempo político cambiado –ya ha sucedido con el despido por absentismo–), la principal debilidad de su razonamiento jurídico es que no se detiene a justificarnos por qué valora que el sistema internacional no admite más que la estabilidad real cuando la fuente de la que bebe, la doctrina del CEDS, sí asume, bajo ciertas condiciones, la dualidad de modelos (estabilidad real y estabilidad obligacional).

Más aún. La [CSE](#) no contempla explícitamente la tutela real, basada en la readmisión obligada, si bien el CEDS la ha integrado en su doctrina jurisprudencial como se dijo, a través de la interpretación sistemática con ciertos preceptos de la Carta Social Europea –arts. 1 y 8–, así como, justamente, por las previsiones del [Convenio 158 OIT](#) y la doctrina en tal sentido de la CEACR. Precisamente, así lo recuerda en una de las decisiones de fondo del CEDS, citadas por las sentencias de referencia (la de 6 de septiembre de 2016)⁹.

El CEDS constata que en caso de despido ilegal (diferente del discriminatorio), en el sistema noruego, que no contemplaba la readmisión obligatoria, las eventuales opciones compensatorias del daño material –judicial o extrajudicial– que puedan contemplarse deben valorarse a la luz de la garantía de reparación íntegra del daño, de modo que, en el caso concreto: «[...] El Comité considera que las condiciones que se vinculan a cualquiera de estas dos opciones compensatorias, sin embargo, fomentan o al menos no disuaden del recurso a los despidos ilegales» (ordinal 101). De este modo, se reconocerá que tiene el legislador margen para

El octavo «mandamiento jurisdiccional», sin embargo, se convierte en positivo, no prohibitivo: «8. En la cuantificación de la indemnización deben tenerse en cuenta criterios que disuadan del recurso al despido improcedente (cláusula penitenciaría implícita)».

⁹ Finnish Society of Social Rights c. Finlande, Reclamación colectiva 106/2014. Remite a sus Conclusiones 2012, Eslovenia y Finlandia.

no declarar la readmisión obligatoria, como reacción al despido arbitrario por injustificado, como el artículo 10 del [Convenio 158 OIT](#) reconoce de modo expreso. Otra cosa es que, en tales casos, de lo que no puede prescindir el legislador nacional es de la facultad de los órganos judiciales de «ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada». El juez madrileño considera que su habilitación para reconocer la readmisión obligatoria es total, sin límites, ignorando de plano la voluntad legislativa nacional de no reconocérsela más que cuando media nulidad. Consecuentemente, así razonando, actúa *contra legem* y *contra ius* (el [art. 96 CE](#) no lo habilita para liberarse de todo corsé legal).

3. ¿La inseguridad jurídica es precio ineludible del derecho a una justicia reparadora apropiada frente al despido sin causa justificada?

En suma, es extremadamente forzado y desde luego no viene, en absoluto, requerido por el sistema internacional de reparación apropiada frente al despido arbitrario, incluyendo el derecho a una indemnización adecuada, interpretar que la readmisión forzosa es la única forma de proceder a una tutela reparadora apropiada, dejando a quien legisla completamente privado de sus facultades de configuración de los mandatos internacionales y abocándolas únicamente en el poder jurisdiccional. Una lectura sin duda opuesta por completo al artículo 10 del [Convenio 158 OIT](#), que es aplicable, que sí contempla la posibilidad incluso de que la ley prive al juzgador del reconocimiento de tal facultad. El verdadero problema, pues, del –debido– juicio de convencionalidad no está en su posibilidad, pues viene obligado, sino en la articulación del [artículo 56 del ET](#), conforme y válida, con carácter general, en relación con los artículos 10 del [Convenio 158 OIT](#) y 24 de la [CSEr](#), y las exigencias de estos, según la doctrina interpretativa dictada por sus órganos máximos de garantía de cumplimiento, que requiere asegurar jurisdiccionalmente que las indemnizaciones de daños por despido arbitrario así resultantes sean suficientemente disuasorias, en cada caso. Ciertamente, la cuestión aboca a un extremado casuismo, con los consiguientes riesgos de valoraciones dispares, habituales, lo que, precisamente, quería evitarse con los automatismos indemnizatorios (reduce las cuantías, que se vuelven calculables, previsibles, a cambio de liberar de la prueba de los daños).

Ahora bien, conviene distinguir entre el margen de incertidumbre debido a la complejidad creciente del sistema, no solo multinivel sino dinámico, donde cambian realidades y conciencias sociales con relevancia jurídica, insuperable, incluso positivo, y el efecto de inseguridad jurídica debido a la ausencia de rigor en los juicios aplicativos. Una vez más, razonaremos aquí sobre los ejemplos concretos, para darle precisión a nuestro argumento y operatividad, sin «irnos por los cerros de Úbeda» ni dejarnos llevar por la pura reflexión filosófico-jurídica, que enfrenta eternamente la lógica de la justicia social (aquí en su dimensión de justicia reparadora apropiada frente a los despidos arbitrarios, sin dejarla al dictado de una mera lógica de previsibilidad del cálculo económico) con el valor de la seguridad jurídica (aquí de previsibilidad razonable, para empresas y personas trabajadoras, de los efectos de un despido, sin dejarlos a la decisión soberana de cada órgano jurisdiccional). Pongamos tres. Uno nuevo, los otros dos ya indicados.

El primero, claro ejemplo, a mi juicio, de puro decisionismo judicial basado en un prejuicio, al margen de una comprensión jurídica plena de la norma que ha de aplicar, es la [SJS número 3 de Sabadell 93/2020, de 6 de julio](#). Sin más criterio jurídico que un valor exorbitado al preámbulo del [Real Decreto-Ley 9/2020](#) (viejo error de confusión de la voluntad legislativa con la voluntad de quien legisla), así como el reclamo a los [apartados 3 y 4 del artículo 6 del CC](#) (que desde la reforma legal y rectificación jurisprudencial en 1994 no se aplican con efectos de nulidad por la jurisprudencia), entiende que la calificación de un despido hecho en tiempo de COVID-19 debe ser la nulidad ([art. 2 RDL 9/2020](#)). Para nada repara en la letra de la ley (expresa que no serán causas justificadas, no causas prohibidas, según distingue el [Convenio 158 OIT](#)) ni menos en que la doctrina jurisprudencial viene descartando la nulidad, por más que insisten periódicamente instancias judiciales sociales y alguna sala de duplicación, en casos de causa ficticia o causa irreal ([STS de 5 de mayo de 2015, rec. 2659/2013](#)). Ciertamente, razones de política jurídico-legislativa podrían hacer variar de forma radical el tratamiento, como de hecho sucedió en 1994, pero no menos verdad es que, para ello, debe el legislador actuar en coherencia, fijando una causa prohibida de forma expresa, no como dice, causa injustificada, y, además, atribuyendo la nulidad, no dejando el efecto en el aire.

Justamente, el JS número 26 de Barcelona nos ofrece un ejemplo de corrección interpretativa, a mi entender. En su [Sentencia de 10 de julio de 2020 \(rec. 348/2020\)](#), también trayendo a colación el [Convenio 158 OIT](#), califica un despido objetivo hecho en tiempos de COVID-19 como improcedente, no nulo, como se pretendía en la demanda. Para ello acude a diferentes argumentos jurídicos. Ni la ley vigente –tampoco la legislación derivada de la COVID-19– exige la sanción de nulidad, sin que sea disconforme aquí al [Convenio 158 OIT](#), ni los artículos [6 y 7 del CC](#) tienen como efecto obligado la nulidad, ni ha cambiado la doctrina jurisprudencial ([STS de 29 de septiembre de 2014, rec. 3248/2013](#)).

Comprobamos, pues, que no se trata de ningún intento de «revolucionar» el sistema jurídico en materia de indemnización por despido improcedente (a diferencia de la opción seguida por el JS núm. 34 de Madrid), sino de adecuarlo, atendiendo a la justicia del caso concreto, al estándar social internacional, al que venimos obligados primariamente ([arts. 96 CE y 31 Ley 25/2014](#)). Pero aquí residiría el segundo ejemplo de distinción entre usos innovadores y abiertos y utilizaciones claramente inseguras –por indebida y en exceso imprevisibles– de la función jurisdiccional. En la citada [SJS número 26 de Barcelona 170/2020, de 31 de julio](#), se establece una indemnización de 60.000 euros sin más criterio que su libre arbitrio, sin ninguna referencia objetivada a por qué fija esa cantidad y no otra. Solo esgrime motivos de oportunidad: «[...] estima oportuna [...] una indemnización equivalente al salario de 9 meses que, en el caso [...] asciende a 60.000 €».

Decide, no motiva o razona, por qué esa sí es una «indemnización adecuada» ex artículo 10 del [Convenio 158 OIT](#) –o art. 24 [CSEr](#)–, más allá, claro, de que es mayor que la tasada por la ley, con lo que será más adecuada, cierto, a los intereses de la persona trabajadora, pero ¿su función es dar la mayor tutela que tiene en su mano quien juzga a la parte débil de la relación y que considera arbitrariamente despido, actuando en equidad, con cláusulas penales o daños punitivos libremente introducidos por la persona que juzga,

sin la habilitación legal para ello, ni nacional ni internacional –justicialismo de ocasión– o garantizar a ambas partes una tutela efectiva conforme a derecho, razonando los criterios seguidos? ¿Por qué 9 meses de salario? ¿Acaso incluye daños patrimoniales –el largo viaje desde Argentina, quedarse en España aislado en confinamiento, etc.– y morales de forma conjunta? Pero ¿el [artículo 183 de la LRJS](#) no exige probar los daños patrimoniales y solo presume los de índole moral?

En fin, el fallo ofrece muchísimos más interrogantes, en la cuantificación, que luz arroja, a diferencia del juicio de convencionalidad realizado, bastante solvente. Por lo tanto, a mi entender, la clave crítica debe estar no en la integración de dos componentes resarcitorios, sino en cómo se cuantifica, para no incurrir –como sucede– en arbitrariedad. Si los automatismos de la legislación quiebran el derecho a una indemnización adecuada (art. 10 [Convenio 158](#)), los «arbitrismos judiciales» (decisiones de voluntad soberana) hacen lo propio, también con el [artículo 24 de la CE](#).

Desde luego, si se le aplica la lógica moduladora de la jurisprudencia social más reciente, esa cantidad sería absolutamente irracional, desmedida, sin justificación razonable, por lo tanto, con alta probabilidad, carne de cañón, de nuevo, en suplicación. Ahora bien, y aquí emerge el tercer ejemplo para distinguir entre diversidad de decisiones indemnizatorias sin automatismos legales y en aras de una mayor justicia resarcitoria, sin quebrar la seguridad jurídica, y decisiones que, a mi entender, sí quiebran este valor, porque son imprevisibles y extralimitadas. De nuevo vuelvo, y con ella terminaremos la ilustración de esta crónica y crítica de actualidad judicial, a la citada [STS de 19 de mayo de 2020](#).

Como se explicó, y no se reiterará, esta sentencia de casación opera en cierta medida como la de instancia social, pero a la inversa. Si esta multiplica por 15 la indemnización tasada por ley, sin dar mayor argumento que la oportunidad de ser más contundentes contra la arbitrariedad en los despidos por parte de la empresa, la sala de casación, al contrario, reduce –divide– por 15 la indemnización establecida por la instancia social, que había apelado tanto a los daños morales por violación de un derecho fundamental, como al efecto disuasorio para una empresa (y se trata de un gran banco) que había tenido conductas anteriores análogas (luego una cantidad pírrica no hace solo simbólica la tutela, sino irrisoria, la ridiculiza o vacía de sentido práctico). Tampoco la sala de casación da más explicación que el no constatar daños graves a la salud, por lo que, a su parecer, es excesiva. El argumento jurídico que utiliza es cambiar el criterio orientador, propio de las infracciones muy graves por el de las infracciones graves, con lo que devalúa el criterio, en la medida en que las graves se reservan a incumplimientos de legalidad ordinaria. La sala de casación, como suprema, cierto, puede variar las cantidades que se fijan en niveles inferiores si le parecen excesivas, pero lo que no podría, so pena de incurrir en vulneración del derecho, que es fundamental, además, es rebajar la tutela de constitucional a ordinaria. Por lo tanto, es la sala con la inadecuada aplicación de su propia doctrina la que genera inseguridad jurídica, no el que se trate de una indemnización «libre», o no tasada, y tenga un efecto disuasorio añadido, pues lo dice así expresamente la ley ([art. 183 LRJS](#)).

4. ¿Más allá de cambios legales y judiciales, un cambio de cultura jurídico-laboral?

Como podemos comprobar, no siempre los cambios legislativos van acompañados de otro mayor, y a veces más relevante, para que la finalidad de la norma se realice, el cambio cultural, de modo que se innova la legislación, pero la práctica judicial sigue casi inmutada, lo que, en el fondo, lastra el cambio legal. Y los vicios jurídicos pueden ser por defecto aplicativo, pero también por exceso. Piénsese que la jurisdicción laboral ha estado habituada a un quehacer que no le imponía cuantificación alguna, más allá de aplicar correctamente las tablas y sistemas informáticos que le proporciona el Consejo General del Poder Judicial, para el cálculo indemnizatorio. Por supuesto, esto no quiere decir que no esté plagado de cuestiones jurídicas, como prueba la conflictividad judicial tan extrema que genera la fijación de la indemnización por despido improcedente; algunas de las sentencias más recientes han sido referidas en este análisis (salario, antigüedad, conceptos que incluyen las retribuciones, etc.). Pero, en la selección de criterios para la cuantificación, ya la ley le ha hecho el trabajo (determinados días, por años de antigüedad). Estos automatismos no son tampoco ajenos al quehacer de la abogacía, de empresa y de personas trabajadoras, pues los libera de la procelosa prueba de daños.

Esta falta de hábito en la cuantificación indemnizatoria –a diferencia del orden civil– hace la cultura cicatera en la fijación de indemnizaciones, para una rama en la que, por lo común, se tratan cuestiones de relativa baja cuantía (salvo casos excepcionales, como el asunto Neymar o el frustrado asunto Messi, etc.). Aunque sea anecdótico, piénsese en el debate que hubo en torno a si un deportista de élite, con altos emolumentos, podía pedir o no indemnización de fin de contrato (la diversidad de posiciones exigió la unificación de doctrina –[STS 367/2019, de 14 de mayo](#)–, resolviéndose a favor de la indiferencia de la cuantía para el derecho). Al margen de ello, lo cierto es que cuesta muchísimo a los órganos judiciales establecer criterios que sean realmente útiles para una reparación adecuada, apropiada o justa. De ahí que se tienda a acudir a expedientes cómodos, como el baremo sancionador, que, acompañado de un criterio de prudencia –el grado mínimo–, hace que las indemnizaciones sean reducidas y, en todo caso, poco razonadas, sobre otra tradición, errada, que la cuestión del *quantum* es fáctica y, por lo tanto, soberanía de la instancia. Sí, vemos que no es así, que la sala de casación, o antes la de suplicación, las corrigen, siempre a la baja –o para excluirlas, casi nunca para elevarlas–, cuando así lo «estiman oportuno».

Ciertamente, este déficit cultural y de técnica indemnizatoria del orden social puede hacer que no resulte probable que la apertura a un sistema basado en indemnizaciones adecuadas y efecto disuasorio, también en el marco del [artículo 56 del ET](#), no solo del [artículo 183 de la LRJS](#), se desmadre, pese a lo que apunta la [SJS número 26 de Barcelona](#), que puede quedarse en *rara avis*. Ahora bien, no sería ningún consuelo, porque seguirían los mismos dos vicios, por defecto y por exceso. La práctica previa no invita a mucha confianza en la capacidad de la práctica española para dirigirse hacia una aplicación sistemática, coherente y equilibrada del derecho a una indemnización adecuada fuera de parámetros objetivados,

manteniéndose la cultura de la cicatería. Del lado opuesto, es posible que determinada corriente judicial, por reacción, decida orientarse hacia la imposición de cantidades desmedidas y sin más aval que su soberanía cuantificadora, con lo que habremos cambiado un automatismo por un arbitrio, como se ha dicho, introduciendo una inseguridad y una desigualdad que carecen de referendo jurídico, ni nacional ni internacional.

Por lo tanto, es tiempo no de rechazar el cambio, legal y cultural, sino de aplicarlo con más rigor, a fin de que se puedan conocer y controlar los criterios –objetivos y razonables– con los que se fijan las indemnizaciones íntegro-resarcitorias. Por eso, es importante mantener criterios básicos más ciertos y complementarlos con otros, también objetivos, no puramente subjetivos o sobre la base de una técnica de daños punitivos, inexistente en nuestro sistema, como el TJUE ya ha evidenciado, que ayuden a conformar el derecho a una indemnización adecuada sin hacer saltar por completo los cimientos del sistema, como proponen algunas decisiones judiciales.

No ganaremos demasiado en justicia resarcitoria si se muta, por decisión jurisdiccional, un sistema basado en la pura lógica de previsibilidad económico-empresarial de la indemnización a otro de la promoción de la lógica de la expectativa de máxima indemnización según el órgano judicial que toque en turno, que obligaría, en buena lid, a pruebas complicadas. En cambio, sí perderemos mucho en estabilidad del sistema y en seguridad de funcionamiento. Una vez más, como en la ética aristotélica, la virtud está en el punto medio, en el equilibrio real de posiciones, que es la razón de ser, como ha repetido hasta la saciedad la CEACR, del [Convenio 158 OIT](#), la norma de la cizaña, aunque a través del reenvío a la [CSEr](#). Al ser aquella norma social universal sustrato de su artículo 24, su necesaria y ya urgente ratificación, y el reconocimiento de la gran autoridad interpretativa de la doctrina del CEDS de sus preceptos (infravalorado hasta hoy por la jurisprudencia y doctrina de suplicación españolas –lo que ya no es asumible, menos tras el art. 31 Ley 25/2014–), se la llame o no «(cuasi) jurisdiccional», no debería «revolucionar» o mutar abruptamente este horizonte general de integración entre lo viejo y lo nuevo (como ha ensayado hacer el JS núm. 26 de Barcelona, pese a inspirarse en el JS núm. 34 de Madrid, que ensaya lo opuesto, el derribo del sistema legal para instaurar otro de fuente y dominio jurisdiccional, sin control).

En suma, la pauta para el debido cambio cultural en la valoración de justicia resarcitoria frente a la arbitrariedad de los despidos, imperativo del derecho social al trabajo, fundamento axial de la protección frente al despido sin causa, debe ser restablecer los equilibrios perdidos con ciertas reformas de devaluación de los costes del despido arbitrario. Pero sin incurrir en un vicio jurídico (y político-social) contrario, el desequilibrio, ahora en aras de una justicia disuasoria sin moldes ni controles de razón jurídica, sino de puro decisionismo judicial. El equilibrio entre garantías y flexibilidad es el espíritu que ha movido la regulación social internacional universal, y es la que rezuma el artículo 24 de la [CSEr](#) (que no incluye en su letra la readmisión obligatoria, pese a la gran tarea integradora del CEDS). En este escenario, el debido ([art. 96 CE](#)) juicio de conformidad convencional, injusta e incorrectamente relegado hasta el momento en la jurisdicción patria, quiere evitar el soberanismo legislativo nacional, afianzando un principio de comunidad jurídico-social europea, pero no quiere sustituirlo por el soberanismo jurisdiccional (el gobierno de la jurisdicción como poder creador de «leyes»).

Sobre la superposición de permisos a descansos o vacaciones

Comentario a la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2020, asunto C-588/18](#)

Carmen Sánchez Trigueros

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

1. Marco regulador

1.1. Las premisas tradicionales

Significado primario. Bajo la tradicional denominación de «permisos» (utilizada, por ejemplo, en la rúbrica del [art. 37 Estatuto de los Trabajadores –ET–](#)) u otras similares («licencias», «permisos retribuidos», «interrupciones no periódicas», etc.) se alude a una serie de supuestos que reconocen un verdadero derecho a ausentarse del trabajo sin pérdida alguna de retribución; a diferencia de lo que sucede en otras interrupciones ordinarias (vacaciones y descanso semanal), en este caso se deja de desarrollar una actividad prevista. Se oponen a los supuestos de suspensión contractual, donde (en general) se produce el cese «de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo» ([art. 45.2 ET](#)).

Los permisos retribuidos:

[...] obedecen a situaciones transitorias en las que se encuentra el contrato de trabajo, en las que el trabajador afectado por alguna de las causas previstas legal o convencionalmente queda liberado de la obligación de la prestación laboral, pero mantiene el derecho a la retribución (Sentencia del Tribunal Supremo –STS– 815/2019, de 3 de diciembre).

Cómo citar: Sánchez Trigueros, Carmen. (2020). Sobre la superposición de permisos a descansos o vacaciones. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2020, asunto C-588/18. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 451, 209-215.

Diríase que la empresa asume un riesgo al que es ajena (pues la interrupción trae su origen de eventos que imposibilitan o tornan gravoso el cumplimiento de la obligación de trabajar a quien la asumió), quizá por la ocasionalidad, excepcionalidad o breve duración de la mayoría de circunstancias que dan derecho al disfrute del permiso. De modo gráfico, algunos ordenamientos hablan de «suspensión imperfecta» del contrato laboral.

Significados derivados. Dos ideas tan elementales como relevantes conviene recordar. Primera, atendida su finalidad, el permiso solo tiene sentido cuando la atención a la correspondiente necesidad protegida se superpone a la actividad laboral a desempeñar; de no mediar tal coincidencia o superposición, se entiende que la persona trabajadora puede disponer de su tiempo libre para atender la actividad en cuestión. Segunda, solo puede hablarse de días de permiso cuando se está ante fechas en las que la persona en cuestión venía obligada a trabajar; constituye una contradicción en sus propios términos el que se considere que hay permiso cuando no existe el deber de estar a disposición de la empresa.

Coherencia entre necesidad atendida y disfrute. A partir de esas elementales premisas, la doctrina (académica y judicial) viene entendiendo que, si la causa que provoca el permiso se desarrolla durante uno o varios días no laborables, quiebra el presupuesto para su disfrute, sin que surja un derecho a hacerlo en los días laborales inmediatamente posteriores. En esta línea (adecuado uso del derecho, atención a su finalidad) suele preconizarse su necesaria conexión entre momento de disfrute y causa que lo genera; pese a que socialmente pueda pensarse de otro modo, la recta aplicación de los preceptos conduce a exigir «una razonable intermediación» entre el uso de la licencia y la causa desencadenante.

1.2. Los modernos replanteamientos

Las expuestas consideraciones han venido siendo objeto de replanteamiento en los últimos años, como consecuencia de varias razones.

Consecuencias de la flexibilidad. A medida que la ordenación del tiempo de trabajo ha permitido no solo la distribución irregular, sino también la diferenciación entre unas y otras personas de la misma empresa o, incluso, que quien trabaja sea quien toma ciertas decisiones sobre cuándo debe hacerlo, las fronteras entre días laborables o no se han ido difuminando.

Especificidad de los descansos. De la mano del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), las vacaciones (en menor medida, el descanso semanal) han ido adquiriendo un vigoroso perfil que las defiende frente a posibles menoscabos. Obligando a revisar acrisolados criterios jurisprudenciales, se evidencia que no cabe hablar de fuerza mayor cuando la maternidad o la incapacidad temporal se superponen a tales interrupciones, que pueden disfrutarse en un año diverso al previsto, que los plazos de prescripción son inoponibles frente a empresas renuentes a conocerlas y así sucesivamente.

Dinamicidad social y económica. A medida que la medicina, las costumbres sociales o el modo de prestar servicios de diversa índole han ido evolucionando, también lo han hecho las necesidades a que atienden los permisos. Quiere decirse que un traslado de domicilio, la atención a un familiar enfermo o el cumplimiento de un deber no están ya tan temporalmente fijados como antaño.

Negociación colectiva. Con cierta frecuencia, los convenios colectivos advierten que los permisos (o alguno de ellos) generan un derecho que puede disfrutarse en los días inmediatamente anteriores (cuando sea posible) o posteriores al acontecimiento que los desencadena. En ocasiones (matrimonio, de forma paradigmática) incluso se acepta cierto distanciamiento cronológico al efecto.

1.3. Carácter «feriado» de los días de permiso

Resolviendo conflicto colectivo sectorial de *contact center*, pero sentando doctrina de validez general, la [STS 145/2018, de 13 de febrero](#), aclaró que el inicio de los permisos por razones familiares «no puede ser un día feriado, sino el primer día laborable que le siga a aquel en que se produjo el hecho que da derecho al permiso». De ahí deriva que, si el contrato de trabajo se encuentra en fase suspensiva, no existe el presupuesto para que pueda operar el permiso.

En términos similares se han pronunciado las SSTs [226/2020, de 11 de marzo](#), para Tragsatec, y [229/2020, de 11 de marzo](#), respecto del sector de ingeniería y estudios técnicos. La primera de ellas advierte que, si un convenio añade permisos a los previstos legalmente, sí puede establecer un régimen propio respecto del modo de cómputo.

La [STS 257/2020, de 17 de marzo](#), sobre convenio aplicable a las empresas de trabajo temporal, insiste en que el *dies a quo* para el cómputo de los permisos cuando el hecho causante coincide en festivo para la persona trabajadora debe ser el primer día laborable siguiente. En el permiso por matrimonio, cuando la celebración tiene lugar en festivo, se inicia el primer día laborable siguiente al de la ceremonia.

1.4. Directivas 2003/88/CE y 2010/18/UE

Pieza clave de la Sentencia del TJUE ([STJUE comentada](#)) es el tenor de la [Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003](#), relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Partiendo del derecho a disfrutar de periodos mínimos de descanso diario, semanal y anual, y de periodos de pausa adecuados, afronta en su artículo 5 el descanso ininterrumpido de 24 horas (a las que se añaden las del descanso diario) por cada 7 días de trabajo. Y en su artículo 7 garantiza el disfrute de «al menos 4 semanas de vacaciones anuales retribuidas», que «no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral».

Por otro lado, la [Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010](#), sobre permiso parental, persigue facilitar la conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales a las personas trabajadoras con hijos o hijas. Su cláusula 7 garantiza el derecho a ausentarse del trabajo «por motivos de fuerza mayor vinculados a asuntos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador».

Como es usual, las previsiones de ambas directivas constituyen contenido mínimo, que puede mejorarse mediante legislación estatal o convenios colectivos.

Aunque con menor operatividad, están presentes también en el asunto las previsiones tanto de la Carta Social Europea ([art. 2.3 y 5](#)) cuanto de la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) (art. 31.2).

1.5. Los términos del artículo 37.3 del ET

La norma crucial en la materia es el [artículo 37.3 del ET](#). Los términos en los que se encuentra redactado («el trabajador podrá ausentarse») no deben inducir a error acerca de la naturaleza de estos permisos: se trata de verdaderos derechos; son facultades jurídicamente exigibles por la persona trabajadora, sin que su concesión sea discrecional o graciable para la empresa, al margen de los problemas que puedan presentarse en orden a la fijación del momento de disfrute, a lo que luego se aludirá. Esta vertiente del permiso casa bien con la tipología de hechos que lo generan, normalmente muy vinculados a la esfera privada de la persona trabajadora (acontecimientos familiares, cumplimiento de deberes públicos, traslado de domicilio, etc.); de manera gráfica, en algún convenio colectivo se los denomina –precisamente– «permisos particulares retribuidos».

Siendo esa la norma principal sobre la que gira el problema analizado, resulta imprescindible su enlace con otros preceptos constitucionales ([art. 40.2](#), sobre descanso y vacaciones), internacionales ([Convenio 132 OIT](#)) e internos ([art. 38 ET](#), sobre vacaciones; regulación del convenio colectivo sobre permisos).

2. Cuestión controvertida

Ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (AN) se litiga respecto del modo de aplicar los permisos contemplados en el Convenio colectivo del grupo de empresas DIA, SA, y Twins Alimentación, SA. Se debate: 1.º Si el día inicial, cuando el hecho causante suceda en día no laborable, debe iniciarse en el primer día laborable siguiente para el mismo. 2.º Si, con excepción del permiso por matrimonio computable en días naturales, deben disfrutarse en días hábiles. 3.º Si, en el caso de que el hecho causante de un permiso retribuido acaeciera en vacaciones, debía comenzarse su disfrute el primer día hábil siguiente al transcurso de las mismas.

La práctica habitual en las empresas demandadas, con actividad en el sector de alimentación, es que el inicio del disfrute de los permisos retribuidos tenga lugar desde el hecho causante, con independencia de si ese día es laborable o no para la persona empleada.

Mediante Auto de 3 de septiembre de 2018, la sala decide plantear cuestión prejudicial. La fundamenta en la especificidad del derecho a vacaciones (por eso la baja por enfermedad no lo puede afectar, habida cuenta de las finalidades divergentes de estos dos tipos de situaciones de inactividad) y en la evidencia de que, si acaece uno de los acontecimientos generadores del permiso durante los periodos de descanso semanal o de vacaciones anuales retribuidas, se superpondrían dos imperativos diferentes; si no puede diferirse el disfrute del permiso retribuido, se vaciarían de contenido las vacaciones o el descanso semanal, puesto que las personas trabajadoras tendrían que dedicarlos a atender a las necesidades y obligaciones para las que están previstos los permisos retribuidos. La AN es consciente de que los permisos no están contemplados en las normas de la Unión Europea; pero, como sí aparecen en ellas los descansos periódicos, considera que desde esa atalaya puede propiciarse la necesidad de una respuesta favorable a la última de las pretensiones sindicales. Consecuentemente, formula dos cuestiones:

- El artículo 5 de la Directiva [2003/88] ¿debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite simultanear el descanso semanal con el disfrute de permisos retribuidos para atender a finalidades distintas del descanso?
- El artículo 7 de la Directiva [2003/88] ¿debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite simultanear las vacaciones anuales con el disfrute de permisos retribuidos para atender a finalidades distintas del descanso, el ocio y el esparcimiento?

3. Claves de la sentencia comentada

3.1. Doctrina básica de la STJUE

La aproximación a la doctrina que el Tribunal de Luxemburgo acuña en esta ocasión puede hacerse a partir del siguiente resumen:

- 1.^a El establecimiento de permisos remunerados para atender a necesidades de quienes trabajan no forma parte del ámbito de aplicación de la [Directiva 2003/88](#), sino del ejercicio, por un Estado miembro, de sus competencias propias (§ 31).
- 2.^a El disfrute de esos permisos no puede menoscabar el disfrute de los descansos garantizados por la directiva (§ 32), como recuerda el propio auto de planteamiento respecto de la enfermedad (§ 33).

- 3.^a Los permisos no son asimilables a las bajas por enfermedad porque están asociados al tiempo de trabajo (§§ 35 y 36).
- 4.^a Como los permisos remunerados están al margen de la [Directiva sobre tiempo de trabajo](#), es imposible derivar de la misma el derecho a su disfrute cuando la circunstancia desencadenante se superpone a un descanso semanal o anual (§ 38).
- 5.^a Aunque algunos permisos son subsumibles en el parental comunitario y no cabe que uno socave el disfrute de otro (§ 40), el permiso parental no es asimilable a los contemplados en el [artículo 37 del ET](#) y concordantes (§ 41).

3.2. El «escapismo» del TJUE

Sorprende que el TJUE haya resuelto de un modo tan unidimensional la cuestión suscitada por la AN. No tanto por la respuesta cuanto por la forma expeditiva en la que se accede a ella. Una cosa es afirmar que los permisos remunerados de nuestro ordenamiento son ajenos a la regulación eurounitaria sobre tiempo de trabajo y otra omitir la reflexión sobre si la defensa del reposo específico que los descansos semanales y (especialmente) anuales requieren obliga a que su disfrute se paralice cuando sobreviene un acontecimiento de los que genera derecho a permiso.

Cuando el TJUE proclamó la especificidad de las vacaciones respecto de las suspensiones por incapacidad temporal no aplicó esta metodología, sino que sostuvo que, habida cuenta de las finalidades divergentes de estos dos tipos de situaciones de inactividad laboral, el Tribunal de Justicia ha concluido que una persona trabajadora que se encuentre de baja por enfermedad durante un periodo de vacaciones anuales fijado previamente tiene derecho, a petición suya y al objeto de poder disfrutar efectivamente sus vacaciones anuales, a tomarlas en fecha distinta a la de la baja por enfermedad (SSTJUE de [10 de septiembre de 2009, asunto C-277/08, Vicente Pereda](#); [21 de junio de 2012, asunto C-78/11, ANGED](#); y [30 de junio de 2016, asunto C-178/15, Sobczyszyn](#), apdo. 26).

¿Se habría resuelto el problema de igual manera si en lugar de preguntar al TJUE sobre la especificidad del solapamiento en cuestión se le hubiera hablado solo de las vacaciones en supuestos en los que surgen causas que generan una «suspensión imperfecta» del contrato de trabajo? A veces se tiene la impresión de que en este terreno las cosas se ven de diverso color en función del cristal a cuyo través son contempladas, por acudir al socorrido símil.

3.3. La «obligada» asunción del criterio por la AN

Mediante su [Sentencia 47/2020, de 6 de julio](#), la Sala de lo Social de la AN zanja el conflicto suscitado.

Por un lado, aplicando la jurisprudencia del TS, declara que el día inicial del cómputo de los permisos retribuidos, cuando el hecho causante suceda en día no laborable, debe ser el primer día laborable siguiente para su titular. Asimismo, añade que, en el permiso por matrimonio, el día inicial debe ser laborable y que, en todos los demás, el cómputo de fechas ha de restringirse a las hábiles.

Por otro lado, desestima la pretensión sindical en lo que se refiere a superposición de hechos generadores de permisos y descansos remunerados. Y lo hace, precisamente, reproduciendo el magro pasaje de la [STJUE comentada](#) mediante la que se resuelve la cuestión prejudicial.

3.4. Reflexiones adicionales

1.^a Llama la atención que la [Sentencia de la AN 47/2020](#) también invoque como apoyo de su parcial desestimación la doctrina sobre razonable intermediación entre la necesidad que cubre el permiso y la ausencia del trabajo. Es verdad que ha sido recientemente reafirmada por la citada [STS 229/2020, de 11 de marzo](#), pero se trata de una exigencia tradicional e inherente al propio concepto de permiso remunerado. Que el disfrute de un permiso asociado a acontecimiento familiar pierda su razón de ser cuando se posterga es una cosa y que se pierda el derecho es otra bien diversa.

En ese sentido, ¿por qué no puede sostenerse la paralización del descanso periódico, para dar lugar al disfrute del permiso remunerado y luego reactivar el primero? Siendo diversa la finalidad de ambas instituciones, bien pudiera pensarse que la defensa de la especificidad vacacional (en menor medida, del descanso semanal) así lo aconseja.

2.^a También parece legítimo reflexionar sobre el sentido que posee el que se afirme que la figura del permiso remunerado está al margen de las reglas de la Unión Europea sobre ordenación del tiempo de trabajo y, sin embargo, se resuelva la cuestión planteada, en lugar de remitir ello al juez nacional, bien que tras sentar las premisas para que así lo hiciera.

3.^a Cuestiones como la examinada dejan también en el aire la duda de si no sería preferible, en lugar de cargar los costes de la conciliación familiar sobre la empresa (a la postre eso implica el permiso remunerado), mutualizarlos de alguna manera.

4.^a No cabe duda de que el TS está desempeñando un papel importante en el replanteamiento del régimen jurídico de los permisos. Además de las cuestiones atinentes al cómputo, también ha reflexionado sobre la incidencia en la jornada anual o sobre el modo en que deben ser remunerados (de singular relevancia es la [STS 815/2019, de 3 de diciembre](#)). Por eso tampoco parece descartable que se replantee ante el mismo el tema de su superposición a vacaciones o descanso semanal.

Jornada parcial variable y retribución de las vacaciones

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo 394/2020, de 22 de mayo](#)

Ignacio González del Rey Rodríguez

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Oviedo*

1. Marco normativo

La determinación de la cuantía y conceptos retributivos correspondientes al periodo de vacaciones anuales es una cuestión frecuentemente debatida en la jurisdicción social española, seguramente por la escueta referencia de nuestro [artículo 38.1 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET) al carácter retribuido de dicho periodo, sin precisión alguna sobre el alcance de esa retribución, en el complejo marco de una estructura salarial de composición plural ([art. 26 ET](#)) y de un derecho a un descanso y una remuneración devengados por un previo periodo anual de prestación de trabajo efectivo ([art. 38.1 ET](#)).

No es más explícita al respecto la normativa comunitaria, cuya [Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003](#), relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, alude igualmente, sin más, a las vacaciones anuales retribuidas ([art. 7](#)).

Algo más concreto es, sin embargo, el [Convenio número 132 de la Organización Internacional del Trabajo](#) (OIT), de 1970, relativo a las vacaciones anuales pagadas, cuyo artículo 7.1 dispone como remuneración mínima del periodo vacacional:

[la] normal o media (incluido el equivalente en efectivo de cualquier parte de esa remuneración que se pague en especie, salvo si se trata de prestaciones permanentes de que disfruta la persona interesada independientemente de las vacaciones pagadas), calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado.

Cómo citar: González del Rey Rodríguez, Ignacio. (2020). Jornada parcial variable y retribución de las vacaciones. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 394/2020, de 22 de mayo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 451, 216-221.

Y, en tal sentido y una vez que ha sido ratificado por España en 1972, suele utilizarse por nuestros órganos jurisdiccionales para completar la referida imprecisión normativa interna.

No obstante, el alcance de lo que deba entenderse por retribución normal o media no es siempre pacífico, particularmente en el caso de cuantías o conceptos salariales irregulares, variables, ocasionales o extraordinarios, y tampoco encuentra en todos los supuestos una adecuada respuesta en la negociación colectiva, como instrumento más idóneo al efecto, aunque dentro de ese marco mínimo legal, que impide la exclusión convencional de cómputo para la retribución vacacional de conceptos salariales ordinarios (Sentencias del Tribunal Supremo –SSTS– [496/2016, de 8 de junio](#); [497/2016, de 8 de junio](#); [159/2018, de 15 de febrero](#); y [995/2018, de 29 de noviembre](#)).

Al respecto, la jurisprudencia ha ido perfilando dicha retribución normal o media en torno a su carácter ordinario o habitual en su percepción por los periodos de trabajo efectivo previos (últimamente y por todas, SSTS [530/2016, de 16 de junio](#); [789/2016, de 29 septiembre](#); [125/2017, de 14 de febrero](#); [660/2017, de 20 de julio](#); [1065/2017, de 21 de diciembre](#); [223/2018, de 28 de febrero](#); [379/2018, de 9 de abril](#); [217/2019, de 14 de marzo](#); [320/2019, de 23 de abril](#); [535/2019, de 4 de julio](#); [871/2019, de 17 de diciembre](#)), o, en el caso del Tribunal de Justicia de la Comunidad o de la Unión Europea, sobre la comparabilidad del salario en periodos de trabajo y de vacaciones (Sentencias de [16 de marzo de 2006, asuntos C-131/04 y C-257/04](#); [15 de septiembre de 2011, asunto C-155/10](#); [22 de mayo de 2014, asunto C-539/12](#); y [13 de diciembre de 2018, asunto C-385/17](#)).

Además del conjunto normativo referente a las vacaciones anuales retribuidas, aunque seguramente con una menor relevancia práctica en el caso comentado, resulta también pertinente la referencia a la regulación del trabajo a tiempo parcial, y, en particular, al principio de igualdad de derechos de las personas trabajadoras a tiempo parcial respecto de las contratadas a jornada completa comparables, que cuenta, asimismo, con una doble fuente de reconocimiento. Interna, en los artículos [12.4 d\) del ET](#) y [19 del Real Decreto 2317/1993, de 29 de diciembre](#), por el que se desarrollan los contratos en prácticas y de aprendizaje y los contratos a tiempo parcial; este ciertamente en desuso, aunque curiosamente citado por la [sentencia objeto de comentario](#). Y comunitaria, en la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial anexo a la [Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997](#). También en el seno de la OIT, en su [Convenio número 175](#), sobre el trabajo a tiempo parcial, de 1994, aún no ratificado por España y, por tanto, no vigente en nuestro ordenamiento.

En fin, aunque no sea objeto específico de análisis y aplicación por parte de la [sentencia comentada](#), merece la pena mencionar la regulación convencional aplicable: el [II Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center \(antes telemarketing\)](#), de 2017 (BOE de 12 de julio), por cierto, [de reciente modificación \(BOE de 14 de agosto de 2020\)](#), pues sus reglas sobre distribución irregular de la jornada (art. 23) y sobre horarios y turnos (art. 26) pueden dar alguna pista sobre el presupuesto del problema suscitado, a saber: la ampliación de la jornada parcial y su repercusión sobre la retribución de las vacaciones.

2. Supuesto de hecho y cuestión debatida

La [STS 394/2020, de 22 de mayo](#), resuelve un recurso de casación ordinaria interpuesto frente a la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional ([SAN 88/2018, de 30 de mayo](#)), en un proceso de conflicto colectivo instado por varias organizaciones sindicales frente a la empresa Transcom Worldwide Spain, SLU, con el objeto de que declare el «derecho de los trabajadores/as afectados [...] a la retribución de las vacaciones que incluya las ampliaciones de jornada por necesidades del servicio que se realizan durante todo el año», y al abono de las correspondientes diferencias salariales devengadas en el año anterior a la presentación de la papeleta de conciliación previa.

Se cuestiona, al respecto y en relación con las personas trabajadoras a tiempo parcial, la práctica empresarial consistente en retribuir el periodo vacacional conforme al salario base correspondiente a la jornada de trabajo desarrollada en el momento del disfrute de dicho descanso, aun cuando durante la anualidad precedente de devengo de las vacaciones la persona trabajadora haya visto ampliada su jornada, o incluso haya prestado servicios a tiempo completo, con carácter voluntario, aunque de manera ocasional y no habitual.

Seguramente como consecuencia de la modalidad procesal elegida, el conflicto colectivo, con potencial afectación de un grupo genérico de personas trabajadoras no individualizadas ([art. 153.1 Ley reguladora de la jurisdicción social](#)), no consta el número de personas trabajadoras afectadas, y tampoco la cuantía, la distribución, la frecuencia ni la vigencia de las ampliaciones de jornada. Aunque parece deducirse que su duración suele ser inferior a 6 meses al año y que no suelen coincidir con los periodos vacacionales.

No se cuestiona, en fin, la licitud de tales ampliaciones de jornada, voluntarias y previstas en el convenio colectivo aplicable, como se dijo, y también permitidas legalmente, aunque el magistrado ponente parece albergar dudas sobre el particular.

3. Doctrina judicial

La [STS 394/2020, de 22 de mayo](#), estima el recurso de casación interpuesto por las organizaciones sindicales demandantes y recurrentes, frente a la [SAN 88/2018, de 30 de mayo](#), sobre una doble base normativa y argumental. En primer lugar y con carácter principal, en el marco de la regulación de las vacaciones retribuidas ([art. 38 ET](#), [Directiva 2003/88/CE](#) y [Convenio 132 OIT](#)) y de su jurisprudencia precedente sobre lo que debe considerarse como remuneración normal o media. En segundo lugar y como refuerzo, en el marco del principio de igualdad de derechos de las personas trabajadoras a tiempo parcial respecto de las personas trabajadoras a tiempo completo comparables ([art. 19 RD 2317/1993](#) y cláusula 4 Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial anexo a la [Directiva 97/81/CE](#)).

En el primer marco normativo y jurisprudencial, y con cita de anteriores sentencias de la sala (SSTS de 8 de junio de 2016, recs. [207/2015](#) y [112/2015](#); [16 de junio de 2016, rec. 146/2015](#); 30 de junio de 2016, rec. 47/2015; 15 de septiembre de 2016, rec. 258/2015; 29 de septiembre de 2016, rec. 233/2015; 14 de febrero de 2017, rec. 45/2016; 21 de marzo de 2017, rec. 80/2016; [28 de febrero de 2018, rec. 16/2017](#); y 9 de abril de 2018, rec. 73/2017), la [STS 394/2020](#) resume su doctrina sobre la delimitación de los conceptos y cuantías salariales que deben considerarse como remuneración normal o media y, por tanto, incluirse en la retribución del periodo vacacional conforme al artículo 7.1 del [Convenio 132 de la OIT](#).

Recuerda, al efecto, que existe un núcleo o zona de certeza, con una parte positiva, en la que se encuentran los conceptos que integran la retribución ordinaria y que deben incluirse en la remuneración de las vacaciones: salario base, complementos personales (antigüedad, titulación, idiomas, etc.) y complementos por circunstancias de la actividad empresarial (toxicidad, penosidad, peligrosidad, etc.); y una parte negativa, en la que se encuentran los conceptos retributivos extraordinarios y que pueden excluirse del salario vacacional: bonus, incentivos, horas extraordinarias, etc. Y un halo o zona de duda, cuya consideración como retribución ordinaria o extraordinaria depende de las circunstancias concurrentes, en particular, de su regularidad o habitualidad, y es susceptible de una mayor discrecionalidad a efectos de su posible exclusión convencional de la remuneración de las vacaciones, como puede ocurrir en el caso de los complementos relativos del trabajo realizado («esporádica nocturnidad; aislada turnicidad; las mismas horas extraordinarias, pero dotadas de una cierta reiteración [...]»).

En este contexto, la sala incluye la retribución variable por ampliación de la jornada, cuestionada, en la zona de certeza positiva, como retribución ordinaria, pese a su carácter ocasional o no habitual, matizando que esta característica, concretada, en principio, en el umbral de 6 meses («la mayoría de mensualidades de año de cuyo disfrute vacacional se trate») y cuya carga probatoria corresponde a la empresa, entra en juego en la zona de duda de los complementos relativos del trabajo realizado, lo que no es el caso, al tratarse más bien de salario base por tiempo.

Respecto del segundo marco normativo y argumentación complementaria, la [STS 394/2020](#) considera igualmente que la determinación del salario de las vacaciones conforme al correspondiente en el momento de su disfrute, con exclusión de cómputo de la retribución incrementada durante los precedentes periodos de ampliación de la jornada, es contraria al principio de igualdad de derechos de las personas trabajadoras a tiempo parcial respecto de las personas trabajadoras a tiempo completo comparables, toda vez que a estas se les reconoce, durante dicho descanso anual, la retribución ordinaria o habitual percibida a lo largo del año, y esa diferencia de trato conlleva un resultado peyorativo para aquellas. Se supone que cuando el disfrute de las vacaciones de las personas trabajadoras a tiempo parcial coincide con un periodo de jornada parcial pactada u originaria y no con uno de incremento o novación, y, también, que las personas trabajadoras a tiempo completo no sufren alteraciones de jornada y retribución a lo largo del año.

En cuanto a la concreción de la estimación del recurso y del reconocimiento del derecho de las personas trabajadoras afectadas por el conflicto a que en la retribución de sus vacaciones se tengan en cuenta las ampliaciones de jornada que se realicen a lo largo del año, aunque no se mantengan en la fecha del disfrute vacacional, partiendo también de su doctrina precedente en relación con otras retribuciones variables (STS de 21 de diciembre de 2017, rec. 276/2016), la sala dispone «que se promedie el salario percibido en los 11 meses correspondientes a la anualidad de cada periodo vacacional retribuido».

4. Trascendencia del pronunciamiento

Como constata la [SAN de 30 de mayo de 2018](#), casada y anulada por la [STS 394/2020, de 22 de mayo](#):

[...] la peculiaridad del presente caso reside en el hecho de que no se trata de determinar si un determinado concepto retributivo debe ser o no incluido en la retribución de vacaciones, como ha sucedido en múltiples casos anteriores resueltos tanto por esta sala, como por el Tribunal Supremo, sino en determinar cuál es módulo temporal que ha de determinar la retribución normal que conforme a la doctrina expuesta ha de integrar la retribución de vacaciones.

Pese al acierto en el diagnóstico, la AN yerra en el tratamiento, asimilando las ocasionales ampliaciones de jornada (y retribución) a las horas extraordinarias, y desestimando su consideración a efectos de la retribución de las vacaciones.

Por su parte, el TS desenfoca el diagnóstico, enmarcando el caso en su reiterada doctrina sobre la determinación de los conceptos retributivos que deben incluirse en el salario vacacional, en atención a su carácter ordinario o habitual, pero acierta en el tratamiento, declarando la inclusión de los incrementos retributivos por aumento de jornada, de forma anualmente promediada, en la remuneración de las vacaciones.

A este respecto, seguramente la aportación explícita más original y relevante de la [STS 394/2020](#) sea la matización sobre el alcance de la nota de la habitualidad del concepto retributivo de que se trate, a efectos de su cómputo en la remuneración vacacional. En el sentido de proyectarse solo sobre los conceptos salariales dudosos, como indicio de su eventual carácter ordinario, y no sobre los que reúnen propiamente esta condición, con independencia de su habitualidad.

Con un poco más de ambición quizá pudiera replantearse la cuestión desde la perspectiva del devengo anual del derecho a las vacaciones en sus dos dimensiones, indiscutido en relación con su vertiente de descanso o liberación de la obligación de trabajo, pero incuestionado respecto de su vertiente retributiva, como posiblemente se deduce de la [Sentencia](#)

del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de abril de 2010 (asunto C-486/08), en un supuesto inverso, de devengo del derecho a vacaciones con un contrato a jornada completa y disfrute con una jornada parcial.

Y un prorrateo de la retribución global correspondiente al periodo de devengo de las vacaciones, como se resuelve en el caso en relación con los incrementos retributivos por aumento de jornada, podría cerrar los largos, reiterados y casuísticos debates sobre el alcance de la retribución correspondiente a las vacaciones. Poniendo el foco sobre la más simple remuneración «media», mejor que sobre la más compleja remuneración «normal»; ambas compatibles con el [Convenio 132 de la OIT](#).

Por lo demás y pese a que el caso se plantea en relación con la ampliación de la jornada y la retribución de las personas trabajadoras a tiempo parcial, la solución de la [STS 394/2020](#) es susceptible de extenderse a otros supuestos análogos, como las horas complementarias, también propias de esta modalidad contractual ([art. 12.5 ET](#)), o, con carácter general, la distribución irregular (más bien variable) de la jornada ([art. 34.2 ET](#)).

Aunque ciertamente las posibilidades de alteración de la jornada se incrementan en el trabajo a tiempo parcial. No solo por las referidas horas complementarias, de mayor alcance potencial modificador del tiempo de trabajo que las horas extraordinarias, además, sino a través de otras vías modificativas. Incluso involuntarias para la persona trabajadora ([art. 41 ET](#)), cuyo consentimiento solo se exige legalmente para la novación contractual ([art. 12.4 e\) ET](#)), pero no para el cambio de jornada sin cambio de modalidad de contrato. Lo que, por lo demás, se debería proyectar igualmente sobre otros diferentes derechos de devengo temporal amplio, como, paradigmáticamente, las pagas extraordinarias o las indemnizaciones por extinción del contrato.

Juzgando el derecho a conciliar familia y trabajo con doble perspectiva: infancia y género

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 1 de septiembre de 2020 \(rec. 197/2020\)](#)

Glòria Poyatos i Matas

Magistrada especialista de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas)

La deferencia de las mujeres está arraigada no solo en su subordinación social sino también en la esencia de su preocupación moral. La sensibilidad a las necesidades de los demás y la asunción de responsabilidad por el cuidado llevan a las mujeres a atender voces distintas a las suyas e incluir en su juicio otros puntos de vista.

Carol Gilligan

1. Marco normativo: adaptación de jornada y cosa juzgada material

El actual redactado del derecho de las personas trabajadoras a la adaptación horaria, contenido en el [artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#), tras la [reforma introducida por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo](#), pretende asegurar el ejercicio de un derecho laboral con impacto constitucional, que en su anterior redacción parecía quedar condicionado a la negociación colectiva. Los cambios legales sustancialmente se concretizan en:

- La introducción de un procedimiento legal obligatorio de negociación entre la persona trabajadora y la empresa (máximo de 30 días), en ausencia de acuerdo colectivo.
- Exigencia legal de comunicación escrita de la empresa manifestando la aceptación de la petición, una propuesta alternativa o la negativa, y, en este caso, se le exige la indicación de las razones objetivas.

Cómo citar: Poyatos i Matas, Glòria. (2020). Juzgando el derecho a conciliar familia y trabajo con doble perspectiva: infancia y género. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 1 de septiembre de 2020 (rec. 197/2020). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 451, 222-231.

- Reconocimiento del derecho a solicitar el regreso a sus condiciones anteriores, cuando el cambio de circunstancias familiares así lo justifique.

En el caso resuelto por la [sentencia comentada](#), el juzgado de lo social desestimó la demanda, en materia de adaptación de la jornada ([art. 34.8 ET](#))¹, e impuso a la actora una multa por temeridad de 180 euros, apreciando cosa juzgada material negativa, en relación con el procedimiento judicial previo. La trabajadora demandante formalizó recurso de suplicación.

La sala entiende que no concurre la cosa juzgada porque entre el primer proceso y el segundo se produjo un cambio relevante de las circunstancias familiares y personales de la trabajadora, por las siguientes razones:

- El hijo causante de sus peticiones contaba con 2 años de edad a la fecha de la primera petición (8 de noviembre de 2018) y tenía más de 3 años en la segunda (19 de junio de 2019). Los cambios físicos, emocionales y cognitivos, así como los requerimientos, de un niño de 2 años no son los mismos que a los 3 años. 1 año (12 meses) es mucho tiempo en un contexto de vida tan corto. Los niños y las niñas experimentan cambios intelectuales y sociales sustanciales para su desarrollo holístico. En este periodo de la infancia se aprende a utilizar los sentidos y a explorar el mundo que les rodea, percibiendo nuevas dimensiones como el cariño, lo que les ayudará a forjar valores y construir su pensamiento. A partir de los 3 años se incrementan sus acciones e interacciones sociales y suele disminuir el tiempo en el que permanecen durmiendo. Por ello precisan atenciones especiales cualificadas y adecuadas a sus nuevas necesidades y requerimientos. Ello se traduce también, por contrapartida, en una mejor forma física de las personas cuidadoras de un niño o niña que, a la edad de 3 años, ha aumentado de peso y cuya movilidad es mayor, en correspondencia con su curiosidad por el mundo. El tribunal destaca la obligación de integrar la perspectiva de infancia en el análisis y solución judicial cuando existe un impacto infantil directo o indirecto, como es el caso.
- Entre ambas solicitudes transcurre casi 1 año y se producen cambios personales de la actora, como es su proceso de baja médica por incapacidad temporal (IT) iniciado el 9 de julio de 2018 y en el que se hallaba. Debe destacarse que la causa de la baja descansa en dolencias psicológicas. Además, se hace expresa referencia a la baja médica en la petición de adaptación horaria (19 de junio de 2019).
- También en esta petición (19 de junio de 2019), a diferencia de la anterior, la actora refiere la edad avanzada de sus padres para ocuparse de los cuidados requeridos por un niño de 3 años.

¹ Tras la [reforma introducida por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo](#), de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

- La sala recuerda que debe integrarse la perspectiva de género en la interpretación y aplicación del derecho, por su impacto de género desproporcionado. Según la [sentencia](#), debe hacerse una interpretación adecuada y finalista de los derechos de conciliación familiar y laboral para no impedir o limitar el acceso de las mujeres a la tutela judicial efectiva, lo que exige interpretaciones flexibles y no rigoristas de la normativa procesal y sustantiva.

En la fundamentación jurídica de la [sentencia comentada](#), la sala recuerda el marco jurídico vertical aplicable al derecho que se reclama.

Internacional:

- Artículos 2 c), 5 b) y 11.1 de la [Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer \(CEDAW\)](#)² y [Recomendación general número 33 del Comité CEDAW](#): «principio de diligencia debida» de los poderes públicos del Estado.
- Artículo 3.1 y 2 de la [Convención sobre los derechos del niño](#)³.
- Artículo 12 de la [Observación general número 16 \(2013\), sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño](#), y artículos 3.1 y 13 de la [Observación general número 14 \(2013\), sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial](#).
- Artículos 3 y 4 del [Convenio de la OIT número 156, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares \(1981\)](#).

Regional:

- Artículo 8.3 de la [Carta Social Europea](#) de 1961⁴, sobre el derecho de las trabajadoras a protección, con el compromiso de los países partes a «garantizar a las madres que críen a sus hijos el tiempo libre suficiente para hacerlo». Y el artículo 16 donde se insiste en el derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica.
- Artículo 12 del [Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños](#), de 25 de enero de 1996.

² Ratificada por España en 1980 (BOE núm. 69, de 21 de marzo de 1984).

³ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada por España en 1990 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).

⁴ Ratificada por España en 1980 (BOE núm. 153, de 26 de junio de 1980).

Unión Europea:

- Artículo 24.2 de la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) (2000), sobre el «interés superior del menor».
- [Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010](#), por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental. Esta última directiva ha sido derogada por la [Directiva \(UE\) 2019/1158, de 20 de junio de 2019](#), relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional, que, aunque no sea aplicable al caso que nos ocupa, promueve criterios de flexibilidad para facilitar la conciliación de la vida familiar de las personas trabajadoras, recordando el impacto de género de los cuidados en su considerando 11⁵.

Derecho interno:

- Artículos [9.2](#) y [39.1](#) de la Constitución española (CE), sobre la obligación de los poderes públicos de remover los obstáculos que impidan o dificulten la igualdad efectiva y sobre la protección social, económica y jurídica de la familia. También, los artículos [10.2](#) y [96](#) de la CE, respecto al control de convencionalidad.
- [Artículo 2 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero](#), de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de enjuiciamiento civil.
- Artículos [4](#), [8](#) y [15](#) de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), sobre la obligación de juzgar con perspectiva de género. Y artículos [14](#) y [44.1](#), sobre la conciliación familiar.
- [Ley 39/1999, de 5 de noviembre](#), para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.
- [Artículo 34.8 del ET, tras la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo](#), de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

⁵ «[...] El desequilibrio en el diseño de las políticas sobre conciliación de la vida familiar y la vida profesional entre hombres y mujeres incrementa los estereotipos y las diferencias de género en materia laboral y familiar. Las políticas de igualdad de trato deben orientarse a hacer frente al problema de los estereotipos en las profesiones y funciones tanto masculinos como femeninos, y se anima a los interlocutores sociales a que cumplan su papel de informar tanto a trabajadores como a empleadores, y sensibilicen sobre la necesidad de combatir la discriminación. Asimismo, ha quedado demostrado que las fórmulas para conciliar la vida familiar y la vida profesional, como los permisos o las fórmulas de trabajo flexible, tienen un impacto positivo en la reducción de la carga relativa de trabajo familiar no remunerado que recae sobre las mujeres [...]».

2. Relato fáctico: hechos relevantes

Como se ha dicho, el juzgado de lo social desestimó la demanda, en materia de adaptación de la jornada (art. 34.8 ET)⁶, e impuso a la actora una multa por temeridad de 180 euros, apreciando cosa juzgada material negativa, en relación con el procedimiento judicial previo, en materia de reducción de jornada y concreción horaria (art. 37.6 ET), con idénticas partes, que fue desestimado por el mismo juzgado por Sentencia de 1 de abril de 2019.

- La actora formalizó recurso de suplicación denunciando diversas infracciones jurídicas. Se combate, en primer lugar, la cosa juzgada porque el precepto legal en el que se amparan ambas acciones es diferente, reducción de jornada en una y adaptación horaria en la otra, a tenor de las circunstancias familiares de la trabajadora. En segundo lugar, en cuanto al fondo, entiende que le asiste la razón al no haberse probado las causas organizativas alegadas por la empresa. Por último, se solicita indemnización paralela por daño moral (4.000 €), combatiéndose, también, la multa por temeridad impuesta.
- La actora, con antigüedad de 1 de noviembre de 2005, venía prestando servicios a jornada ordinaria con la categoría de 2.ª gobernanta, en horario de 8:00 a 16:00, de lunes a domingo, librando jueves y viernes.
- Tiene un hijo nacido el 22 de febrero de 2016 y una hija nacida el 23 de enero de 1999 con una discapacidad del 33 % que conviven con ella y su pareja, que es conductor y presta servicios a jornada completa sin horario fijo.
- La operaria disfrutó de un periodo de excedencia por cuidado de hijo del 1 de julio de 2016 al 30 de junio de 2018.
- En fecha 17 de mayo de 2018 comunica a la empresa su intención de reincorporarse al puesto de trabajo con efectos de 1 de julio de 2018, solicitando una reducción de jornada (35 horas) que concretiza en un horario de lunes a viernes desde las 8:00 a las 15:00 por cuidado de su hijo. La empresa aceptó la reducción de jornada, pero no la concreción horaria, alegando causas organizativas y productivas del departamento de pisos. La actora interpuso demanda (autos 585/2018) que conoció el Juzgado de lo Social número 2 de Arrecife con sede en Puerto del Rosario que finalizó con conciliación, aprobada por Decreto de 3 de julio de 2018, en los siguientes términos:

⁶ Tras la [reforma introducida por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo](#), de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

La empresa habiendo aceptado la reducción de jornada solicitada por la actora a 35 horas semanales ofrece a la misma aceptar la concreción horaria planteada en la demanda, esto es, de lunes a viernes de 8:00 a 15:00 horas, librando los sábados y domingos, siempre y cuando la trabajadora pase a asumir la categoría profesional de camarera de pisos (actualmente 2.ª gobernanta), con el consiguiente ajuste salarial conforme al convenio. El presente acuerdo comenzará a regir el 4/7/18 y se mantendrá hasta que su hijo cumpla 12 años o la trabajadora renuncie a la reducción de jornada solicitada, volviendo a realizar su jornada completa de 8:00 a 16:00 horas librando jueves y viernes y recuperando su categoría profesional.

- El 5 de septiembre de 2018, la operaria comunica a la empresa su voluntad de reincorporarse a su jornada ordinaria y horarios anteriores, recuperando su categoría profesional de 2.ª gobernanta.
- El día 8 de noviembre de 2018, presenta nueva solicitud de reducción de jornada y concreción horaria con amparo en el [artículo 37.5 y 7 del ET](#), en los mismos términos que en su solicitud de 17 de mayo de 2018. La empresa aceptó la reducción de jornada, pero no la concreción horaria respecto a la libranza de los fines de semana. Tras plantear demanda fue resuelta en Sentencia (firme) de 1 de abril de 2019 (autos 118/2018) del Juzgado de lo Social número 4 de Arrecife con sede en Puerto del Rosario, desestimándose la demanda.
- El 19 de junio de 2019, la demandante solicita adaptación horaria, con amparo en el [artículo 34.8 del ET](#), consistente en mantener su horario librando sábados y domingos, por las siguientes razones:

[...] en dichos días no existe guardería donde dejar a mi hijo, mi marido por su profesión de conductor tiene que trabajar también sábados y domingos y ser mayores mis padres para cuidar de mi hijo. Hasta ahora he podido soslayar dichos inconvenientes al estar de baja médica, pero como la mencionada baja depende estrictamente de mi médico de cabecera y en previsión de que en un futuro me reincorpore a mi puesto de trabajo es por lo que solicito la mencionada adaptación [...].

- Tras un proceso de negociación, la empresa dio respuesta negativa a la petición por razones productivas y organizativas, sustancialmente porque los fines de semana la 2.ª gobernanta debe suplir a la gobernanta, que descansa sábados y domingos. No obstante, se ofrece a la actora aceptar su propuesta si reduce su categoría profesional a camarera de pisos, con la correspondiente rebaja salarial.
- En el departamento de limpieza trabajan: 1 director de alojamiento, 1 gobernanta, 1 2.ª gobernanta (actora), 3 subgobernantas y unas 40 camareras de pisos.

- La función principal de la gobernanta consiste en organizar diariamente el trabajo de las subgobernantas, camareras de pisos y *valets* en el departamento de limpieza. Esta organización lleva 3 o 4 horas diarias. También asume tareas administrativas que consisten en tratar con proveedores y con la jefatura de otros departamentos de la empresa. Estas funciones administrativas solo pueden realizarse de lunes a viernes. La gobernanta libra los sábados y domingos.
- La función básica de la 2.^a gobernanta consiste en sustituir a la gobernanta cuando esta no está, asumiendo las funciones básicas y esenciales de esta.
- La demandante inició proceso de IT derivada de enfermedad común, situación en la que continuaba en la fecha de la celebración del segundo juicio (16 de diciembre de 2019). Durante el periodo de IT ha sido sustituida por 2 subgobernantas.

3. Claves del razonamiento jurídico: análisis con perspectivas de género e infancia

El impacto de género del caso lleva al tribunal canario, como poder del Estado, a integrar la perspectiva de género en la interpretación y aplicación del derecho, a tenor del mandato contenido en el [artículo 4 de la LOIEMH](#), proyectado sobre el [artículo 34.8 del ET](#). Ha de añadirse que, tratándose de un derecho humano, debe regirse en su interpretación y aplicación por los principios de universalidad, integralidad y el principio pro persona, que exige una interpretación garantizadora y favorable en la protección del derecho, en aquellos casos en los que se involucren relaciones asimétricas entre mujeres y hombres, como sucede en el ejercicio del derecho a conciliar familia y trabajo, ejercitado mayoritariamente por las trabajadoras.

Concurre, además, otro impacto que es también evaluado por el tribunal. Se trata del impacto que la decisión judicial tendrá sobre el niño de 3 años de edad, causante del derecho debatido. Por ello, se destaca que el interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento basados en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios menores en una situación concreta. El objetivo de este concepto es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la convención y el desarrollo holístico de la niña o el niño.

Con base en lo anterior, en la [sentencia objeto de comentario](#) se aplica el principio internacional del «interés superior del niño» como criterio jurídico hermenéutico derivado del artículo 3.1 de la [Convención internacional sobre los derechos del niño](#), desarrollado por la [Observación número 14](#) (2013), en relación con la restante normativa internacional, regional e interna aplicable.

Esta hermenéutica interpretativa impone a la comunidad internacional el mandato de asegurar la aplicación de los derechos de la niñez en su integridad e insta a los Gobiernos a evaluar sus sistemas jurídicos y de bienestar social, teniendo en cuenta los principios fundamentales de la convención. Es obligación del Estado adoptar las medidas necesarias para dar efectividad a todos los derechos reconocidos en la [convención](#) (art. 4), entre los que se incluye el cuidado necesario para asegurar el bienestar del niño o niña. Un bienestar que, en este caso, conecta con el derecho del niño causante a recibir el cariño, atenciones y cuidados necesarios para su crianza y desarrollo humano, tal como se establece en el artículo 18 de la citada [convención](#).

3.1. Ponderación de los tres derechos en conflicto

Finalmente, la [sentencia](#), partiendo de la viabilidad del derecho solicitado, pondera los tres derechos en juego: de un lado, el interés del niño como consideración primordial cuando los Estados están sopesando prioridades que se contraponen⁷ y el de la madre trabajadora, y, de otro, el derecho de la empleadora. La [resolución comentada](#) entiende suficientemente probadas las razones familiares que asisten a la actora en su petición a diferencia de las razones esgrimidas por la empresa. Resumidamente, estas son las razones:

- Las funciones administrativas de la categoría profesional de gobernanta se llevan a término de lunes a viernes.
- Por tanto, las tareas de sustitución de la gobernanta durante el fin de semana quedan limitadas a la organización y planificación diaria del trabajo del departamento de limpieza y pisos.
- Con base en lo anterior, no parece necesaria una formación especialmente cualificada para suplir sus funciones durante los fines de semana, lo que permite que la subgobernanta pueda suplir tal actividad los sábados y domingos, permitiendo así el descanso de la actora en fin de semana.
- Además, tal y como se recoge en el [V Acuerdo laboral estatal de hostelería](#) (área funcional 4.^a), entre las funciones de la subgobernanta se incluye la sustitución de la gobernanta.
- Por último, se señala que, mientras la actora ha estado en situación de IT, ha venido siendo sustituida por las subgobernantas.

⁷ [Observación general número 16 \(2013\)](#), sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño.

3.2. Indemnización reparadora del daño moral y revocación de la sanción por temeridad impuesta a la trabajadora

Una vez reconocido el derecho reclamado en la demanda, la sala analiza la procedencia de la indemnización reparadora por daños y perjuicios derivados de la negativa empresarial. Se reclamaban en la demanda 4.000 euros en concepto de lucro emergente, derivado de las prestaciones inferiores percibidas durante el periodo de IT y también en concepto de daño psicológico y moral.

La sentencia desestima la reclamación de indemnización vinculada al proceso de IT porque no se probó su conexión con la actuación de la empresa. En cambio, se reconoce indemnización por daño moral. Se aplica la doctrina de la sala y, tomando como parámetro de cálculo el [artículo 7.5](#) en relación con el [40.1 b\)](#) de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, se condena a la empresa a abonar a la trabajadora la cantidad de 3.125 euros en dicho concepto.

Igualmente, al estimarse el derecho, se estima la pretensión de la recurrente de revocación de la multa económica impuesta por temeridad en la instancia⁸ de 180 euros.

4. Conclusiones

La [sentencia comentada](#) sigue el camino ya iniciado por el mismo tribunal en sentencias anteriores, integrando la perspectiva de género en la interpretación y aplicación del derecho a conciliar familia y trabajo, por su impacto desproporcionado de género. En este caso se ejercía el derecho a la adaptación de la jornada, con amparo en el [artículo 34.8 del ET](#) tras la nueva [redacción flexibilizada dada por el Real Decreto-Ley 6/2019](#). En dicho proceso se interpreta de forma flexible el instituto de la cosa juzgada material, para permitir el acceso de la madre trabajadora a la tutela judicial, al probarse la existencia de cambios personales y familiares en la vida de la actora durante el año transcurrido entre la primera y la segunda acción.

Pero en este caso la sala canaria da un paso más e integra, por primera vez, en esta materia, la perspectiva de infancia, al ser el causante del derecho un niño de 3 años. Se interpreta «el interés superior del menor», como consideración primordial, en todas las medidas

⁸ El magistrado de la instancia impuso a la parte actora la referida sanción por:

[...] su actuación temeraria de plantear una cuestión sucesivamente en el tiempo cada vez que se modifica la legislación que la regule, no solo supone inobservancia de los deberes mínimos de diligencia en el conocimiento y aplicación de las normas procesales y sustantivas, sino que sume al órgano judicial y especialmente a la parte litigante en una especie de «historia interminable».

que tengan impacto directo o indirecto sobre niños o niñas, como era el caso. A partir de aquí lo más relevante se aprecia en la ponderación de los derechos en conflicto para llegar a la convicción judicial. Para ello se supera el tradicional dualismo (parte trabajadora/parte empresa), para añadir un nuevo derecho a ponderar, junto a los anteriores, el del niño de 3 años que demanda ser cuidado y cuyo interés siempre debe ser primordial, cuando se sopesan prioridades que se contraponen.

Las relaciones de trabajo y el contexto sociolaboral han discurrido históricamente de espaldas a las demandas de cuidados de los hijos y las hijas de las personas trabajadoras. Los menores no suelen tener voz política y carecen de acceso a la información pertinente. Los procesos de adopción de decisiones de los Estados pueden no tener adecuadamente en cuenta el impacto en niñas y niños de las leyes y las políticas relacionadas con las empresas, mientras que, por el contrario, el sector empresarial, a menudo, ejerce una poderosa influencia sobre las decisiones sin hacer referencia a los derechos de la infancia⁹. Por todo ello, las obligaciones y responsabilidades internacionales derivadas de la [Convención sobre los derechos del niño](#) se extienden más allá de los Estados, siendo aplicables a las empresas¹⁰. En el caso de los permisos laborales para cuidarlos, quien juzga debe evaluar, junto a los derechos de las partes del litigio, también el interés superior del niño o la niña, pues no hacerlo puede vulnerar los derechos humanos del niño/a o adolescente, en su derecho a la integridad psicológica, moral y espiritual.

Se solidifica así la tendencia protectora del interés de la infancia y adolescencia que ya había aplicado esta misma sala en prestaciones por riesgo durante la lactancia natural¹¹ y hace efectivo el cumplimiento del mandato internacional de atender al interés superior del menor.

La perspectiva de la infancia ha sido en las leyes laborales una gran olvidada, a pesar del impacto directo que tienen muchas decisiones judiciales sobre este sector de la población (niños/as y adolescentes). Por ello debe integrarse a través de la impartición de justicia. Ello no es una opción de quien juzga, sino un mandato legal imperativo y vinculante.

⁹ [Observación general número 16 \(2013\)](#). Introducción.

¹⁰ [Observación general número 16 \(2013\)](#). Alcance y aplicación.

¹¹ [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas 1339/2019, de 17 de diciembre, comentada](#) en el número 443 (febrero 2020) de esta revista.

Determinación del convenio aplicable al personal de empresas multiservicios sin convenio propio: (al fin) la realidad supera la ficción

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo 438/2020](#), de 11 de junio

Margarita Miñarro Yanini

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

1. Marco normativo

Las empresas multiservicios, fórmula de externalización en boga en los últimos tiempos, son, como su propio nombre indica, empresas que generalmente prestan una pluralidad de servicios para otras, desarrollando su actividad amparadas en los amplísimos mecanismos de subcontratación ex [artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET). No obstante, por lo común, asumen tareas en las que es esencial el componente personal y no así el material, prestando servicios desmaterializados, lo que las aleja de las empresas subcontratistas tradicionales y las aproxima sustancialmente a las empresas de trabajo temporal (ETT). En consecuencia, realmente las empresas multiservicios operan aprovechando el espacio legal extenso y laxo de la subcontratación para escapar de la más rigurosa regulación de las ETT, con las que presentan innegables conexiones materiales.

Una de las cuestiones que más controversia despierta es la determinación del convenio aplicable a las personas que trabajan para ellas, dada la multiplicidad de servicios que estas empresas suelen prestar, como se ha venido reflejando en esta revista (M.^a Caridad López Sánchez en «[La negociación colectiva en empresas multiservicios: concurrencia de convenios colectivos](#)», núm. 436/julio 2019, o Margarita Miñarro Yanini en «[Selección del convenio aplicable en empresas multiservicios: otra asignatura legal y jurisprudencial pendiente](#)», núm. 439/octubre 2019, entre otros). En el caso de que dispongan de

Cómo citar: Miñarro Yanini, Margarita. (2020). Determinación del convenio aplicable al personal de empresas multiservicios sin convenio propio: (al fin) la realidad supera la ficción. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 438/2020, de 11 de junio. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 451, 232-239.

convenio propio, no se plantea el problema de tal identificación –aunque sí otros, como lo precarizante de las condiciones establecidas o los defectos jurídicos que con frecuencia presentan y que en algunos casos los llevan a su invalidación (Sentencias del Tribunal Supremo [SSTS] [190/2017, de 7 de marzo](#), [133/2018, de 8 de febrero](#), o [135/2019, de 22 de febrero](#))–, puesto que existe respuesta legal que establece la prioridad aplicativa del convenio de empresa en las condiciones de trabajo básicas, prevista en el [artículo 84.2 del ET](#). No obstante, el ordenamiento no prevé solución para el caso de que carezcan de convenio propio, por lo que jurisprudencia y doctrina judicial han ido resolviendo los casos controvertidos que se han ido planteando de forma no siempre clara, coherente ni unívoca, lo que suscita un evidente problema de seguridad jurídica. En cualquier caso, es cierto que la falta de identidad absoluta entre los supuestos también es óbice para el establecimiento de criterios firmes.

Por lo que respecta a las respuestas dada por el TS, mención especial merece la [STS de 17 de marzo de 2015 \(rec. 1464/2014\)](#), en la que, en un supuesto de reclamación de diferencias retributivas, el tribunal confirmaba la sentencia de suplicación que establecía como criterio resolutorio la aplicación del convenio colectivo de la actividad preponderante de la empresa, lo que determinaba que se aplicara el convenio de limpieza de edificios y locales a quienes realizaban funciones de auxiliar de información en centros del Ayuntamiento de Madrid.

Asimismo, resulta importante la [STS 136/2019, de 22 de febrero](#), dada la semejanza del supuesto que en ella subyace con el resuelto en [la que se comenta](#) en las siguientes páginas y la identidad de resultado final, aunque no así del criterio resolutorio. En esta, en relación con una empresa multiservicios que presta mediante su personal los servicios de cocina y comedor en residencias de la tercera edad, en atención al principio de especialidad, el tribunal dispone que ha de aplicarse el convenio colectivo autonómico de colectividades (restauración colectiva), y no el estatal de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, a tenor de que los servicios de restauración en residencias de la tercera edad constituyen el 90 % de la actividad de la empresa.

Por lo demás, también ha de atenderse al ámbito aplicativo previsto en los convenios colectivos concurrentes, si bien, generalmente, la delimitación que estos efectúan es tan amplia que su virtualidad a efectos de determinación del convenio aplicable es en la práctica muy limitada. En el caso resuelto por la [STS de 11 de junio de 2020](#), examinada, estos son los de los artículos 1 del Convenio colectivo de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, y 2 del Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva.

2. Breve síntesis del supuesto de hecho

Los hechos que anteceden a esta [sentencia](#) son los que siguen:

La empresa Seruni3n, SA, es la adjudicataria de los servicios de alimentaci3n, comedor y cafetería de las residencias de mayores de Pola de Siero (CPR Vald3s Palacio) y Sotrondio (CPR Santa B3rbara). Ambas pertenecen a «Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias» (ERA), que es un organismo aut3nomo vinculado a la Consejería de Bienestar Social del Principado de Asturias. La anterior adjudicataria del servicio fue Aramark, en cuyas relaciones laborales se subrog3 Seruni3n el 17 de mayo de 2017.

Seg3n el pliego de condiciones de ERA, el servicio de alimentaci3n incluye la gesti3n de las compras de las materias primas alimentarias y de los elementos necesarios para su realizaci3n, el control del almac3n, la preparaci3n de los men3s en las instalaciones de los centros y la limpieza de las instalaciones en las que se desarrolla la actividad, as3 como del material de la cocina y del comedor. El servicio de comedor abarca la distribuci3n de los men3s a los comensales y la limpieza de las instalaciones en las que se realiza la actividad. Por lo que respecta a las funciones desarrolladas por las personas trabajadoras de ambos centros, estas consisten en la elaboraci3n diaria de los men3s de los desayunos, comidas, meriendas y cenas, tanto para los usuarios de la residencia como del personal del ERA cuya jornada de trabajo coincide con el horario de alguna de las comidas. Asimismo, realizan el reparto de men3s entre los comensales en el comedor y despu3s recogen, friegan y limpian. El diseño de los men3s corresponde a Seruni3n, que tambi3n proporciona los alimentos que suministran los proveedores.

Los estatutos sociales de Seruni3n la definen como «empresa multiservicios» y su art3culo 2 incluye entre sus actividades la prestaci3n de servicios de hostelería y alimentaci3n a entidades p3blicas y privadas y los servicios vinculados a personas de la tercera edad mediante la gesti3n de residencias.

Tanto esta empresa como la anterior adjudicataria del servicio han aplicado el Convenio colectivo de servicios de atenci3n a las personas dependientes y desarrollo de la promoci3n de la autonomía personal a quienes prestan servicios en ambas residencias de mayores con la categoría de cocinero/cocinera, ayudante de cocina, camarero/camarera y ayudante de camarero/camarera.

CC.OO. de Asturias interpuso demanda de conflicto colectivo en la que solicitaba al Tribunal Superior de Justicia (TSJ) que declarase que el marco convencional aplicable a las relaciones de trabajo de las personas trabajadoras de Seruni3n que prestan servicios en los centros de trabajo de Pola de Siero y Sotrondio es el [Convenio estatal del sector laboral de la restauraci3n colectiva \(BOE de 22 de marzo de 2016\)](#) o el que lo sustituya, retro trayendo los efectos de esta declaraci3n a 1 año antes de la fecha de la presentaci3n de la papeleta de conciliaci3n, que se produjo el 25 de julio de 2018.

El TSJ de Asturias estim3 la demanda en su Sentencia 12/2018, de 23 de octubre, que fue recurrida en casaci3n por la empresa, dando lugar a la [sentencia examinada](#).

3. Aspectos clave de la decisión del tribunal

Contra la Sentencia del TSJ de Asturias de 23 de octubre de 2018, dictada en la instancia, interpone recurso de casación la empresa Serunión con base en dos motivos. En el primero de ellos, aduce error en la apreciación de la prueba con base en el [artículo 207 d\) de la Ley reguladora de la jurisdicción social \(LRJS\)](#), que es desestimado debido a su generalidad, contraria a la precisión que el [artículo 210.2 b\) de la LRJS](#) exige en relación con este motivo.

En el segundo motivo, fundamentado en la infracción de normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia al amparo del [artículo 207 e\) de la LRJS](#), la recurrente achaca a la sentencia de instancia la vulneración de diversos preceptos convencionales –art. 1 [Convenio colectivo de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal](#), y aplicación indebida del art. 2 [Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva](#)– y legales –arts. [82.3 ET](#) y [1.281](#) y [1.282](#) Código Civil–, así como de la jurisprudencia –[STS de 17 de marzo de 2015 \(rec. 1464/2014\)](#)–.

Todas estas denuncias se sintetizan en un argumento básico esgrimido por la empresa, que es que por su condición de multiservicios desempeña varias actividades, lo que supone que:

[...] para la determinación del convenio aplicable hay que estar a la actividad real preponderante en la empresa, tal y como precisa la referida sentencia [en alusión a la [STS de 17 de marzo de 2015](#), citada] y siendo dicha actividad la atención a las personas de la tercera edad, ese debe resultar el convenio de aplicación.

La sala da respuesta a esta cuestión a través de una argumentación especialmente completa y detallada. En este sentido, con base en los hechos declarados probados, parte de que la empresa Serunión «tiene como objeto social diversas actividades [...] sin que en ningún momento conste cuál sea la actividad preponderante en la empresa».

Entrando en la tacha de desviación del criterio jurisprudencial por parte de la sentencia de instancia denunciada por la recurrente, el tribunal rechaza la pretendida identidad sustancial del caso con el contemplado en la [STS de 17 de marzo de 2015](#), incidiendo en una diferencia fundamental entre sendos supuestos. En este sentido, indica que:

[...] en dicho supuesto la empresa multiservicios demandada tenía adjudicados en la empresa cliente la realización de diversos servicios que, materialmente, podrían incluirse en convenios distintos y de lo que se trataba era de delimitar el convenio aplicable a todos los trabajadores de la empresa multiservicios que prestaban servicios en la empresa cliente, motivo por el cual en aquella ocasión se desechó el criterio de la actividad realizada a favor del de la actividad real preponderante en la empresa. En cambio, en el supuesto presente, la empresa multiservicios solo tiene

contratada una actividad en la empresa cliente que, materialmente, solo está regida por un mismo convenio colectivo y, a diferencia del caso anterior, aquí la disyuntiva no es decidir entre convenio de la actividad desarrollada por el trabajador o convenio de la actividad preponderante que desempeña la empresa multiservicios. En este caso, la disyuntiva es entre el convenio sectorial que rige la actividad que realizan los trabajadores o convenio sectorial de aplicación en la empresa cliente.

Esta importante diferencia determina que no pueda ser aplicable idéntico criterio, pues:

Ante la ausencia de un convenio colectivo propio de la empresa multiservicio demandada, las relaciones laborales quedarán reguladas por el convenio colectivo sectorial cuyo ámbito funcional comprenda la actividad que llevan a cabo los trabajadores en el marco de la contrata tal y como ha quedado configurada en los hechos probados. En efecto, al hacerse de esta forma las condiciones laborales de los trabajadores que prestan servicios en los centros a que se refiere el presente conflicto se determinarán en función de la clase de trabajo prestado, que es el parámetro más adecuado y objetivo frente al alternativo de la actividad preponderante de la empresa multiservicios en su conjunto que, por un lado, no se conoce, y por otro, aunque fuese conocido y otro diferente, nada tendría que ver con la actividad realmente desempeñada por los trabajadores.

En este sentido, incide en que:

[...] el criterio que debemos aplicar para establecer el convenio de aplicación es la real y verdadera actividad ejercida por los trabajadores en relación [con] la prestación de servicios por la empresa multiservicios a la empresa cliente. Más aún, en un caso como el presente, en el que la actividad que presta la demandada en el ámbito del conflicto es una sola.

A mayor abundamiento, pero introduciendo un elemento de importancia capital en la formación del criterio, el tribunal añade que:

Con esta solución se atiende a lo que dispone el convenio de referencia, que está pensado precisamente para situaciones como la que contemplamos y además no se afecta a la competencia en el mercado de trabajo, pues se establece una misma regulación unitaria a todos los trabajadores que realizan el mismo trabajo, con independencia de la configuración jurídica del sujeto empleador, esto es, de si se trata de una empresa especializada en la prestación de un solo servicio o una empresa multiservicios.

En consecuencia, la sala mantiene la aplicación de un criterio subjetivo realista, que atiende a la actividad efectivamente realizada por los trabajadores, para la determinación del convenio colectivo que les es de aplicación.

Con base en estos argumentos, la [STS de 11 de junio de 2020](#), examinada, desestima el recurso de casación, confirmando la sentencia de instancia.

4. Trascendencia y valoración crítica

La [Sentencia de 11 de junio de 2020](#) está llamada a ser un referente clave en la ahora oscura cuestión de la determinación del convenio aplicable a las personas trabajadoras de las empresas multiservicios en los casos en que estas carecen de convenio propio. El criterio realista que mantiene y aplica se considera el más adecuado –con las precisiones que se harán más adelante–, al centrarse en el trabajo realmente realizado por la persona trabajadora, que es el factor que debe ser clave para la determinación de las condiciones que le son aplicables. En este sentido, como el propio tribunal destaca, esta solución evita prácticas de competencia desleal a través de la precarización de condiciones de trabajo, puesto que:

[...] se establece una misma regulación unitaria a todos los trabajadores que realizan el mismo trabajo, con independencia de la configuración jurídica del sujeto empleador, esto es, de si se trata de una empresa especializada en la prestación de un solo servicio o una multiservicios.

Por todo ello, se confía en que este se consolide como criterio aplicativo en vía judicial en la resolución de estas controversias.

Con todo, ha de tenerse en cuenta que esta solución no resolverá en términos generales, ni siquiera amplios, el problema del bajo estándar de derechos laborales de las personas trabajadoras en empresas multiservicios. Por una parte, porque el criterio de la actividad efectivamente realizada entra en juego únicamente en ausencia de convenio propio de las empresas multiservicios, puesto que, si este existe, se aplicarán las condiciones que establezca, que siempre son inferiores a las previstas en los convenios sectoriales, porque precisamente esa es su razón de ser. Por otra, porque, aun en ausencia de convenio propio de la empresa multiservicios, la [sentencia](#) parece apuntar a que solo es de aplicación el criterio realista cuando la empresa multiservicios no haya establecido ninguna actividad como preponderante y todas las personas trabajadoras realicen una actividad encuadrable en el mismo convenio colectivo. En este sentido, bien se cuida de poner de manifiesto que las circunstancias del supuesto que da lugar a la [STS de 17 de marzo de 2015](#) y del que subyace en el pronunciamiento examinado son diferentes, y que por ello la respuesta ha de ser distinta.

Asimismo, no puede obviarse que este criterio realista, centrado exclusivamente en el trabajo realizado, aplicado con carácter general y sin más matices, puede presentar problemas –incluso alguno que el tribunal expresamente manifiesta que quiere evitar–. Así, si bien es absolutamente razonable si se toma como única alternativa el convenio aplicable a

la actividad preponderante de la empresa multiservicios, puede no ser tan ajustado si entran en juego otras opciones convencionales. De este modo, el criterio realista puede no solo no beneficiar a quienes prestan servicios en sectores con convenios más potentes, sino generar desigualdad entre las personas trabajadoras que son contratadas directamente por la empresa principal y las que pertenecen a empresas multiservicios, diferencia de trato esta que el TS expresamente indica en la [sentencia comentada](#) que pretende evitar. En este sentido, la ausencia de una previsión en este ámbito que establezca la equiparación de condiciones con las personas trabajadoras de la empresa principal semejante a la dispuesta en el [artículo 11.1 de la Ley de empresas de trabajo temporal](#) para quienes prestan servicios mediante ETT así lo propicia. Es por ello que, paradójicamente, en estos casos, la aplicación del criterio realista no evita el efecto de competencia desleal.

Ilustrativa resulta a estos efectos la situación de las camareras de pisos *-kellys-* de empresas multiservicios que desarrollan sus funciones en establecimientos hoteleros. Respecto de este colectivo, la aplicación del criterio realista conduce a que le sea aplicado el convenio de limpieza *-que establece un estándar de derechos laborales muy modesto-*, mientras que al personal que con tales funciones contrata directamente la empresa principal se le aplica el convenio de empresa, en su caso, o el sectorial de hostelería, produciéndose con ello una diferencia de trato que carece de justificación dada la identidad de tareas realizadas. Es por ello que, en tales casos, se considera que debe abogarse por la aplicación del criterio de especificidad, que determina la aplicación del convenio que rige la actividad de la empresa principal, puesto que en estos casos es el que presenta mayor utilidad jurídico-social y también el más respetuoso con el valor de la igualdad *-vid. «Selección del convenio aplicable en empresas multiservicios: otra asignatura legal y jurisprudencial pendiente»*, en el núm. 439/octubre 2019 de esta revista-. Estas son las razones por las que, en referencia a los trabajos integrados en la actividad hostelera, ha proliferado la incorporación en los convenios sectoriales de «cláusulas de inclusión» de las empresas multiservicios *-Convenios colectivos provinciales del sector de la hostelería de Málaga o de Las Palmas-* y de «extensión» de condiciones al personal de las empresas multiservicios *-Convenio colectivo de hostelería de Alicante-*. Si bien la [modificación del Acuerdo estatal laboral de hostelería](#) neutraliza estas cláusulas por el interés económico de las empresas, se considera que portan el aval de la razón jurídica.

En consecuencia, aunque la [sentencia comentada](#) establece un criterio muy razonable, que resuelve adecuadamente el caso planteado, no puede decirse que este solvente por sí solo con carácter general el problema de la determinación del convenio colectivo aplicable a quienes prestan servicios en empresas multiservicios que carecen de convenio propio. Con todo, este criterio podría ampliar su virtualidad hasta configurar una respuesta general, a través de la composición de criterios jurídicos formales y materiales. En este sentido, la actividad efectivamente realizada debería ser el criterio prioritario para determinar el convenio aplicable, pues lo más razonable es que las condiciones laborales aplicadas a la persona trabajadora sean las establecidas específicamente para el trabajo que efectivamente desarrolla, y no otras. Sin embargo, como en algunas ocasiones la aplicación de

este criterio puede provocar situaciones de desprotección y desigualdad, debe conjugarse con el principio de norma más favorable previsto en el [artículo 3.3 del ET](#), concebido para resolver conflictos de normas. En relación con la negociación colectiva, este supone que, existiendo varios convenios igualmente válidos y aplicables, debe aplicarse el que resulte más favorable. De este modo, a través de la combinación del criterio realista con los de norma más favorable y equidad, podría alcanzarse una respuesta global y justa a la determinación del convenio aplicable a las personas trabajadoras de empresas multiservicios.

En conclusión, la [STS de 11 de junio de 2020](#), examinada, contribuye a esclarecer, a través de una solución muy razonable, la controvertida cuestión de cuál sea el convenio aplicable a las empresas multiservicios que carecen de convenio propio, siendo merecedora, en consecuencia, de una valoración positiva. Sin embargo, no establece una solución general, sino solo para casos en los que concurren determinadas circunstancias, por lo que debe ponderarse el alcance de su impacto.

Con todo, el criterio que incorpora, aunque no por sí solo sino debidamente integrado con otros, sí podría cimentar una respuesta de alcance global. En este sentido, en una comprensión que trasciende de las circunstancias particulares del propio pronunciamiento, este incide en la base de la que se considera que constituye la solución más adecuada a los problemas de determinación del convenio aplicable, que es la aplicación del convenio correspondiente a la actividad realmente realizada por la persona trabajadora, que, integrada con los principios de equidad y norma más favorable, puede ofrecer una respuesta general. Se considera que con esta composición de criterios se construye una respuesta general a la controvertida cuestión de la determinación del convenio aplicable a las relaciones laborales de empresa multiservicios que es coherente, técnicamente correcta y ajustada al principio de justicia material.

Posibilidad de recurrir la sentencia dictada en materia de traslado de centro de trabajo sin cambio de residencia

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo 383/2020](#), de 21 de mayo

Pilar Palomino Saurina

*Profesora contratada doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Extremadura*

1. Marco legal

Para que pueda producirse una movilidad geográfica, el cambio de centro de trabajo debe implicar de manera obligatoria el cambio de la residencia habitual de la persona trabajadora.

Si, por el contrario, el cambio de centro de trabajo no implica la necesidad de cambiar de residencia, dicha situación entrará dentro del poder de dirección de la empresa en virtud de los artículos 5 y 20 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y, por tanto, no se puede impugnar por el trámite especial de impugnación de movilidad. Esto es, por el procedimiento judicial regulado en los [artículos 138 y siguientes de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#) (LRJS). Este procedimiento tiene especial preferencia en los juzgados.

En todo caso, la persona trabajadora podrá recurrir la medida ante los tribunales de la jurisdicción social por el procedimiento ordinario, pero tendrá que trasladarse al nuevo centro de trabajo y esperar que la sentencia declare o no justificado el traslado.

2. Supuesto de hecho

La actora venía prestando servicios profesionales para ISS Facility Services, SA, con categoría profesional de limpiadora, antigüedad del 2 de septiembre de 2002 y una jornada semanal de 30 horas.

Cómo citar: Palomino Saurina, Pilar. (2020). Posibilidad de recurrir la sentencia dictada en materia de traslado de centro de trabajo sin cambio de residencia. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 383/2020, de 21 de mayo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 451, 240-242.

Dicha relación laboral se rige por el [Convenio colectivo del sector de limpieza de edificios y locales, publicado en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 10 de marzo de 2014](#).

La citada compañía comunicó por escrito a la actora el cambio del edificio donde presta sus servicios en la jornada de tarde, que pasa desde el día 1 de octubre de 2004 de la sede de la Consejería de Hacienda de la Comunidad de Madrid sita en la calle Santa Catalina, 6, a la sede de la Consejería sita en la calle General Martínez Campos, 30, de Madrid.

Debido a ello, la actora interpuso demanda ante el juzgado de lo social, que no le dio la razón, y, posteriormente, recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid, que inadmitió el recurso de suplicación y confirmó la sentencia de instancia.

Contra la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, por la representación procesal de doña Virginia, se formalizó el recurso de casación para la unificación de doctrina que se analiza a continuación.

3. Razones de la doctrina judicial sentada al caso

La cuestión que se plantea en el presente recurso es si es ajustada a derecho la inadmisión del recurso de suplicación cuando la litis versaba sobre materia de movilidad geográfica; cuestión que no se ha debatido en el procedimiento y sin que tampoco se haya seguido el cauce procesal del [artículo 138 de la LRJS](#).

Para el Alto Tribunal, en orden a concretar el acceso o no al recurso de suplicación ha de fijarse el cauce procedimental en el que resulta incardinable el litigio, ya que el seguido por el juzgado de lo social fue el relativo al proceso ordinario. Sin embargo, en fase de suplicación, la sala de instancia, invocando las previsiones del [artículo 138.6 de la LRJS](#), al disponer que contra la sentencia del juzgado de lo social sobre movilidad geográfica no procede ulterior recurso, concluye que las mismas impiden admitir a trámite dicho procedimiento.

Desde el punto de vista procedimental, el soporte jurisprudencial para otorgar respuesta a la cuestión casacional se basa en la Sentencia del Tribunal Supremo ([STS](#)) de [3 de abril de 2007 \(rec. 4266/2005\)](#) al expresar que:

[...] el trabajador no ha tenido que cambiar de residencia y percibe los pluses de desplazamiento y transporte. Por ello, se trata de un desplazamiento y no de un traslado, no siendo aplicable por el artículo 138 de la Ley de procedimiento laboral, ni en el plazo de 20 días que en dicho precepto se establece.

En el mismo sentido, la [STS de 27 de noviembre de 2007 \(rec. 4684/2006\)](#) determina que:

[...] si la decisión cuestionada en autos no tiene cabida en la «movilidad» geográfica de que trata el artículo 40 ET, es claro que tampoco le resulta aplicable la singularidad procedimental que regula el artículo 138 LPL y su previsión de que la sentencia que en tal materia se dice «no tendrá recurso y será inmediatamente ejecutiva».

En el presente recurso, no obstante formularse demanda en reclamación por «traslado», lo cierto es que no estamos ante un supuesto de movilidad geográfica que haya de tramitarse por la modalidad especial, ya que no se exige cambio de residencia. Y es que, cuando no se producen cambios de residencia, se trata de simples cambios de centros de trabajo, incardinables en el estadio de modificación no sustancial o accidental amparada por el poder de dirección de la empresa, sujeto a lo dispuesto en la negociación colectiva, e incluidos en la esfera del *ius variandi* empresarial.

4. Trascendencia del fallo

La [STS de 21 de mayo de 2020](#) tiene incuestionable relevancia, ya que determina si es ajustada a derecho la recurribilidad en suplicación de la sentencia de instancia cuando no se ha debatido la materia de movilidad geográfica en momento alguno por las partes y no se ha seguido el cauce procesal del [artículo 138 de la LRJS](#).

Y lo que determina el Alto Tribunal es que es adecuado el procedimiento ordinario para encauzar la demanda formulada, tal y como consideró el juzgado de lo social. Por tanto, en contra del criterio seguido en segunda instancia, el fallo dictado en el procedimiento es susceptible del pertinente recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del TSJ, tal y como señala el [artículo 191.1 y 2 de la LRJS](#) en relación, *contrario sensu*, con los artículos [138](#) del mismo cuerpo legal y [40](#) y [41](#) del ET, sin que de la dicción de la norma pactada resulte una interpretación diferente en orden a que esta situación goce de una consideración material cualificada.

Y es que hay que tener en cuenta que la persona trabajadora no ha tenido que cambiar de residencia, no siendo aplicable por tanto el [artículo 138 de la LRJS](#), ni el plazo de 20 días que en dicho precepto se establece. Conclusión a la que se llega en virtud de lo establecido en los artículos [59.4 del ET](#) y [138 de la LRJS](#), al establecer el plazo de caducidad exclusivamente para los casos de movilidad geográfica del [artículo 40 del ET](#) y de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo del [artículo 41](#) de la indicada norma. No siendo este el caso al entrar dentro del poder de dirección de la empresa.

Por ello, siguiendo las SSTS de [3 de abril de 2007 \(rec. 4266/2005\)](#) y [27 de noviembre de 2007 \(rec. 4684/2006\)](#), casa y anula la Sentencia de 29 de noviembre de 2017 dictada por el TSJ de Madrid y ordena la retroacción de actuaciones por ser procedente el recurso de suplicación.

El doble rol de la inversión en recursos humanos en la desigualdad social



Vicente Roca Puig

*Catedrático de Organización de Empresas.
Universitat Jaume I*

Este trabajo ha obtenido el **Premio Estudios Financieros 2020** en la modalidad de **Recursos Humanos**.

El jurado ha estado compuesto por: don Manuel Fernández Ríos, doña Eva Cifre Gallego, don Antonio Ortega Parra, doña Vanesa Pérez Torres, don José Ramos López, don Alfredo Rodríguez Muñoz y doña Raquel Sanz Valle.

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

Extracto

Una cuestión clave pendiente de resolución es reconocer cuál es el papel de la gestión de los recursos humanos (RR. HH.) en el logro de un desarrollo sostenible. El propósito de esta investigación es avanzar en este vínculo empresa-sociedad, centrando la atención en la repercusión de la inversión en RR. HH. sobre la desigualdad social. Basándose en la literatura sobre sostenibilidad, se propone que la inversión en RR. HH. y el equilibrio organizativo de las empresas reducen la desigualdad social. El equilibrio organizativo representa la equidad entre los intereses de personas empleadas y empresa, definiéndose en función del ajuste entre inversión en RR. HH. y productividad laboral. Por consiguiente, la inversión en RR. HH. presenta un doble papel al actuar como componente del equilibrio organizativo y como antecedente de la desigualdad social. A partir del análisis longitudinal de una amplia muestra de 2.051 empresas españolas durante un periodo de 5 años (2012-2016), los resultados corroboran que cuanto mayor sea el equilibrio organizativo, menor será la desigualdad social. Esta influencia se constata cuando se considera conjuntamente el efecto directo y el efecto indirecto, vía inversión en RR. HH., del equilibrio organizativo sobre la desigualdad social. Una relación de intercambio social equitativa entre personas empleadas y empresa caracteriza la sostenibilidad corporativa y mejora el desarrollo sostenible de la sociedad al limitar su nivel de desigualdad social.

Palabras clave: gestión sostenible de los recursos humanos; inversión en recursos humanos; desigualdad de ingresos; sostenibilidad social; objetivos de desarrollo sostenible; empresa y sociedad.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2020

Cómo citar: Roca Puig, Vicente. (2020). El doble rol de la inversión en recursos humanos en la desigualdad social. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 451, 243-278.



The dual role of human resource investment in social inequality

Vicente Roca Puig

Abstract

The role of human resource management in achieving sustainable development is an issue that still remains unrecognized. The purpose of this research is to advance in this business-society link, focusing on the impact of human resource (HR) investment on social inequality. Based on the sustainability theoretical framework, it is proposed that HR investment and organizational equilibrium of companies reduce social inequality. Organizational equilibrium represents equity between the interests of employees and employers, defined by the fit between HR investment and labor productivity. Consequently, HR investment plays a dual role, acting as a component of organizational equilibrium and as a precedent for social inequality. Results from the longitudinal analysis of a large sample of 2,051 Spanish companies over a five-year period (2012-2016) confirm that the greater the organizational equilibrium, the lower the social inequality. This result is verified when the direct effect and the indirect effect, via HR investment, of the organizational equilibrium on social inequality are considered together. An equitable social exchange relationship between employees and employers characterizes corporate sustainability and improves the sustainable development of society by limiting its level of social inequality.

Keywords: sustainable human resource management; human resource investment; income inequality; social sustainability; sustainable development goals; business and society.

Citation: Roca Puig, Vicente. (2020). The dual role of human resource investment in social inequality. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 451, 243-278.





Sumario

1. Introducción
2. Marco teórico
 - 2.1. La sostenibilidad corporativa como equilibrio organizativo
 - 2.2. El equilibrio organizativo como determinante de la desigualdad social
 - 2.3. La inversión en RR.HH. como determinante de la desigualdad social
3. Metodología
 - 3.1. Fuentes de información y medidas
 - 3.2. Procedimiento estadístico
4. Resultados
 - 4.1. Análisis complementario
5. Conclusión
 - 5.1. Implicaciones teóricas y prácticas
 - 5.2. Limitaciones y futuras líneas de investigación

Referencias bibliográficas

Anexo

Agradecimientos: este trabajo ha sido financiado por el Programa Estatal de Generación de Conocimiento del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (PGC2018-099040-B-I00 [MCIU/AEI/FEDER, UE]) y por el Plan de Promoción de la Investigación de la Universitat Jaume I (UJI-B2017-21).

A la memoria de Irene Puig Puig, mi madre.

«Chispum... tracatrá».

1. Introducción

Hace aproximadamente una década que Wilkinson y Pickett (2009) publicaron su célebre *best seller* *The spirit level. Why more equal societies almost always do better*, cuya tesis principal es que al reducir la diferencia de ingresos o renta de las personas que forman parte de una sociedad se limitan algunos de sus principales problemas sociales y de salud (por ejemplo, falta de confianza interpersonal, violencia, inestabilidad y estrés). Posteriormente, reconocido personal investigador (por ejemplo, Cobb y Stevens, 2017; Piketty, 2014; Stiglitz, 2012; Tsui *et al.*, 2018) ha apoyado también que la disminución de la desigualdad de ingresos es una vía para aumentar el bienestar general de una sociedad. La desigualdad de ingresos hace referencia a la disparidad en la distribución de la renta entre las personas en una sociedad, lo cual permite a un grupo ciertas oportunidades de desarrollo humano mientras que se las niega a otro (Cobb, 2016). Por consiguiente, una mayor igualdad en la distribución de la riqueza no es solo una cuestión moral, sino que alcanza una connotación política en la que conseguir una sociedad menos desigual se plantea como un objetivo prioritario. Como respuesta a esta observación, diversos organismos internacionales, tales como la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en su «Agenda 2030 para el desarrollo sostenible», han adoptado este objetivo como propio. A pesar de ello, la desigualdad de ingresos en la mayoría de sociedades desarrolladas ha aumentado ostensiblemente en la última década, en especial después de la crisis económica que se originó en 2008 (Cobb, 2016). Por lo tanto, en la actualidad cobra especial relevancia identificar cuáles son las causas de la desigualdad social¹ (Tsui *et al.*, 2018).

Tradicionalmente, una variación de la desigualdad social se ha explicado sobre todo en función de una amplia amalgama de factores macroeconómicos, tales como la globalización económica, el desarrollo tecnológico y las políticas fiscales. Aunque estos factores ayudan a entender una parte importante de esta variación, dada la complejidad de este fenómeno, aún dejan una gran proporción sin explicar, por lo que cada vez más se hace hincapié en resaltar elementos situados a nivel microeconómico, es decir, ubicados en las organizaciones que desarrollan su actividad productiva dentro de esas sociedades, como antecedentes de la desigualdad social (Cobb, 2016; Piketty, 2014; Stiglitz, 2012; Wilkinson y Pickett, 2009). Las empresas surgen pues como agentes precursores de la desigualdad social (Marens, 2018; Tsui *et al.*, 2018).

¹ En esta investigación se usa el término «desigualdad social» para referirse a la desigualdad de ingresos en una sociedad. La desigualdad social es lo opuesto a la igualdad social.

Decisiones o estrategias empresariales acerca de cómo se estructuran las relaciones laborales en las organizaciones que afectan a la proporcionalidad en la distribución de recursos entre sus participantes pueden hacer variar la desigualdad social. En este sentido, se han identificado y analizado ya algunas características incluidas en el ámbito de decisión de la gestión de los recursos humanos (RR.HH.) como causas de la desigualdad social, tales como la disparidad en la remuneración entre la alta dirección y las personas empleadas (por ejemplo, Tsui *et al.*, 2018) o entre personas empleadas con diferentes características sociodemográficas (por ejemplo, Tolbert y Castilla, 2017), la implantación de una determinada estrategia de gestión de los RR.HH. (por ejemplo, Cobb, 2016; Roca Puig, 2018) y el grado de asociación sindical (por ejemplo, Cobb y Stevens, 2017). A pesar de todos estos esfuerzos, aún no disponemos de una explicación robusta acerca de cómo la gestión de los RR.HH. en las empresas influye sobre la (des)igualdad social, siendo necesarios más estudios que desarrollen esta línea de investigación (Chams y García Blandón, 2019; Stahl *et al.*, 2020). Por consiguiente, una cuestión central pendiente de resolución es establecer cuál es el papel de las prácticas/inversiones en RR.HH. en la reducción de la desigualdad social.

En trabajos como los de Chams y García Blandón (2019), Di Vaio *et al.* (2020), Ehnert *et al.* (2014), Kramar (2014), López Cabrales y Valle Cabrera (2020), Podgorodnichenko *et al.* (2020) y Stahl *et al.* (2020) se argumenta que la gestión de los RR.HH. ostenta un papel clave en 1) el desarrollo de una organización sostenible y en 2) facilitar el logro de los objetivos de desarrollo sostenible propuestos por la Agenda 2030. Adoptando esta premisa como punto de partida y con el objetivo de concretar este doble rol, esta investigación desarrolla teóricamente y analiza empíricamente cómo la inversión en RR.HH. de las empresas contribuye al equilibrio organizativo, característica básica de la sostenibilidad organizativa, y a la vez reduce la desigualdad social, uno de los 17 objetivos de desarrollo sostenible identificados en la Agenda 2030. Aun cuando parece existir cierto consenso entre el personal investigador acerca de la presencia de este doble rol, la mayoría de estos estudios son teóricos y realizan un planteamiento meramente conceptual (por ejemplo, Chams y García Blandón, 2019; Jabbour y Santos, 2008; López Cabrales y Valle Cabrera, 2020; Stahl *et al.*, 2020), por lo que se echan en falta estudios empíricos cuantitativos que especifiquen, operativicen y validen el papel de la inversión en RR.HH. sobre el desarrollo sostenible de la sociedad (Roca Puig, 2018; Santana y López Cabrales, 2019).

Esta investigación empírica se ha diseñado con el objetivo de solventar este gap en el ámbito de la gestión de los RR.HH., confeccionando para ello una base de datos de panel en el contexto español que contiene información de 5 anualidades (2012-2016) de una muestra de 2.051 empresas industriales distribuidas entre sus 17 comunidades autónomas, de las que se dispone de 2 indicadores básicos de su nivel de desigualdad social, a saber, el índice de Gini y el índice S80/S20. Ambas medidas son reconocidas por el personal investigador como índices representativos de la desigualdad social (por ejemplo, Esteban Yago y Losa Carmona, 2015) y, además, son las más usadas por las agencias estadísticas públicas española (*i. e.*, Instituto Nacional de Estadística –INE–) y europea (*i. e.*, Oficina Estadística de la Unión Europea –Eurostat–) en sus informes periódicos. Como procedimiento de

análisis, se plantea un «modelo longitudinal de ecuaciones estructurales» (Little, 2013) que especifica las interrelaciones entre 3 variables básicas, a saber, la inversión en RR. HH., la productividad laboral y la desigualdad social.

Diversas son las contribuciones o novedades importantes que aporta esta investigación. En primer lugar, se introduce una nueva característica empresarial como causa de la desigualdad social que aún no ha sido examinada en profundidad: el equilibrio organizativo. Basándose en la literatura sobre «sostenibilidad corporativa» (por ejemplo, Barrena Martínez *et al.*, 2016; Rodríguez Fernández, 2008; Stubbs y Cocklin, 2008), que recoge el clásico modelo compensación-contribución concebido por March y Simon (1958), el equilibrio organizativo se define en función del ajuste o correspondencia entre la inversión en RR. HH. (*i. e.*, compensación) y el retorno de esta inversión mediante la productividad laboral (*i. e.*, contribución). Por consiguiente, el equilibrio organizativo centra la atención en la relación laboral que se establece en una empresa entre dos grupos de interés o participantes (*stakeholders*) esenciales, el empresariado y las personas empleadas. Para que una organización sea sostenible es fundamental que exista una correlación significativa en el cumplimiento de las expectativas de ambos participantes. El equilibrio organizativo expresa un modelo de gestión de los RR. HH. centrado en la equidad o justicia distributiva que permite la supervivencia a largo plazo de una empresa. Adicionalmente, desde la perspectiva de la sostenibilidad corporativa, se explica cómo ese valor ético de equidad se extiende hacia la sociedad por medio de la red social de colaboración de la empresa, identificando así al equilibrio organizativo como un factor que permite reducir la desigualdad social (por ejemplo, Porter y Kramer, 2006, 2011; Santos, 2014).

Una segunda contribución es reconocer que no solo el equilibrio organizativo puede impactar en la desigualdad social, sino que también la propia inversión en RR. HH. de las empresas puede reducir la desigualdad social. La defensa de la inversión en RR. HH. como un factor explicativo de la desigualdad social es uno de los postulados básicos de la literatura sobre «gestión sostenible de los recursos humanos» (GSRH) (por ejemplo, Chams y García Blandón, 2019; Ehnert *et al.*, 2014; Kramar, 2014; López Cabrales y Valle Cabrera, 2020; Roca Puig, 2018). Por consiguiente, esta investigación realiza un planteamiento integral de análisis del papel de la inversión en RR. HH. sobre el desarrollo sostenible de la sociedad, en el que se propone que la inversión en RR. HH. y el equilibrio organizativo de las empresas pueden actuar como determinantes de la desigualdad social. Este planteamiento permite discernir si empíricamente ambas causas se corroboran o cuál de ellas ejerce un impacto más significativo sobre la desigualdad social. Una última contribución es de tipo metodológico, dado que se realiza un análisis longitudinal que permite examinar exhaustivamente la interrelación entre la política laboral de las empresas (delimitada en esta investigación por el equilibrio organizativo y la inversión en RR. HH.) y la desigualdad social tomando en consideración diversos momentos de tiempo. La complejidad de los estudios longitudinales hace que sean escasos y especialmente valiosos en el ámbito de la gestión de los RR. HH. (Saridakis *et al.*, 2017), en particular cuando se pretende examinar su interrelación con los objetivos de la «Agenda 2030 para el desarrollo sostenible» propuestos por la ONU (Chams y García Blandón, 2019).

El trabajo se estructura como sigue. En el epígrafe de marco teórico se introduce la literatura sobre sostenibilidad y se identifica al equilibrio organizativo como una de las características básicas que definen a una organización sostenible, realizando una explicación detallada de este concepto. Asimismo, se explica cómo el equilibrio organizativo y la inversión en RR. HH. impactan sobre la desigualdad social, conformándose las dos hipótesis de nuestro estudio. En el epígrafe de metodología se describen las fuentes de información, la muestra de empresas analizada, las medidas utilizadas para definir las variables y el procedimiento estadístico desarrollado para el examen de estas hipótesis. En los siguientes epígrafes se presentan e interpretan los resultados y las conclusiones del estudio, destacando las implicaciones teóricas y prácticas para la gestión de los RR. HH., así como futuras líneas de investigación.

2. Marco teórico

2.1. La sostenibilidad corporativa como equilibrio organizativo

En el ámbito de la administración de empresas, el enfoque teórico de la «sostenibilidad corporativa» defiende que la capacidad de una organización para continuar operando durante un largo periodo de tiempo depende del cumplimiento de las expectativas legítimas de los diferentes grupos de interés² (Barrena Martínez *et al.*, 2016; Garriga y Melé, 2004; Jerónimo Silvestre *et al.*, 2018; Muñoz Martín, 2013; Rodríguez Fernández, 2008; Stubbs y Cocklin, 2008). El compromiso mutuo y la colaboración de la organización con todos los diferentes grupos de interés es un requisito indispensable para la supervivencia de una empresa, dado que sus respectivos intereses están intrínsecamente conectados y comparten una necesidad común de bienestar y satisfacción de sus expectativas. Por consiguiente, más que intentar maximizar los intereses propios de la organización (*i. e.*, empresariado), esta concepción relacional de la empresa pretende conseguir cierto grado de ecuanimidad o equilibrio relativo entre los objetivos privativos de los diferentes grupos de interés. Únicamente las organizaciones que consigan este equilibrio pueden ser sostenibles a largo plazo (Stubbs y Cocklin, 2008). Con esta finalidad se establece una relación de reciprocidad o intercambio social entre la organización y sus diferentes grupos de interés, por la que cada uno de esos grupos de interés contribuye a que la organización consiga sus objetivos particulares y, en correspondencia, la organización los compensa facilitándoles conseguir los suyos. En esta visión de intercambio social de la organización con sus diferentes grupos de interés subyace una fundamentación ética basada en el valor de equidad o justicia distributiva, por el que la empresa responde ante las expectativas legítimas de sus grupos de

² Los grupos de interés o participantes (*stakeholders*) son todas aquellas personas, grupos y entidades que tienen intereses de cualquier tipo en una organización y que pueden afectar o verse afectados por sus actividades (por ejemplo, accionistas, personas empleadas, proveedores, clientes, Gobierno).

interés y donde existe un clima social de participación en el que las decisiones de reparto de recursos son justas y equilibradas entre la organización y cada uno de esos grupos de interés (Garriga y Melé, 2004; Muñoz Martín, 2013; Rodríguez Fernández, 2008; Stubbs y Cocklin, 2008). La equidad en una relación social de intercambio genera confianza mutua y un comportamiento colaborativo entre participantes.

A la hora de equilibrar intereses tendrán preferencia aquellas personas participantes que mantengan una relación más estrecha con la organización, fundamentalmente el personal empleado (Muñoz Martín, 2013; Rodríguez Fernández, 2008). Por consiguiente, surge como prioritario mantener el equilibrio en la relación laboral del personal con la organización, de tal forma que, en vez de considerar que existe un conflicto entre los intereses de ambos, se respalda la existencia de ganancias mutuas en el sentido de que existe una correspondencia entre los intereses de empresa y plantilla. A este respecto, es de destacar que la literatura sobre sostenibilidad corporativa implícitamente incorpora y atiende al clásico modelo de equilibrio organizativo entre «compensación-contribución» de March y Simon (1958), posteriormente desarrollado en trabajos como los de López Cabrales y Valle Cabrera (2020), Subramony *et al.* (2008) y Tsui *et al.* (1997). Como explican March y Simon (1958), lo más obvio en cualquier catálogo de participantes en la organización son las personas empleadas, incluyendo a la dirección, quienes reciben salarios y otras gratificaciones, y dan trabajo (producción) a la organización. La contribución de las personas empleadas debe satisfacer el objetivo de la empresa, mientras que la compensación de la empresa debe satisfacer el objetivo de las personas empleadas. Esta relación de reciprocidad entre contribución y compensación (*i. e.*, equilibrio organizativo) permite a una empresa ser sostenible y sobrevivir en el tiempo (March y Simon, 1958). El equilibrio organizativo refleja pues el éxito de una empresa al establecer una compensación apropiada para su plantilla que la motive y consiga su participación continua con la organización.

Esta compensación o inversión en RR.HH. realizada por la organización se extiende más allá de los salarios para incluir también cuestiones sociales que consideren el bienestar de las personas empleadas, su capacitación y estabilidad laboral (March y Simon, 1958; Roca Puig, 2018; Tsui *et al.*, 1997). El coste laboral de las empresas, que comprende la remuneración monetaria de la plantilla y el conjunto de beneficios no monetarios (por ejemplo, atención médica, cotizaciones sociales, pensión), puede considerarse una inversión tangible, mientras que la formación y la seguridad laboral son compensaciones menos tangibles. Un salario competitivo es uno de los incentivos más importantes para promover la motivación y la colaboración del personal con la organización. La formación permite desarrollar los conocimientos y habilidades de las personas empleadas, aumenta su motivación a la hora de aplicar esos conocimientos en su puesto de trabajo y, por tanto, genera un clima social de colaboración en la empresa. La seguridad laboral asociada al empleo de contratos permanentes está asociada positivamente con la consecución del bienestar y satisfacción de las personas trabajadoras, por lo que el personal con contratos permanentes revela una mayor implicación y participación en el trabajo que el personal con contratos temporales.

Estas tres prácticas/inversiones en RR. HH., a saber, remuneración relativamente elevada, apoyo a la formación y fomento de la contratación indefinida, definen una estrategia de gestión de RR. HH. caracterizada por el «compromiso organizativo con los empleados» (*i. e.*, estrategia COE), mediante la que se desarrolla una fuerza laboral con actitudes positivas y un comportamiento organizativo que prima la colaboración en el puesto de trabajo (Miller y Lee, 2001; Muse *et al.*, 2005; Roca Puig, 2018). Desde el punto de vista de la organización, la estrategia COE está diseñada para enviar una señal inequívoca sobre el compromiso de la empresa con el bienestar de la plantilla, que será reembolsado por esta en forma de actitudes y comportamientos favorables hacia la organización y en un mayor rendimiento operativo que mejorará su productividad (March y Simon, 1958; Subramony *et al.*, 2008; Tsui *et al.*, 1997). Por lo tanto, según esto, la productividad laboral es uno de los criterios principales para evaluar la contribución de la plantilla a la organización. Desde el punto de vista de las personas empleadas, cabe realizar una argumentación análoga. En la medida en que las personas empleadas realizan un mayor esfuerzo y muestran un mayor nivel de compromiso y dedicación laboral hacia la organización, como contraprestación también esperan que la organización realice una mayor inversión en RR. HH. El resultado final de este proceso de reciprocidad permite alinear los intereses particulares de empresa (*i. e.*, productividad laboral) y plantilla (*i. e.*, inversión en RR. HH.). En síntesis, la noción de equilibrio organizativo justifica la presencia de una relación de intercambio social equitativa (*quid pro quo*) entre empresa y plantilla que permite la sostenibilidad de las empresas en el largo plazo.

2.2. El equilibrio organizativo como determinante de la desigualdad social

De forma paralela a lo que sucede en la empresa con el concepto de equilibrio organizativo, también el valor ético de equidad subyace en la sociedad bajo la noción de igualdad social. Una distribución relativamente homogénea de los ingresos entre las personas en una sociedad es una condición que contribuye a mejorar la calidad de vida y el bienestar del conjunto de la población (Cobb, 2016; Piketty, 2014; Wilkinson y Pickett, 2009). Eizenberg y Jabareen (2017) ponen de relieve el principio moral de equidad cuando describen las sociedades sostenibles como lugares donde las personas quieren vivir y trabajar, ahora y en el futuro, son inclusivas y ofrecen igualdad de oportunidades para todos y todas. Por el contrario, la desigualdad social señala un trato discriminatorio en la distribución de ingresos entre personas dentro de una sociedad, lo cual permite a un colectivo ciertas oportunidades de desarrollo humano mientras que se las niega a otro, pudiéndolo llevar a la exclusión social (Cobb, 2016). Una distribución desigual de la renta se asocia a una mayor conflictividad social, falta de confianza interpersonal, comportamientos no colaborativos, menores niveles de salud y mayores niveles de delincuencia (Wilkinson y Pickett, 2009). En la actualidad, la desigualdad social se ha convertido en el principal problema de la mayoría de países industrializados porque obstaculiza su desarrollo sostenible (Cobb y Stevens, 2017;

Marens, 2018; Tsui *et al.*, 2018). Como concluyen Agyeman *et al.* (2002) y Eizenberg y Jabareen (2017), la sostenibilidad de la sociedad puede interpretarse esencialmente como la función de garantizar unas mejores condiciones de vida para toda la población, enfatizando el valor ético de equidad como principio básico para conseguir una distribución justa de los recursos, lo cual en última instancia se reflejará en un reducido nivel de desigualdad social. En otras palabras, la igualdad social es una manifestación fundamental del nivel de sostenibilidad de una sociedad, ya sea un país o una región.

La sostenibilidad organizativa se vincula a la sostenibilidad de la sociedad cuando se hace evidente que las empresas, con sus estructuras organizativas y decisiones estratégicas, actúan como agentes activos que influyen en el desarrollo sostenible de la sociedad, apareciendo las denominadas «externalidades ambientales» que pueden ser tanto físicas (por ejemplo, reducción de la contaminación) como sociales, entre las que destaca la reducción de la desigualdad social (Barrena Martínez *et al.*, 2016; Chams y García Blandón, 2019; Jerónimo Silvestre *et al.*, 2018). En particular, el clima social de colaboración y compromiso entre empresa y plantilla que crea el equilibrio organizativo puede extenderse a otras actuaciones de la empresa que impliquen a otros grupos de interés, transmitiendo así esa política empresarial de equidad a través de su red social de contactos y afectando finalmente a la sociedad en general (Awan *et al.*, 2018; Porter y Kramer, 2006; Santos, 2014; Stubbs y Cocklin, 2008). Las redes sociales consisten en relaciones de intercambio entre individuos, grupos y organizaciones que incentivan la reciprocidad y la confianza, cimentadas en la presencia del valor ético de equidad compartido por todos esos agentes. Cada miembro de esa red se beneficia de un espacio social de cooperación y beneficios mutuos que sanciona la violación del principio ético de equidad, limitando de este modo la aparición o tolerancia de la desigualdad social en la comunidad local en la que operan. Así, por ejemplo, Awan *et al.* (2018) concentran su atención en la relación social de intercambio organización-proveedores y afirman que las prácticas socialmente responsables comienzan en empresas individuales y luego avanzan por medio de sus cadenas de suministro hasta alcanzar el nivel macro de la sostenibilidad de la sociedad.

El desarrollo de este punto de vista implica la transformación de una relación bilateral tradicional establecida entre la organización y alguno de los grupos relevantes (por ejemplo, personas empleadas) en relaciones multilaterales superpuestas, que pueden incorporar clientes, proveedores, Gobierno, inversores, medios de comunicación, competidores o la comunidad local (Barrena Martínez *et al.*, 2016). Desde esta perspectiva, en trabajos como los de Porter y Kramer (2006, 2011) y Santos (2014) se propone el concepto de agrupaciones (*clusters*) de responsabilidad social, consistentes en redes estructuradas de múltiples grupos de interés coordinados en torno a proyectos compartidos y orientados hacia la implementación de políticas y estrategias empresariales basadas en los principios éticos de equidad y cooperación, que permitan generar un contexto territorial de sostenibilidad global. Estas aglomeraciones de empresas, generalmente ubicadas dentro de un área geográfica común, inician y mantienen interacciones con otras entidades y actores locales para optimizar las prácticas de responsabilidad social conjuntas. Estos múltiples grupos de interés

a través de una gobernanza participativa son capaces de llegar más allá de las empresas a otros agentes sociales y, por tanto, pueden asumir compromisos más amplios que permitan conseguir mejoras significativas en la calidad de vida de la comunidad de su ámbito de influencia circundante (Porter y Kramer, 2006).

En definitiva, las empresas con una estructura organizativa sostenible a través de su red social pueden influir positivamente en la sociedad o territorio en el que se ubican, contribuyendo así a la creación de «valor compartido» (Porter y Kramer, 2006, 2011). El concepto de valor compartido enfatiza la conexión simbiótica, de ganancias mutuas, entre empresas y sociedad al defender que los retos sociales se alcanzan por medio de las actuaciones empresariales y que la sostenibilidad de ambos colectivos (*i. e.*, empresa vs. sociedad) es compatible. En otras palabras, se configura una relación positiva entre ellos. Por consiguiente, cabe esperar que un aumento en el nivel de equilibrio organizativo de las empresas produzca una disminución en el nivel de desigualdad social de la región en la que están instaladas. En particular, se propone que:

Hipótesis 1: «El equilibrio organizativo afecta negativamente a la desigualdad social».

2.3. La inversión en RR.HH. como determinante de la desigualdad social

De acuerdo con la «Agenda 2030 para el desarrollo sostenible», las empresas juegan un papel fundamental en la consecución de una mayor igualdad social, siendo necesario que promuevan un entorno de trabajo seguro y colaborativo que promueva el bienestar de las personas empleadas en las organizaciones y, seguidamente, ello permita trasladar o extender este clima social organizativo de cooperación hasta la sociedad en general. Por lo tanto, se identifica a la estrategia COE como un determinante clave de la desigualdad social. Desde el ámbito académico también se ha reconocido este hecho, lo cual ha propiciado que se esté aplicando el concepto de sostenibilidad al área de la gestión de los RR.HH. A la reunión de la gestión de los RR.HH. y el desarrollo sostenible se le ha convenido denominar GSRH (Ehnert *et al.*, 2014; Kramar, 2014; Santana y López Cabrales, 2019; Stahl *et al.*, 2020). La GSRH es una perspectiva de investigación relativamente nueva, cuya creciente popularidad entre el sector académico y profesional se debe a que centra su atención en el impacto social de las prácticas/inversiones en RR.HH. de las empresas en los objetivos de desarrollo sostenible de la sociedad.

A este respecto, en trabajos como los de Chams y García Blandón (2019), Cobb (2016), Ehnert *et al.* (2014), Pfeffer (2010) y Roca Puig (2018) se subraya que la repercusión de las decisiones o estrategias de gestión de los RR.HH. sobre la dimensión humana de la sociedad (por ejemplo, desigualdad social) es uno de los puntos básicos de la GSRH. La GSRH defiende que la estrategia de gestión de los RR.HH. de las empresas y los factores

sociales de la sociedad están intrínsecamente relacionados. Como afirman Chams y García Blandón (2019), la GSRH y los objetivos propuestos en la «Agenda 2030 para el desarrollo sostenible» por la ONU están interconectados por medio del componente común del factor humano, ya que las actitudes y comportamientos de las personas se traducen en rutinas y costumbres sociales. Un sistema de gestión de los RR.HH. que apoya y está comprometido con las personas empleadas (*i. e.*, estrategia COE) se usa para crear una serie de capacidades humanas y un clima social de colaboración en el lugar de trabajo requeridos para el desarrollo sostenible de la sociedad en la que opera la organización (Roca Puig, 2018). Su objetivo implícito es desarrollar una fuerza de trabajo con actitudes positivas apropiadas que puedan extenderse con posterioridad a la sociedad en general. Como afirma Pfeffer (2010), solo las personas y los grupos que trabajan en una empresa de manera sostenible son capaces de captar, priorizar y trabajar hacia la sostenibilidad humana a nivel de sociedad. El desarrollo de valores y actitudes positivas en las personas en la sociedad depende cada vez más de la forma en que se les trate como RR.HH. relevantes y valorados en el trabajo, lo cual en última instancia depende del conjunto de inversiones en RR.HH. que incentive la creación de una relación laboral de colaboración entre empresas y personas empleadas (Zink, 2014). Personas con valores éticos y actitudes positivas serán menos tolerantes con un reparto injusto (no equitativo) de los recursos entre los miembros de la sociedad a la que pertenecen y, por tanto, es más probable que reaccionen contra un incremento de la desigualdad social. Complementariamente, la literatura sobre GSRH coincide con la literatura sobre sostenibilidad corporativa en identificar las cadenas de suministro de las empresas como medios a través de los cuales se transmiten los valores éticos al conjunto de la sociedad. Como argumentan Stahl *et al.* (2020), las cadenas de suministro no son solo transacciones económicas, sino que también deben entenderse como redes multidimensionales de relaciones sociales que extienden los actitudes y comportamientos éticos de una relación laboral positiva creada por la inversión en RR.HH. de las empresas hasta la sociedad.

Por otra parte, desde un punto de vista más operativo, Kramar (2014) indica que la GSRH hace también hincapié en el impacto de la gestión de los RR.HH. en el bienestar de la sociedad preocupándose principalmente de las externalidades negativas, es decir, del coste social de determinadas prácticas de los RR.HH., tales como la contratación temporal o una reducción significativa de la plantilla. En particular, en varios trabajos (por ejemplo, Cobb, 2016; Pfeffer, 2010) se detalla el papel pernicioso de la contratación temporal sobre la desigualdad social, argumentando que en los contratos temporales normalmente las personas trabajadoras obtienen un salario significativamente inferior a lo que ganan las empleadas a tiempo completo. Debido a que muchas personas trabajadoras temporales están empleadas en estos puestos involuntariamente y con frecuencia se enfrentan a limitaciones en la cantidad de horas que pueden trabajar, es probable que la desigualdad total de ingresos laborales aumente como resultado de este tipo de contratación temporal. Por lo tanto, a medida que se utilizan más personas trabajadoras a tiempo parcial y temporales en lugar de personas trabajadoras a tiempo completo, debemos esperar que aumente la tasa de desigualdad de ingresos entre los miembros

de una sociedad. En función de todos estos argumentos, cabe esperar que la inversión en RR. HH. de las empresas para mejorar las condiciones laborales de las personas empleadas ejerza un efecto positivo sobre el bienestar de la sociedad al reducir su nivel de desigualdad social. Por consiguiente, se propone que:

Hipótesis 2: «La inversión en RR. HH. afecta negativamente a la desigualdad social».

3. Metodología

3.1. Fuentes de información y medidas

Para contrastar las hipótesis anteriores se usan los datos de dos fuentes de información básicas en España: 1) la «Encuesta sobre estrategias empresariales» (ESEE) elaborada por la Fundación SEPI (Sociedad Estatal de Participaciones Industriales), adscrita al Ministerio de Hacienda, y 2) la «Encuesta de condiciones de vida» (ECV), con base en la cual el INE calcula el nivel de desigualdad social por comunidades autónomas. La ESEE es una encuesta de periodicidad anual cuya población de referencia son las empresas industriales españolas con 10 o más personas trabajadoras, excluyendo las actividades relacionadas con refino de petróleo y tratamiento de combustibles. Una de las características que diferencia a la ESEE de otras estadísticas sobre empresas es su objetivo explícito de generar información con una estructura de panel o longitudinal (Fundación SEPI, 2019). Esta peculiaridad obliga a la Fundación SEPI, responsable del diseño y control de la ESEE, a realizar un esfuerzo específico de depuración y validación de la información suministrada por la empresa para asegurar su calidad y consistencia temporal. La representatividad de esta fuente de información ha hecho que múltiples investigaciones la hayan usado para examinar cuestiones relativas al comportamiento estratégico de las empresas españolas.

La ECV, por su parte, es una encuesta de periodicidad anual cuyo ámbito de referencia es la población española que reside en viviendas familiares principales. La realización de la ECV permite poner a disposición de la Comisión Europea un instrumento estadístico fundamental con criterios armonizados para todos los países y regiones de la Unión Europea para el estudio de la desigualdad social. Dos de los indicadores esenciales de desigualdad social de las regiones españolas que el INE publica a partir de los datos de la ECV son el índice de Gini y el índice S80/S20 (Esteban Yago y Losa Carmona, 2015). El índice de Gini se define como la proporción acumulada de la población ordenada por los ingresos equivalentes con la proporción acumulada de los ingresos recibidos por los mismos. Es una medida de desigualdad social que toma el valor 0 en caso de igualdad perfecta (*i. e.*, toda la ciudadanía tiene los mismos ingresos) y el valor 100 en caso de desigualdad perfecta (*i. e.*, todos los ingresos los tiene una única persona). El índice S80/S20 es la relación entre la renta disponible total del 20 % de la población con ingresos más elevados y la del 20 % con

ingresos más bajos. El resultado de este ratio es el número de veces que los ingresos del 20% de la población que más ingresa multiplican los del 20% de la población que menos ingresa. El índice de Gini recoge la dispersión de la renta media de toda la población, mientras que el índice S80/S20 recoge la diferencia entre los valores más extremos de la distribución de ingresos de una población. Como subraya el INE, en la ECV los ingresos (rentas) que se utilizan en el cálculo de estos dos índices corresponden siempre al año anterior. En este estudio se usan los datos disponibles de estos índices de 5 anualidades, correspondientes al periodo de tiempo 2013-2017³.

En la figura I del anexo pueden apreciarse las grandes diferencias en el índice de Gini y en el índice S80/S20 que se registran entre las comunidades autónomas, conformándose así una estructura territorial en España de enorme variabilidad en el nivel de desigualdad social, la cual ha ido incrementándose con el transcurso del tiempo. Por ejemplo, se aprecia una tendencia divergente en el rango de variación (diferencia entre el valor máximo y el valor mínimo) entre aquellas regiones que ocupan los extremos durante el periodo 2013-2017. Para el índice de Gini en el año 2017 el rango de variación alcanza 11,3 puntos (Baleares: 37,8; Navarra: 26,5), mientras que en el año 2013 se situaba en 5,7 puntos (Andalucía: 34; Navarra: 28,3). Por su parte, en el año 2013 el rango de variación para el índice S80/S20 era de 2,6 puntos (Baleares: 7,1; Navarra: 4,1) y en el año 2015 alcanza su máximo situándose en 5,8 puntos (Canarias: 10,1; Cantabria: 4,3). Asimismo, en esta figura I se observa cómo la desigualdad social no sigue una pauta o patrón de evolución común entre las diferentes comunidades autónomas. Esta elevada divergencia entre las regiones que conforman un país es una condición necesaria para escoger la comunidad autónoma como marco territorial con el objetivo de examinar la interrelación sociedad-empresa en una nación (Cobb y Stevens, 2017; Piacentini, 2014; Roca Puig, 2018). Además, se analizan las comunidades autónomas porque los datos anuales de desigualdad social de otras entidades subnacionales (por ejemplo, provincias) no están disponibles en el INE. Asimismo, en la ESEE tampoco se identifica la localización de una empresa a nivel provincial, solo a nivel de comunidad autónoma. Por último, es de reseñar que la ESEE no incluye a las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla dentro de su ámbito de estudio, en consecuencia, esta investigación se circunscribe a examinar 17 comunidades autónomas españolas.

³ La selección de este intervalo temporal viene motivada por dos razones principales. Primera, por restricciones presupuestarias, la Fundación SEPI ha suspendido temporalmente la realización de la ESEE, siendo el año 2016 el último momento de tiempo del que se dispone de datos. Este problema limita incorporar en el análisis periodos de tiempo más recientes de la ECV, dado que, como se explica a continuación, existe un desfase temporal de 1 año entre los datos anuales publicados por la ESEE y la ECV. Segunda, como se detalla también más adelante en este documento, se introduce el índice de competitividad regional del año 2016 (ICR 2016), publicado por la Comisión Europea para las diferentes regiones de la Unión Europea (Annoni *et al.*, 2017), como una variable de control. Este índice regional se construye aglutinando una amplia amalgama de indicadores de diferentes años, todos ellos correspondientes a los momentos iniciales de este intervalo de tiempo.

Se unen los datos anuales procedentes de la ECV y de la ESEE, de tal modo que la unidad de análisis sea la empresa. Esta fusión de ambas bases de datos requiere identificar la región en la que desarrolla una empresa su actividad productiva para asignarle su correspondiente nivel de desigualdad social. Para realizar adecuadamente esta asignación son de resaltar dos prerequisites. Primero, se seleccionan solo empresas ubicadas en una única comunidad autónoma y que no cambian de localización durante el periodo de tiempo analizado. Por lo tanto, se excluyen del análisis aquellas empresas con establecimientos industriales en diversas comunidades autónomas. Segundo, entre los datos de la ECV y de la ESEE existe un desfase temporal de 1 año que es necesario tomar en consideración. Como ya se ha expuesto anteriormente, en la ECV los ingresos que se utilizan en el cálculo del índice de Gini y del índice S80/S20 corresponden siempre al año anterior. Así, por ejemplo, los índices de desigualdad publicados en el año 2017 por el INE en realidad se refieren al año 2016. Esta peculiaridad no se produce en la ESEE, en la que los datos anuales publicados realmente corresponden al año indicado. Por lo tanto, para adecuar los datos y que sean temporalmente consistentes, se casan los datos de la ECV del periodo 2013-2017 con los datos de la ESEE del periodo 2012-2016. Por último, se eliminan aquellas empresas que durante este intervalo de 5 años se hayan visto afectadas por procesos de absorción, escisión o fusión. Como advierte la Fundación SEPI (2019), estos cambios extraordinarios en la vida de una empresa impiden la realización de estudios longitudinales, dado que los datos no son comparables en el tiempo. Después de todo este proceso de depuración, la muestra final objeto de estudio es de 2.051 empresas españolas, cuya localización territorial por comunidades autónomas se detalla en la tabla I del anexo.

Por lo que respecta a las medidas de las variables organizativas usadas en esta investigación, siguiendo la propuesta realizada por Roca Puig (2018) basada en la ESEE, la inversión en RR.HH. (*i. e.*, compensación de las personas empleadas) se calcula como la media aritmética de los valores estandarizados de la remuneración media de las personas empleadas, la inversión en formación y los contratos permanentes. La remuneración media se calcula como el ratio entre el coste laboral y el número total de personas empleadas. El coste laboral incluye sueldos y salarios, indemnizaciones, cotizaciones sociales, aportaciones al sistema de pensiones y otros gastos sociales. La inversión en formación se calcula como el ratio entre el gasto en formación y el número total de personas empleadas de la empresa. Por último, la proporción de contratos indefinidos se calcula como el porcentaje de personas empleadas con contrato permanente con respecto al número total de personas empleadas en la empresa. Por otra parte, como en estudios previos (por ejemplo, Birdi *et al.*, 2008; De Menezes *et al.*, 2010; Huselid, 1995), la productividad laboral (*i. e.*, contribución de las personas empleadas) se mide por el logaritmo del ratio entre el valor añadido y el número total de personas empleadas. El valor añadido es un importante indicador de la producción de una empresa, ya que evalúa la eficiencia laboral de las personas empleadas al considerar los ingresos en relación con los costes de explotación y, por consiguiente, recoge tanto las ganancias como los gastos asociados a la productividad de las personas empleadas. Por lo que respecta al equilibrio organizativo, tomando como base el estudio de Venkatraman (1990), este concepto se mide por el ajuste entre las variables inversión

en RR. HH. y productividad laboral. Dicho ajuste se calcula como la covariación o variación común entre estas dos variables, operativizándose por medio de un «factor latente», el cual puede ser construido a partir de la técnica estadística de modelos de ecuaciones estructurales (*Structural Equation Modeling*, SEM).

En diferentes trabajos (por ejemplo, Datta *et al.*, 2005; Huselid, 1995) se ha identificado el tamaño organizativo y la intensidad de capital como elementos que pueden afectar tanto a la inversión en RR. HH. como a la productividad laboral y, por consiguiente, podrían afectar a su grado de correlación (*i. e.*, equilibrio organizativo). Por este motivo es oportuno introducirlas como variables de control. Siguiendo a Huselid (1995), el tamaño organizativo se mide por el logaritmo del número total de personas empleadas de la empresa y la intensidad de capital se calcula por el logaritmo del ratio entre el activo inmovilizado neto y el número total de personas empleadas. En las tablas II y III del anexo se especifican los indicadores de la ESEE usados para calcular todas estas variables organizativas. Asimismo, como variable de control a nivel regional, se introduce el ICR, compilado por la Comisión Europea, que es un índice compuesto que mide la capacidad de una región para ofrecer un entorno atractivo para las empresas (Annoni *et al.*, 2017). Se usa el ICR 2016 porque los indicadores que incluye corresponden mayoritariamente a los años iniciales del periodo de análisis de esta investigación. Además, este índice es relativamente estable en España durante este periodo de 5 años. Tomando en consideración estas dos particularidades, puede considerarse como un factor fijo, que determina el nivel de desarrollo del que parte cada región española e influye en su grado de desigualdad social.

3.2. Procedimiento estadístico

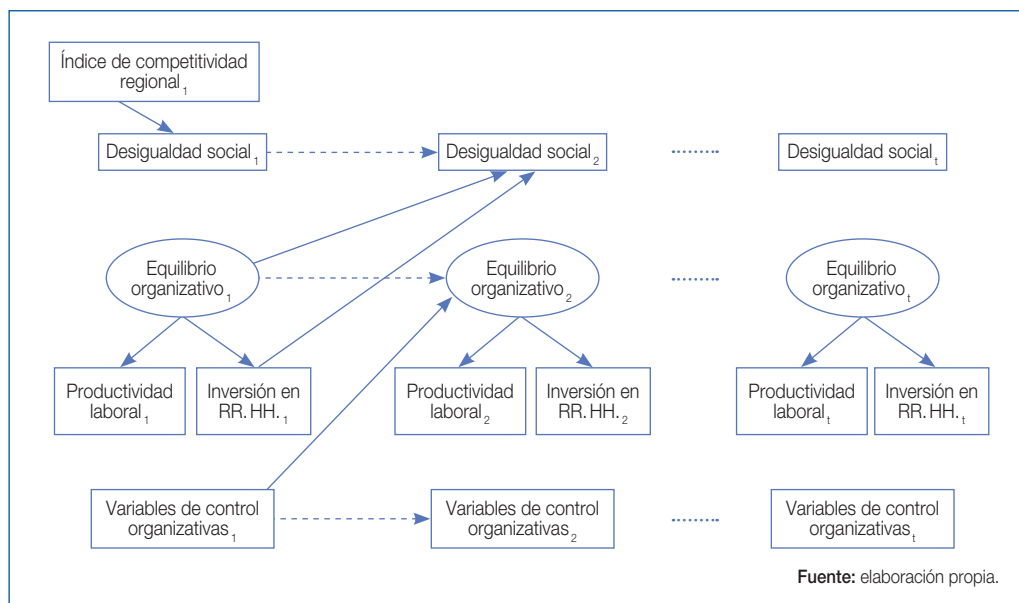
Siguiendo las indicaciones de Little (2013) para el análisis SEM con datos de panel, se diseña un modelo longitudinal de «efectos cruzados con retardos», proponiendo un retardo temporal de 1 año en las relaciones causales que implican a las dos hipótesis planteadas en esta investigación. De este modo se garantiza la necesaria prelación temporal de la causa sobre el efecto que requiere una relación causal entre dos variables. Por otra parte, como ya se ha comentado anteriormente, el equilibrio organizativo se construye por medio del «factor latente» (covariación) entre las variables productividad laboral e inversión en RR. HH. en un mismo año. En nomenclatura SEM, como se observa en la figura 1, un factor latente se representa gráficamente mediante un círculo (Bentler, 2006). Para fijar la unidad de medida de un factor latente por medio de la técnica estadística SEM, es necesario asignar el valor de 1 a una de las relaciones de los indicadores que lo conforman (Bentler, 2006; Little, 2013; Venkatraman, 1990). Por consiguiente, en esta investigación se determina que el valor del parámetro de la relación entre equilibrio organizativo y productividad laboral sea igual a 1. Adicionalmente, con el objetivo de asegurar una mayor parsimonia del modelo, se especifica que los efectos cruzados y las relaciones que configuran el factor latente permanezcan constantes en el tiempo. Esta condición es habitual en los estudios longitudinales

dado que facilita la interpretación de los resultados porque se calcula un único parámetro no estandarizado para todo el periodo de tiempo examinado (Cole y Maxwell, 2003). Por último, dado que la variable de control regional (*i. e.*, ICR 2016) es un factor fijo, siguiendo las indicaciones de Little (2013), esta variable impacta en la desigualdad social solo en el primer año del periodo examinado.

Para cada uno de los dos índices de desigualdad social (*i. e.*, índice de Gini e índice S80/S20) se diseña respectivamente un modelo en el que tanto el equilibrio organizativo como la inversión en RR.HH. son variables que influyen en la desigualdad social (véase figura 1). Como se aprecia en esta figura, en este modelo, el doble rol de la inversión en RR.HH. se establece en función de sus relaciones con el equilibrio organizativo (*Equilibrio organizativo* → *Inversión en RR.HH.*) y con la desigualdad social (*Inversión en RR.HH.* → *Desigualdad social*). Además, se observa un «Efecto indirecto» del equilibrio organizativo sobre la desigualdad social vía la inversión en RR.HH. conjuntamente con un «Efecto directo» del equilibrio organizativo sobre la desigualdad social. El «Efecto total» del equilibrio organizativo sobre la desigualdad social viene dado por la suma de los dos efectos anteriores. En la figura 1 se muestran también los oportunos efectos autorregresivos (relaciones causales entre la misma variable en el tiempo), representados mediante líneas discontinuas, para plantear adecuadamente un modelo longitudinal de ecuaciones estructurales (Little, 2013).

Además, la ESEE es una muestra viva de empresas en la que, por diferentes motivos, cada año desaparecen y se introducen empresas (Fundación SEPI, 2019). Por consiguiente, durante el periodo de 5 años analizado hay casos completos (empresas con datos de todas las variables organizativas en los 5 años) y también casos incompletos. Esta situación es típica en estudios de tipo longitudinal, siendo recomendable la utilización del procedimiento de «máxima verosimilitud con información completa» (*full-information maximum likelihood*) para la estimación de los parámetros del modelo, con el objetivo de aprovechar toda la información disponible y no sesgar las estimaciones de los parámetros del modelo que la eliminación de casos incompletos podría suponer (Little, 2013). Para la estimación de los parámetros del modelo se utiliza el *software* estadístico EQS 6.3 (Bentler, 2006), aunque dicho modelo puede ser estimado utilizando cualquier otro *software* comercial sobre ecuaciones estructurales (por ejemplo, Amos, Mplus). Para la evaluación del ajuste del modelo a los datos mostramos el estadístico de bondad del ajuste de la chi-cuadrado Yuan-Bentler (X^2), junto a sus correspondientes grados de libertad (*gl*), así como otros índices de ajuste habitualmente utilizados en los modelos de ecuaciones estructurales, en particular, el índice de ajuste no normalizado (NNFI), el índice de ajuste comparativo (CFI) y el error de aproximación cuadrático medio (RMSEA). La complejidad del modelo y el elevado tamaño muestral sugieren utilizar sobre todo dichos índices para decidir si se acepta el modelo estructural planteado (Little, 2013). Por lo general, se aceptan valores de NNFI y CFI superiores a 0,9 y valores de RMSEA inferiores a 0,06. Además, se usan los errores estándar robustos para evaluar el nivel de significatividad (p) de los parámetros estimados, contemplando así la no normalidad de los datos.

Figura 1. Diseño longitudinal mediante ecuaciones estructurales ($t = 5$ años)



4. Resultados

Atendiendo a los criterios habituales para evaluar la bondad del ajuste de un modelo de ecuaciones estructurales a los datos, se observan valores con un nivel satisfactorio tanto para el modelo del índice de Gini ($\chi^2 = 2.197,14$; $gl = 253$; $p < 0,01$; NNFI = 0,94; CFI = 0,95; RMSEA = 0,05) como para el modelo del índice S80/S20 ($\chi^2 = 2.041,65$; $gl = 253$; $p < 0,01$; NNFI = 0,93; CFI = 0,95; RMSEA = 0,05). Los valores de estos índices de ajuste son aceptables para considerar un modelo como válido. Los parámetros no estandarizados estimados de las relaciones contenidas en ambos modelos se presentan en la tabla 1⁴. En primer lugar, es de resaltar la existencia de una pauta de variación común positiva entre la productividad laboral y la inversión en RR. HH., evaluada por la relación causal entre el equilibrio organizativo y la inversión en RR. HH. (índice de Gini: $Equilibrio\ organizativo_t \rightarrow Inversión\ en\ RR.\ HH._t = 4,9$; índice S80/S20: $Equilibrio\ organizativo_t \rightarrow Inversión\ en\ RR.\ HH._t = 4,88$). Por consiguiente, se evidencia empíricamente la presencia de un equilibrio organizativo en las empresas industriales españolas, de tal forma que un aumento (disminución) en la contribución de las personas empleadas (i. e., productividad laboral) es correspondido con un aumento (disminución) en la compensación de las personas empleadas (i. e., inversión en RR. HH.), y viceversa.

⁴ Para una mejor comprensión del modelo longitudinal diseñado, así como de los resultados extraídos, en la figura II del anexo se detallan también los coeficientes estandarizados de los parámetros.

Por otra parte, no se confirma la hipótesis 2, puesto que la inversión en RR. HH. no manifiesta un efecto directo significativo sobre ninguno de los dos índices de desigualdad social examinados (índice de Gini: $Inversión\ en\ RR.\ HH.\ t \rightarrow Desigualdad\ social_{t+1} = -0,05$; índice S80/S20: $Inversión\ en\ RR.\ HH.\ t \rightarrow Desigualdad\ social_{t+1} = 0,02$). Estos resultados no avalan que cuanto mayor sea la inversión en RR. HH. de las empresas, menor será la desigualdad de ingresos de la sociedad. En cuanto a la hipótesis 1, aun cuando tampoco se corrobora un efecto directo significativo del equilibrio organizativo sobre la desigualdad social en ninguno de sus dos indicadores (índice de Gini: $Equilibrio\ organizativo\ t \rightarrow Desigualdad\ social_{t+1} = -0,03$; índice S80/S20: $Equilibrio\ organizativo\ t \rightarrow Desigualdad\ social_{t+1} = -0,29$), se evidencia que su «Efecto total» ejerce una influencia negativa y significativa sobre la desigualdad social en ambos indicadores (índice de Gini: $-0,28$; índice S80/S20: $-0,15$). Se confirma pues la hipótesis 1, es decir, cuanto mayor sea el equilibrio organizativo, menor será la desigualdad social. La congruencia de resultados entre estos dos diferentes indicadores de desigualdad social afianza aún más si cabe la validez de esta hipótesis.

Desde una perspectiva descriptiva, es de resaltar el efecto negativo de la competitividad regional sobre los dos indicadores de desigualdad social (índice de Gini: $Competitividad\ regional\ t \rightarrow Desigualdad\ social\ t = -1,48$; índice S80/S20: $Competitividad\ regional\ t \rightarrow Desigualdad\ social\ t = -0,73$), lo cual muestra que, en las regiones españolas más atractivas, el grado de desigualdad social es menor. Asimismo, es interesante observar que, cuanto mayor sea el tamaño de las empresas, mayor será su equilibrio organizativo, dado que se constata una relación positiva entre estas dos variables (0,01). Por el contrario, la intensidad de capital de una empresa no impacta de forma significativa en su equilibrio organizativo (0).

Tabla 1. Parámetros no estandarizados de los modelos

Relaciones causales	Índice de Gini	Índice S80/S20
Equilibrio organizativo $t \rightarrow$ Productividad laboral t	1	1
Equilibrio organizativo $t \rightarrow$ Inversión en RR. HH. t	4,9*	4,88*
Equilibrio organizativo $t \rightarrow$ Desigualdad social $t+1$	-0,03	-0,29
Inversión en RR. HH. $t \rightarrow$ Desigualdad social $t+1$	-0,05	0,02
<i>Efecto indirecto</i> (Equilibrio organizativo $t \rightarrow$ Inversión en RR. HH. $t \rightarrow$ Desigualdad social $t+1$)	-0,25	0,14
<i>Efecto total</i> ((Equilibrio organizativo $t \rightarrow$ Inversión en RR. HH. $t \rightarrow$ Desigualdad social $t+1$) + (Equilibrio organizativo $t \rightarrow$ Desigualdad social $t+1$))	-0,28*	-0,15*



Relaciones causales	Índice de Gini	Índice S80/S20
<i>Efectos de control:</i>		
Competitividad regional t → Desigualdad social t	-1,48*	-0,73*
Tamaño organizativo t → Equilibrio organizativo t_{t+1}	0,01*	0,01*
Intensidad de capital t → Equilibrio organizativo t_{t+1}	0	0
<i>Efectos autorregresivos:</i>		
Desigualdad social t → Desigualdad social t_{t+1}	(0,91-1,06)*	(0,68-0,95)*
Equilibrio organizativo t → Equilibrio organizativo t_{t+1}	(0,92-0,99)*	(0,91-0,98)*
Tamaño organizativo t → Tamaño organizativo t_{t+1}	(0,99-1,01)*	(0,99-1,01)*
Intensidad de capital t → Intensidad de capital t_{t+1}	(0,89-0,96)*	(0,89-0,96)*

Notas:

1. Los coeficientes de autorregresión no son iguales durante el periodo de tiempo examinado, mostrándose entre paréntesis el rango (mínimo-máximo) de los valores alcanzados.
2. Los parámetros asociados a la relación *Equilibrio organizativo t → Productividad laboral t* fijan la unidad de medida del factor latente *Equilibrio organizativo y* , por tanto, para estos parámetros no se puede calcular el grado de significatividad (p).
3. $N = 2.051$; * $p < 0,01$.

Fuente: elaboración propia.

4.1. Análisis complementario

Como se ha expuesto, los efectos directos del equilibrio organizativo y de la inversión en RR. HH. no presentan un impacto significativo sobre ninguno de los dos índices de desigualdad social examinados. Asimismo, tampoco el «Efecto indirecto» del equilibrio organizativo por medio de la inversión en RR. HH. ejerce un impacto relevante sobre la desigualdad social. El complejo escenario que dibujan estos resultados evidencia que únicamente cuando se integran el «Efecto indirecto» y el efecto directo del equilibrio organizativo sobre la desigualdad social su «Efecto total» es significativo. Esta coyuntura aconseja realizar un análisis complementario que facilite su interpretación. Con este propósito, se analiza por separado y de forma individual el efecto del equilibrio organizativo y el efecto de la inversión en RR. HH. sobre la desigualdad social. Con respecto al índice de Gini, los resultados de este análisis evidencian que independientemente ambos elementos organizativos influyen de forma negativa sobre la desigualdad social (*Equilibrio organizativo t → Desigualdad social t_{t+1}* = -0,29;

$p < 0,01$; *Inversión en RR. HH.* $t \rightarrow$ *Desigualdad social* $t_{t+1} = -0,06$; $p < 0,01$). Un escenario similar se presenta cuando elegimos como indicador de la desigualdad social el índice S80/S20 (*Equilibrio organizativo* $t \rightarrow$ *Desigualdad social* $t_{t+1} = -0,15$; $p < 0,01$; *Inversión en RR. HH.* $t \rightarrow$ *Desigualdad social* $t_{t+1} = -0,02$; $p < 0,01$). Por consiguiente, el análisis por separado de estos dos factores explicativos corrobora las dos hipótesis planteadas en esta investigación.

Tabla 2. **Parámetros no estandarizados del «Efecto total» del equilibrio organizativo sobre la Desigualdad social₅**

Equilibrio organizativo	Índice de Gini	Índice S80/S20
Equilibrio organizativo ₄	-0,28*	-0,15*
Equilibrio organizativo ₃	-0,56*	-0,3*
Equilibrio organizativo ₂	-0,8*	-0,4*
Equilibrio organizativo ₁	-1,09	-0,51

Notas:

1. El efecto total del *Equilibrio organizativo₄* es la suma de sus efectos directo e indirecto y, obviamente, coincide con el reportado anteriormente en la tabla 1. El resto de efectos totales se calculan a partir de la agregación de todos los posibles efectos indirectos reflejados en el modelo longitudinal diseñado.
2. * $p < 0,01$.

Fuente: elaboración propia.

Adicionalmente, el modelo longitudinal diseñado en esta investigación permite averiguar si el «Efecto total» del equilibrio organizativo sobre la desigualdad social se prolonga en el tiempo, es decir, cuánto se sostiene ese efecto. Con este propósito, se examina el periodo completo de 5 años y, como puede observarse más nítidamente en la figura II (véase anexo), la desigualdad social del último año (*i. e.*, *Desigualdad social₅*) se ve influenciada por el equilibrio organizativo de los 4 años precedentes. Los resultados extraídos se muestran en la tabla 2 y evidencian que este efecto total es similar en ambos índices de desigualdad social. El equilibrio organizativo afecta negativamente a la desigualdad social no solo en el año siguiente (índice de Gini: -0,28; índice S80/S20: -0,15), sino que hay un efecto continuado en el tiempo durante el segundo (índice de Gini: -0,56; índice S80/S20: -0,3) y tercer año (índice de Gini: -0,8; índice S80/S20: -0,4). En otras palabras, un aumento del equilibrio organizativo de las empresas en un determinado año producirá una disminución de la desigualdad social durante los 3 años siguientes. Por el contrario, este efecto negativo deja de ser significativo una vez transcurridos 4 años. Se podría concluir pues que la duración temporal o permanencia del efecto negativo del equilibrio organizativo sobre la desigualdad social se sitúa en un periodo de 3 años. Igualmente, se deduce que un aumento en el equilibrio organizativo de las empresas mejora la igualdad social a corto (1 año) y medio plazo

(2-3 años). Esta inmediatez y prolongación en el tiempo avala también el importante papel del equilibrio organizativo en la generación y sostenibilidad de la igualdad social.

5. Conclusión

Estudios que aporten evidencia empírica sobre el papel que desempeñan las organizaciones en la configuración de una dinámica de regeneración de la igualdad social son fundamentales para cimentar y desarrollar el binomio empresa-sociedad (Cobb y Stevens, 2017; Tsui *et al.*, 2018). Dentro de esta línea de investigación, la gestión de los RR.HH. en las empresas sobresale como un área de especial importancia por su inherente interconexión con el desarrollo sostenible de la sociedad a través de su componente humano, ya que los valores éticos, actitudes y comportamientos de las personas tienen un impacto evidente en la dimensión social de sostenibilidad, asociándose con variables tales como la desigualdad de ingresos (Chams y García Blandón, 2019; Podgorodnichenko *et al.*, 2020; Roca Puig, 2018; Stahl *et al.*, 2020). Con el propósito de profundizar sobre cuál es el papel de la inversión en RR.HH. en el desarrollo sostenible, se examinan dos actuaciones básicas de la inversión en RR.HH. de las empresas en la desigualdad social. Primera, la obtención de un equilibrio organizativo, característica básica de una organización sostenible, se identifica como un determinante de la desigualdad social. Segunda, la propia inversión en RR.HH. es también un factor explicativo de la desigualdad social. Los resultados derivados de nuestra investigación corroboran empíricamente este doble rol de la gestión de los RR.HH., generalmente auspiciado meramente de forma teórica en esta disciplina científica (por ejemplo, Chams y García Blandón, 2019, López Cabrales y Valle Cabrera, 2020; Stahl *et al.*, 2020). La inversión en RR.HH. se revela en esta investigación como un nodo central en la red de relaciones de la sostenibilidad que articula el vínculo empresa-sociedad.

Se comprueba que la conexión entre inversión en RR.HH. y desigualdad social no es evidente y simple, dado que se manifiesta de forma transversal a través de su interrelación con la productividad laboral. Los resultados evidencian que el factor explicativo esencial, con un impacto significativo sobre la desigualdad social, es el equilibrio organizativo, es decir, la consistencia interna entre la inversión en RR.HH. y la productividad laboral en las empresas. En otras palabras, la inversión en RR.HH. influye en la desigualdad social sobre todo gracias a su interrelación (*i. e.*, covariación positiva) con la productividad laboral. Una variación en la inversión en RR.HH. debe venir acompañada de forma simultánea en el tiempo de una variación en el mismo sentido de la productividad laboral para que aparezca una relación laboral de intercambio social equitativa entre personas empleadas y empresa (*i. e.*, equilibrio organizativo). A su vez, un aumento en el grado de este equilibrio organizativo producirá una reducción en el nivel de desigualdad social. Por otra parte, es de resaltar que esta disminución solo se corrobora cuando se considera de forma conjunta el efecto directo y el efecto indirecto, vía inversión en RR.HH., del equilibrio organizativo sobre la desigualdad social. Por lo tanto, aun cuando la inversión en RR.HH. no ejerce un efecto directo

significativo sobre la desigualdad social, este efecto es necesario considerarlo y valorarlo para que el equilibrio organizativo reduzca la desigualdad social. Esta influencia se cimenta sobre el principio ético de equidad, alrededor del cual se construye el desarrollo sostenible de cualquier colectivo social, tanto de las empresas como de la sociedad (Eizenberg y Jabareen, 2017; Muñoz Martín, 2013). Este valor moral actúa como puente de unión o eje de intersección entre los ámbitos de actuación de las empresas y de la sociedad, de tal forma que una política laboral de las empresas que prime la equidad en el intercambio social entre empresariado y personas empleadas, manifestada en la existencia de un elevado equilibrio organizativo, influirá positivamente en el nivel de equidad de la sociedad, manifestada en un reducido nivel de desigualdad social. En síntesis, se corrobora la importancia de incrementar y extender el equilibrio organizativo en las empresas para reducir la desigualdad social.

5.1. Implicaciones teóricas y prácticas

Esta investigación presenta importantes aportaciones en el ámbito de la gestión de los RR.HH. En este campo de estudio actualmente hay un interés evidente en conectar las actuaciones de las empresas con los problemas sociales a los que se enfrenta la sociedad, entre los que destaca la desigualdad social (por ejemplo, Chams y García Blandón, 2019; Cobb, 2016; Stahl *et al.*, 2020; Tsui *et al.*, 2018). Por lo general, se defiende que el patrón de compensación en la relación laboral de las empresas puede ser una causa de la desigualdad social. Esta investigación desarrolla y concreta esta reflexión recuperando la noción clásica de equilibrio organizativo (March y Simon, 1958) e introduce esta característica organizativa como un nuevo y potencial factor explicativo de la desigualdad social. Las referencias al patrón de equidad entre compensación-contribución en la relación laboral de March y Simon (1958), que afianzó la noción de equilibrio organizativo, suelen ser implícitas y muy escuetas en esta literatura. Dada su importancia, en este trabajo se realiza una explicación más detallada del mismo. Como subrayan Wilden *et al.* (2019), March y Simon (1958) han tenido una influencia trascendental en el conocimiento académico y un número creciente de investigaciones está volviendo a sus conceptos centrales en busca de inspiración para facilitar y mejorar su propio trabajo en una gran variedad de disciplinas científicas, por ejemplo, la gestión de los RR.HH. Al mismo tiempo, esta explicación pormenorizada permite realizar una novedosa operativización de este concepto a partir de la pauta de correlación entre la compensación que las personas empleadas reciben de la organización (*i. e.*, inversión en RR.HH.) y la contribución que realizan a la organización (*i. e.*, productividad laboral). En términos matemáticos, usando como procedimiento de análisis estadístico un modelo de ecuaciones estructurales, esta variación común se expresa por medio de un factor latente (Venkatraman, 1990).

Esta operativización de la noción de equilibrio organizativo permite focalizar el centro de atención en el valor ético de equidad, dotándolo de una medida objetiva que podría incorporarse en las memorias o informes de sostenibilidad de las empresas. Asimismo, podría complementar a otros índices de sostenibilidad corporativa utilizados en la actualidad (por

ejemplo, índice de sostenibilidad de Dow Jones), o bien integrarse en las cuentas de «información no financieras» (Ley 11/2018, que traspone al ámbito español la Directiva europea 2014/95/EU) para explicitar la propiedad de equilibrio en la relación laboral de las empresas. Como advierten Di Vaio *et al.* (2020), aunque esta directiva defiende que las cuestiones referidas a la gestión de los RR.HH. son una parte fundamental de la sostenibilidad, el desafío de integrarlas en ese informe de sostenibilidad es realmente problemático. Con frecuencia la selección de indicadores de sostenibilidad corporativa vinculados con aspectos humanos no se basa en la teoría, sino en modas eventuales, creando cierta sensación de incredulidad en las esferas académica y profesional de la gestión de los RR.HH. (Eizenberg y Jabareen, 2017; Muñoz Martín, 2013). Tratando de remediar este problema, Paredes Gázquez *et al.* (2016) sugieren que una medida de la sostenibilidad corporativa debe basarse en un marco teórico sólido. Siguiendo esta recomendación, cabe recordar que la elección de la correlación entre inversión en RR.HH. y productividad laboral como indicador de la sostenibilidad corporativa descansa en el reconocido marco teórico auspiciado por March y Simon (1958). En definitiva, el índice de covariación entre inversión en RR.HH. y productividad laboral puede ayudar a dar más fiabilidad y credibilidad a la medición de la sostenibilidad, facilitando a profesionales, instituciones y entidades inversoras el reconocer realmente la probabilidad de desarrollo a largo plazo de una empresa. Además, es un indicador sencillo y fácil de obtener, generalizable a cualquier tipo de empresa, que refleja fielmente las actuaciones del día a día de una empresa y el modo de concebir estratégicamente su relación laboral.

De forma similar a estudios empíricos precedentes (por ejemplo, Cobb y Stevens, 2017; Roca Puig, 2018), los resultados de esta investigación avalan el papel activo y significativo de la política laboral de las empresas en la consecución de una mayor igualdad social. En particular, nuestro estudio confirma que cuanto más sostenible sea la relación laboral de las empresas en términos de un mayor equilibrio organizativo entre los intereses de las personas empleadas (*i. e.*, inversión en RR.HH.) y del empresariado (*i. e.*, productividad laboral), más sostenible será la sociedad gracias a la creación de una menor desigualdad social. Esta afirmación se confirma usando dos diferentes indicadores de desigualdad social, a saber, el índice de Gini y el índice S80/S20, lo cual afianza más si cabe este postulado. Complementariamente, esta congruencia de resultados usando estos dos indicadores de desigualdad social manifiesta que un aumento del equilibrio organizativo en las empresas es doblemente beneficioso para la sociedad, dado que además de reducir el nivel de dispersión de la distribución de renta del promedio de la población, medido por el índice de Gini, esa reducción se advierte también en los estratos extremos de renta de la población, medidos por el índice S80/S20. Es de subrayar que el tipo de desigualdad social que recoge el índice S80/S20 es la más problemática, dado que en sociedades con un elevado índice S80/S20 las personas situadas en el extremo inferior de renta a menudo sufren de privaciones materiales y corren el riesgo de exclusión social al situarse por debajo del umbral de pobreza de una sociedad. La aparición de bolsas de pobreza es una de las consecuencias más nocivas de la desigualdad social que obstaculiza ostensiblemente la consecución de unas condiciones de vida dignas y un progreso humano satisfactorio en sociedades desarrolladas (Iceland, 2003; Llano Ortiz, 2016).

Como se ha expuesto con anterioridad, se observa que la inversión en RR.HH. afecta a la desigualdad social en la medida en que: a) es un componente del equilibrio organizativo y b) el equilibrio organizativo necesita incorporar su efecto indirecto a través de la inversión en RR.HH. para ejercer un efecto total significativo sobre la desigualdad social. El equilibrio organizativo prevalece sobre la inversión en RR.HH. como factor explicativo de la desigualdad social. Este resultado tiene importantes repercusiones académicas y prácticas. Desde un punto de vista académico, se avala la conveniencia de adoptar una aproximación de «mejor ajuste» en detrimento de una aproximación «de mejor práctica» en el estudio del impacto de la gestión de los RR.HH. sobre el desarrollo sostenible de la sociedad. Mientras que el primer marco normativo ensalza la importancia de examinar el ajuste o interrelación de las prácticas/inversiones en RR.HH. con otros elementos organizativos como factor explicativo de terceras variables, el segundo marco normativo analiza las prácticas/inversiones en RR.HH. de forma independiente del resto de características organizativas y aboga por defender su efecto directo sobre terceras variables (Boxall y Purcell, 2000; Kelliher y Perret, 2001). En particular, el grado de ajuste (covariación) de la inversión en RR.HH. con la productividad laboral surge en este estudio como el elemento nuclear que afecta a la desigualdad social. Desde un punto de vista práctico, dado que el ajuste entre inversión en RR.HH. y productividad laboral es el factor explicativo básico, el fijar un determinado nivel en alguno de estos dos componentes del equilibrio organizativo sin tener en cuenta el nivel del otro puede tener consecuencias contrapuestas sobre la desigualdad social. Por ejemplo, si se fija por ley un determinado nivel mínimo de compensación a las personas empleadas para cualquier empresa, las consecuencias podrían ser diferentes en función de si esa cuantía acerca a las empresas a mejorar (o no) su grado de consistencia o ajuste con su respectivo nivel de productividad laboral. Un razonamiento similar se podría realizar si se pretende fijar por ley un determinado nivel de productividad laboral. En la medida en que para algunas empresas ese nivel mejorase su grado de ajuste con la inversión en RR.HH., entonces se produciría una reducción de la desigualdad social; por el contrario, para otras empresas podría representar un peor ajuste, lo cual haría aumentar la desigualdad social en el territorio en el que se localizan.

Por último, cabe destacar que los resultados de esta investigación avalan la existencia de una interdependencia positiva entre la productividad laboral, la inversión en RR.HH. y la igualdad social, lo cual respalda el principio de «valor compartido» auspiciado por Porter y Kramer (2006, 2011), en el que la viabilidad empresarial se alcanza al unísono con el progreso de la sociedad. En un sentido similar, la «Agenda 2030 para el desarrollo sostenible» defiende la presencia de un «crecimiento económico inclusivo» que compatibilice los objetivos económicos y sociales. En esta investigación, el progreso económico viene representado por la productividad laboral y el progreso social se manifiesta a dos niveles, a nivel de empresa por la inversión en RR.HH. y a nivel de sociedad por la igualdad social. En síntesis, la rentabilidad empresarial, el bienestar de las personas empleadas y el bienestar de la sociedad son propósitos complementarios.

5.2. Limitaciones y futuras líneas de investigación

El enlace entre la gestión de los RR.HH. y las condiciones de vida de la población es una línea de investigación esencial que apenas se ha desarrollado empíricamente. El estudio presentado en esta investigación plantea una propuesta original de comprobar la interrelación dinámica entre productividad laboral, inversión en RR.HH. y desigualdad social. Sin embargo, esta investigación debe considerarse como un paso inicial para explorar cómo las actuaciones y decisiones en el campo de la gestión de los RR.HH. pueden incidir en el bienestar de la sociedad. El papel notorio de la inversión en RR.HH. en la creación de una sociedad próspera, caracterizada por una reducida desigualdad social, presenta un atractivo reto de análisis y reflexión para el sector académico y profesional de la gestión de RR.HH. que necesita de investigaciones futuras.

A este respecto, según la «Agenda 2030 para el desarrollo sostenible», los 17 objetivos de desarrollo sostenible que propone están interrelacionados, por lo que con frecuencia la clave del éxito de uno de ellos dependerá de aspectos referentes a otro. Por ejemplo, es difícil mejorar aspectos medioambientales sin avanzar de forma simultánea en cuestiones más sociales como reducir la desigualdad de ingresos de la población (Agyeman *et al.*, 2002). Las zonas geográficas con una distribución de ingresos más equitativa tienden a tener una mayor calidad ambiental (por ejemplo, menor contaminación). Como subrayan Eizenberg y Jabareen (2017), una menor desigualdad social reduce la alienación de las personas en sus espacios de vida y, por lo tanto, aumenta su concienciación por los problemas ambientales. El concepto de equidad hace hincapié en la justicia social y económica, al tiempo que aborda el cambio climático. Liu *et al.* (2018) confirman esta conexión al interrelacionar la desigualdad social con la degradación ambiental. Por lo tanto, sería interesante que investigaciones futuras incluyesen esta variable ambiental y de este modo examinar la relación indirecta, vía desigualdad social, entre el equilibrio organizativo y la contaminación ambiental.

Por otra parte, es de reseñar que la base de datos ESEE solo incorpora empresas industriales, no del sector de servicios. Dadas las características singulares de ambos sectores de actividad (por ejemplo, mayor intensidad laboral de las empresas de servicios), puede ocurrir que la magnitud del equilibrio organizativo sea diferente en ambos sectores y, a su vez, esa diferente intensidad afecte también de manera particular al impacto del equilibrio organizativo en la desigualdad social. Por consiguiente, investigaciones futuras que usen otras fuentes de información podrían replicar este estudio en el ámbito de las empresas de servicios y realizar un análisis comparativo entre estos dos sectores. Asimismo, la ESEE no distingue entre diferentes tipos de personas empleadas. Investigaciones futuras podrían realizar esta diferenciación (por ejemplo, personas trabajadoras vs. personal directivo) y examinar si existe un diferente equilibrio organizativo entre ellas, lo cual permitiría vincular esta investigación con estudios previos de gestión de los RR.HH. que se han centrado en esta cuestión (por ejemplo, Tolbert y Castilla, 2017; Tsui *et al.*, 2018). Por último, desde un punto de vista metodológico, sería también positivo que futuras investigaciones pudiesen realizar un

análisis multinivel en el estudio del vínculo empresa-sociedad. Dicho tipo de análisis no es recomendable en este trabajo dado el reducido número de regiones (*i. e.*, 17 comunidades autónomas) en las que se divide el territorio español. Según Maas y Hox (2005), el tamaño de la muestra a nivel de sociedad requeriría de un mínimo de 30 regiones. Para solventar esta limitación, investigaciones futuras podrían aumentar el número de regiones, ya sea replicando este estudio en otro país con un mayor número de circunscripciones (por ejemplo, Estados Unidos es una unión federal de 50 Estados), o bien incorporando más demarcaciones territoriales extendiendo el ámbito de estudio a todas las regiones de la Unión Europea.

Lamentablemente, la grave pandemia producida por la COVID-19 que actualmente está afectando a todos los países, con especial virulencia en España, probablemente alterará el valor ético de equidad o justicia distributiva en las organizaciones. Tras la aparición de dos actitudes contrapuestas derivadas de esta pandemia, a saber, la solidaridad humana y el distanciamiento social, ¿nos volveremos más éticos y justos, primando comportamientos organizativos de colaboración entre diferentes grupos de interés (por ejemplo, empresariado vs. personas empleadas) que intenten compatibilizar y satisfacer sus diferentes intereses o, por el contrario, nos volveremos más egoístas e indiferentes, primando comportamientos oportunistas en los que cada grupo de interés intente maximizar sus propios objetivos? Para dar respuesta a esta cuestión, investigaciones futuras podrían replicar este estudio y, adoptando un punto de vista comparativo, analizar si existen diferencias significativas en las relaciones propuestas entre inversión en RR. HH., productividad laboral y desigualdad social entre un periodo de tiempo anterior y otro posterior al 2020. Este año puede marcar un punto de inflexión que modifique sustancialmente el nivel de equilibrio organizativo en las empresas españolas y, en consecuencia, afectar al nivel de desigualdad social de las diversas comunidades autónomas.

Referencias bibliográficas

Agyeman, Julian; Bullard, Robert D. y Evans, Bob. (2002). Exploring the nexus: Bringing together sustainability, environmental justice and equity. *Space and Polity*, 6(1), 77-90. <https://doi.org/10.1080/13562570220137907>.

Annoni, Paola; Dijkstra, Lewis y Gargano, Nadia. (2017). *The EU regional competitiveness index 2016*. Working Papers, 02/2017. Regional and Urban Policy, European

Commission. https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/work/201701_regional_competitiveness2016.pdf.

Awan, Usama; Kraslawski, Andrzej y Huis-konen, Janne. (2018) Governing interfirm relationships for social sustainability: The relationship between governance mechanisms, sustainable collaboration, and cultural intelligence. *Sustainability*, 10(12), 4473. <https://doi.org/10.3390/su10124473>.

- Barrena Martínez, Jesús; López Fernández, Macarena y Romero Fernández, Pedro M. (2016). Corporate social responsibility: Evolution through institutional and stakeholder perspectives. *European Journal of Management and Business Economics*, 25(1), 8-14. <https://doi.org/10.1016/j.redde.2015.11.002>.
- Bentler, Peter M. (2006). *EQS 6 Structural Equation Program Manual*. Multivariate Software, Inc.
- Birdi, Kamal; Clegg, Chris; Patterson, Malcolm; Robinson, Andrew; Stride, Chris B.; Wall, Toby D. y Wood, Stephen J. (2008). The impact of human resource and operational management practices on company productivity: A longitudinal study. *Personnel Psychology*, 61(3), 467-501. <https://doi.org/10.1111/j.1744-6570.2008.00136.x>.
- Boxall, Peter y Purcell, John. (2000). Strategic human resource management: Where have we come from and where should we be going? *International Journal of Management Reviews*, 2(2), 183-203. <https://doi.org/10.1111/1468-2370.00037>.
- Chams, Nour y García Blandón, Josep. (2019). On the importance of sustainable human resource management for the adoption of sustainable development goals. *Resources, Conservation and Recycling*, 141, February, 109-122. <https://doi.org/10.1016/j.resconrec.2018.10.006>.
- Cobb, J. Adam. (2016). How firms shape income inequality: Stakeholder power, executive decision making and the structuring of employment relationships. *Academy of Management Review*, 41(2), 324-348. <https://doi.org/10.5465/amr.2013.0451>.
- Cobb, J. Adam y Stevens, Flannery G. (2017). These unequal states: Corporate organization and income inequality in the United States. *Administrative Science Quarterly*, 62(2), 304-340. <https://doi.org/10.1177/0001839216673823>.
- Cole, David A. y Maxwell, Scott E. (2003). Testing mediational models with longitudinal data: Questions and tips in the use of structural equation modeling. *Journal of Abnormal Psychology*, 112(4), 558-577. <https://doi.org/10.1037/0021-843X.112.4.558>.
- Datta, Deepak K.; Guthrie, James P. y Wright, Patrick M. (2005). Human resource management and labor productivity: does industry matter? *Academy of Management Journal*, 48(1), 135-145. <https://doi.org/10.5465/amj.2005.15993158>.
- De Menezes, Lilian M.; Wood, Stephen y Gelade, Garry. (2010). The integration of human resource and operation management practices and its link with performance: A longitudinal latent class study. *Journal of Operation Management*, 28(6), 455-471. <https://doi.org/10.1016/j.jom.2010.01.002>.
- Di Vaio, Assunta; Palladino, Rosa; Hassan, Rohail y Alvino, Federico. (2020). Human resources disclosure in the EU Directive 2014/95/EU perspective: A systematic literature review. *Journal of Cleaner Production* (in press). <https://doi.org/10.1016/j.jclepro.2020.120509>.
- Ehnert, Ina; Harry, Wes y Zink, Klaus J. (2014). Sustainability and HRM. En Ina Ehnert, Wes Harry y Klaus J. Zink (Eds.), *Sustainability and Human Resource Management* (pp. 3-32). CSR, Sustainability, Ethics & Governance. Springer, Berlin Heidelberg.
- Eizenberg, Efrat y Jabareen, Yosef. (2017). Social sustainability: A new conceptual framework. *Sustainability*, 9(1), 68. <https://doi.org/10.3390/su9010068>.
- Esteban Yago, Miguel A. y Losa Carmona, Antonio. (2015). Guía básica para interpretar los indicadores de desigualdad, pobreza y exclusión social. European Antipoverty Network (EAPN). https://www.eapn.es/ARCHIVO/documentos/documentos/1446118622_guia_basica_indicadores_desigualdad_pobreza_y_exclusion_social.pdf.

- Fundación SEPI. (2019). Encuesta sobre estrategias empresariales (ESEE). <https://www.fundacionsepi.es/investigacion/esee/spre-entacion.asp>.
- Garriga, Elisabet y Melé, Domènec. (2004). Corporate social responsibility theories: Mapping the territory. *Journal of Business Ethics*, 53, 51-71. <https://doi.org/10.1023/B:BUSI.0000039399.90587.34>.
- Huselid, Mark A. (1995). The impact of human resource management practices on turnover, productivity, and corporate financial performance. *Academy of Management Journal*, 38(3), 635-672. <https://doi.org/10.5465/256741>.
- Iceland, John. (2003). Why poverty remains high: The role of income growth, economic inequality, and changes in family structure, 1949-1999. *Demography*, 40, 499-519. <https://doi.org/10.1353/dem.2003.0025>.
- Jabbour, Charbel J. y Santos, Fernando C. (2008). The central role of human resource management in the search for sustainable organizations. *International Journal of Human Resource Management*, 19(12), 2133-2154. <https://doi.org/10.1080/09585190802479389>.
- Jerónimo Silvestre, Winston; Antunes, Paula y Leal Filho, Walter. (2018). The corporate sustainability typology: Analysing sustainability drivers and fostering sustainability at enterprises. *Technological and Economic Development of Economy*, 24(2), 513-533. <https://doi.org/10.3846/20294913.2016.1213199>.
- Kelliher, Clare y Perret, Gilly. (2001). Business strategy and approaches to HRM: A case study of new developments in the United Kingdom restaurant industry. *Personnel Review*, 30(4), 421-437. <https://doi.org/10.1108/00483480110393303>.
- Kramar, Robin. (2014). Beyond strategic human resource management: Is sustainable human resource management the next approach? *International Journal of Human Resource Management*, 25(8), 1069-1089. <https://doi.org/10.1080/09585192.2013.816863>.
- Little, Todd D. (2013). *Longitudinal structural equation modeling*. Guilford Press.
- Liu, Qianqian; Wang, Shaojian; Zhang, Wenzhong y Li, Jiaming. (2018). Income distribution and environmental quality in China: A spatial econometric perspective. *Journal of Cleaner Production*, 205, 14-26. <https://doi.org/10.1016/j.jclepro.2018.09.090>.
- Llano Ortiz, Juan C. (2016). El estado de la pobreza. Seguimiento del indicador de riesgo de pobreza y exclusión social en España 2009-2015. European Antipoverty Network (EAPN). https://www.eapn.es/estadodepobreza/ARCHIVO/documentos/Informe_AROPE_2016.pdf.
- López Cabrales, Álvaro y Valle Cabrera, Ramón. (2020). Sustainable HRM strategies and employment relationships as drivers of the triple bottom line. *Human Resource Management Review*, 30(3), 100689. <https://doi.org/10.1016/j.hmr.2019.100689>.
- Maas, Cora J. y Hox, Joop J. (2005). Sufficient sample sizes for multilevel modeling. *Methodology*, 1(3), 86-92. <https://doi.org/10.1027/1614-2241.1.3.86>.
- March, James G. y Simon, Herbert A. (1958). *Organizations*. Wiley.
- Marens, Richard. (2018). Laying the foundation: Preparing the field of business and society for investigating the relationship between business and inequality. *Business & Society*, 57(6), 1252-1285. <https://doi.org/10.1177/0007650316679990>.
- Miller, Danny y Lee, Jangwoo. (2001). The people make the process: commitment to employees, decision making, and performance. *Journal of Management*, 27(2), 163-189. <https://doi.org/10.1177/014920630102700203>.

- Muñoz Martín, Juan. (2013). Business ethics, corporate social responsibility (CSR) and creating shared value (CSV). *Journal of Globalization, Competitiveness & Governability*, 7(3), 76-88. <https://doi.org/10.3232/GCG.2013.V7.N3.05>.
- Muse, Lori A.; Rutherford, Matthew W.; Oswald, Sharon L. y Raymond, Jennie E. (2005). Commitment to employees: Does it help or hinder small firm performance? *Small Business Economics*, 24, 97-111. <https://doi.org/10.1007/s11187-003-3098-7>.
- Paredes Gázquez, Juan D.; Rodríguez Fernández, José M. y de la Cuesta González, Marta. (2016). Measuring corporate social responsibility using composite indices: Mission impossible? The case of the electricity utility industry. *Spanish Accounting Review*, 19(1), 142-153. <https://doi.org/10.1016/j.sar.2015.10.001>.
- Pfeffer, Jeffrey. (2010). Building sustainable organizations: The human factor. *Academy of Management Perspectives*, 24(1), 34-45. <https://doi.org/10.5465/amp.24.1.34>.
- Piacentini, Mario. (2014). *Measuring income inequality and poverty at the regional level in OECD countries*. Statistics Working Papers, 2014/03. OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/5jxzf5khtg9t-en>.
- Piketty, Thomas. (2014). *Capital in the twenty-first century*. Harvard University Press.
- Podgorodnichenko, Nataliya; Edgar, Fiona y McAndrew, Ian. (2020). The role of HRM in developing sustainable organizations: Contemporary challenges and contradictions. *Human Resource Management Review*, 30(3), 00685. <https://doi.org/10.1016/j.hmr.2019.04.001>.
- Porter, Michael E. y Kramer, Mark R. (2006). Strategy and society: The link between competitive advantage and corporate social responsibility. *Harvard Business Review*, December, 77-92.
- Porter, Michael E. y Kramer, Mark R. (2011). Creating shared value. *Harvard Business Review*, January-February, 1-17.
- Roca Puig, Vicente. (2018). Sostenibilidad humana de la sociedad y de la empresa: ¿vasos comunicantes? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 425-426, 205-234. <https://www.laboral-social.com/sostenibilidad-humana-sociedad-empresa-vasos-comunicantes.html>.
- Rodríguez Fernández, José M. (2008). Modelo stakeholder y responsabilidad social: el gobierno corporativo global. *M@n@gement*, 11(2), 81-111. <https://doi.org/10.3917/mana.112.0081>.
- Santana, Mónica y López Cabrales, Álvaro. (2019). Sustainable development and human resource management: A science mapping approach. *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*, 26(6), 1171-1183. <https://doi.org/10.1002/csr.1765>.
- Santos, Maria J. (2014). Theoretical contributions towards rethinking corporate social responsibility. *Management Research: The Journal of the Iberoamerican Academy of Management*, 12(3), 288-307. <https://doi.org/10.1108/MRJAM-12-2013-0533>.
- Saridakis, George; Lai, Yanqing y Cooper, Cary L. (2017). Exploring the relationship between HRM and firm performance: A meta-analysis of longitudinal studies. *Human Resource Management Review*, 27(1), 87-96. <https://doi.org/10.1016/j.hmr.2016.09.005>.
- Stahl, Günter K.; Brewster, Chris J.; Collings, David G. y Hajro, Aida. (2020). Enhancing the role of human resource management in corporate sustainability and social responsibility: A multi-stakeholder, multidimensional approach to HRM. *Human Resource Management Review*, 30(3), 100708. <https://doi.org/10.1016/j.hmr.2019.100708>.

- Stiglitz, Joseph E. (2012). *The price of inequality*. W. W. Norton.
- Stubbs, Wendy y Cocklin, Chris. (2008). Conceptualizing a «sustainability business model». *Organization & Environment*, 21(2), 103-127. <https://doi.org/10.1177/1086026608318042>.
- Subramony, Mahesh; Krause, Nicole; Norton, Jacqueline y Burns, Gary. (2008). The relationship between human resource investments and organizational performance: A firm-level examination of equilibrium theory. *Journal of Applied Psychology*, 93(4), 778-788. <https://doi.org/10.1037/0021-9010.93.4.778>.
- Tolbert, Pamela S. y Castilla, Emilio J. (2017). Editorial essay: Introduction to a special issue on inequality in the workplace («what works?»). *Industrial and Labor Relations Review*, 70(1), 3-15. <https://doi.org/10.1177/0019793916675336>.
- Tsui, Anne S.; Enderle, Georges y Jiang, Kaifeng. (2018). Income inequality in the United States: Reflections on the role of corporations. *Academy of Management Review*, 43(1), 156-168. <https://doi.org/10.5465/amr.2016.0527>.
- Tsui, Anne S.; Pearce, Jone L.; Porter, Lyman W. y Tripoli, Angela M. (1997). Alternative approaches to the employee-organization relationship: Does investment in employees pay off? *Academy of Management Journal*, 40(5), 1089-1121. <https://doi.org/10.5465/256928>.
- Venkatraman, Nenkat. (1990). Performance implications of strategic coalignment: A methodological perspective. *Journal of Management Studies*, 27(1), 19-41. <https://doi.org/10.1111/j.1467-6486.1990.tb00751.x>.
- Wilden, Ralf; Hohberger, Jan; Devinney, Timothy M. y Lumineau, Fabrice. (2019). 60 Years of March and Simon's Organizations: An empirical examination of its impact and influence on subsequent research. *Journal of Management Studies*, 56(8), 1570-1604. <https://doi.org/10.1111/joms.12531>.
- Wilkinson, Richard G. y Pickett, Kate E. (2009). *The spirit level. Why more equal societies almost always do better*. Allen Lane.
- Zink, Klaus J. (2014). Social sustainability and quality of working life. En Ina Ehert, Wes Harry y Klaus J. Zink (Eds.), *Sustainability and Human Resource Management* (pp. 35-55). CSR, Sustainability, Ethics & Governance. Springer, Berlin Heidelberg.

ANEXO

Tabla I. Distribución del número de empresas por comunidades autónomas

Andalucía	193	9,4%
Aragón	62	3%
Asturias, Principado de	47	2,3%
Baleares, Illes	28	1,4%
Canarias	29	1,4%
Cantabria	23	1,1%
Castilla y León	114	5,6%
Castilla-La Mancha	112	5,5%
Cataluña	480	23,4%
Comunitat Valenciana	292	14,2%
Extremadura	34	1,7%
Galicia	132	6,4%
Madrid, Comunidad de	196	9,6%
Murcia, Región de	62	3%
Navarra, Comunidad Foral de	68	3,3%
País Vasco	144	7%
Rioja, La	35	1,7%
Total	2.051	100%

Fuente: elaboración propia.

Tabla II. Codificación y glosario de los indicadores de la ESEE

Código ESEE	Enunciado
PTMN	Personal total medio. Suma de los siguientes conceptos: personal asalariado fijo a tiempo completo, 1/2 del personal asalariado fijo a tiempo parcial y el personal eventual medio.
GEFT	Gastos totales en formación. Valor de los gastos externos en la formación de las personas empleadas que se realizó en el año. Expresado en euros.
EVENME	Personal eventual medio. Media aritmética de eventuales de cada trimestre, cuando este número ha variado significativamente; o número de eventuales a fin de año, cuando no ha variado de forma significativa.
CP	Costes de personal. Recoge los sueldos y salarios brutos, las indemnizaciones, las cotizaciones sociales a cargo de la empresa, las aportaciones a sistemas complementarios de pensiones y otros gastos sociales. Expresado en euros.
PTN	Productividad por persona empleada. Valor añadido, en miles de euros, dividido por el personal total medio. Esta variable se calcula solamente para las empresas con valor añadido no negativo. El valor añadido se define como la suma de las ventas, la variación de existencias y de otros ingresos de gestión menos las compras y los servicios exteriores.
IN	Inmovilizado neto total. Valor del inmovilizado menos la amortización acumulada y provisiones. Expresado en euros.

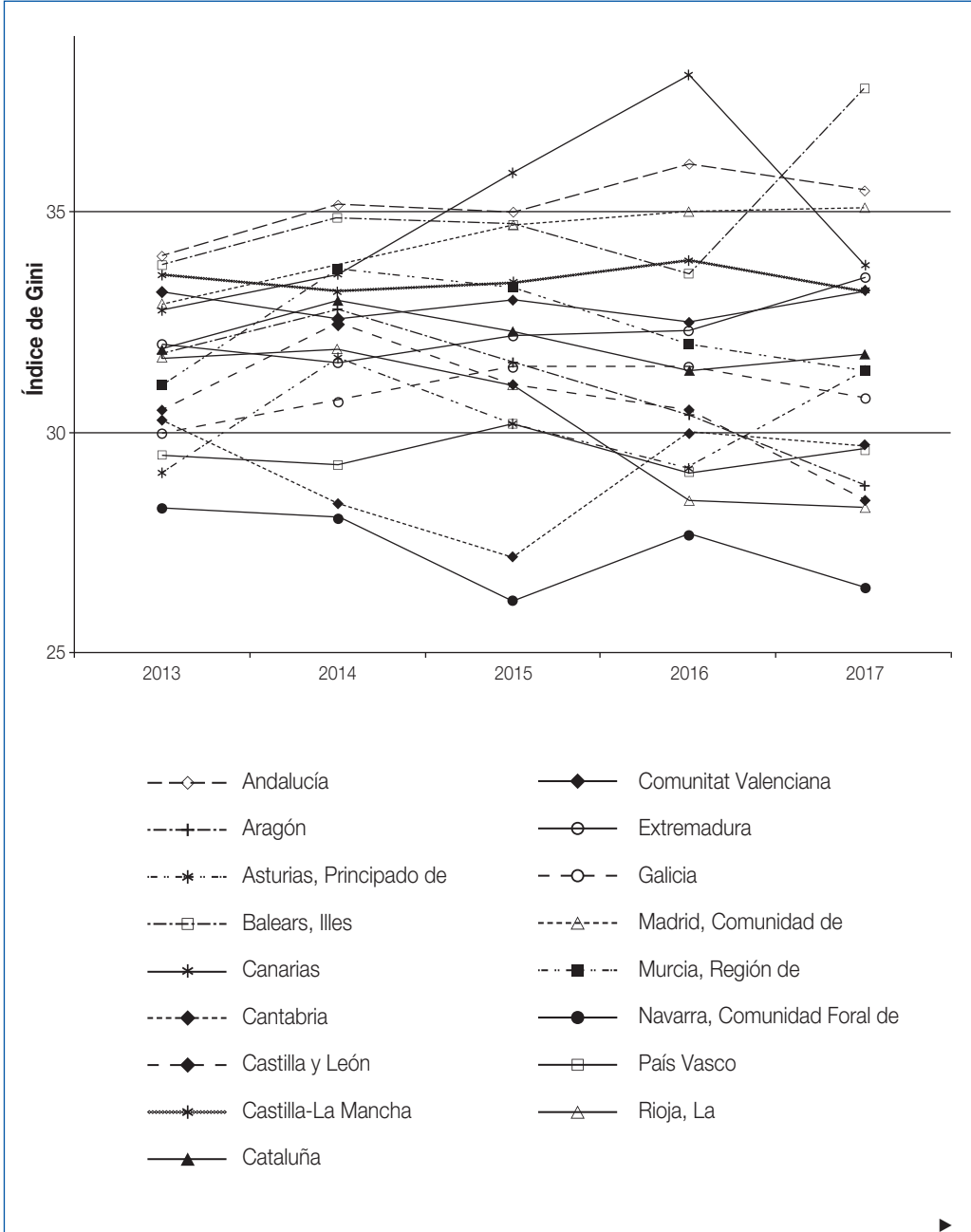
Fuente: Fundación SEPI.

Tabla III. Cálculo de las variables organizativas

Definición	Código ESEE
Inversión en RR. HH. Media aritmética de los valores estandarizados de las siguientes tres variables:	
1. Proporción de empleados permanentes ($1 - (\text{Personal eventual medio} / \text{Personal total medio})$)	$1 - (\text{EVENME} / \text{PTMN})$
2. Gastos en formación por empleado ($\text{Gastos en formación} / \text{Personal total medio}$)	GEFT/PTMN
3. Coste de personal por empleado ($\text{Costes de personal} / \text{Personal total medio}$)	CP/PTMN
Productividad laboral	Lg (PTN)
Tamaño organizativo	Lg (PTMN)
Intensidad de capital de la organización	Lg (IN/PTMN)

Fuente: Roca Puig (2018) y elaboración propia.

Figura I. Evolución de la desigualdad social por comunidades autónomas



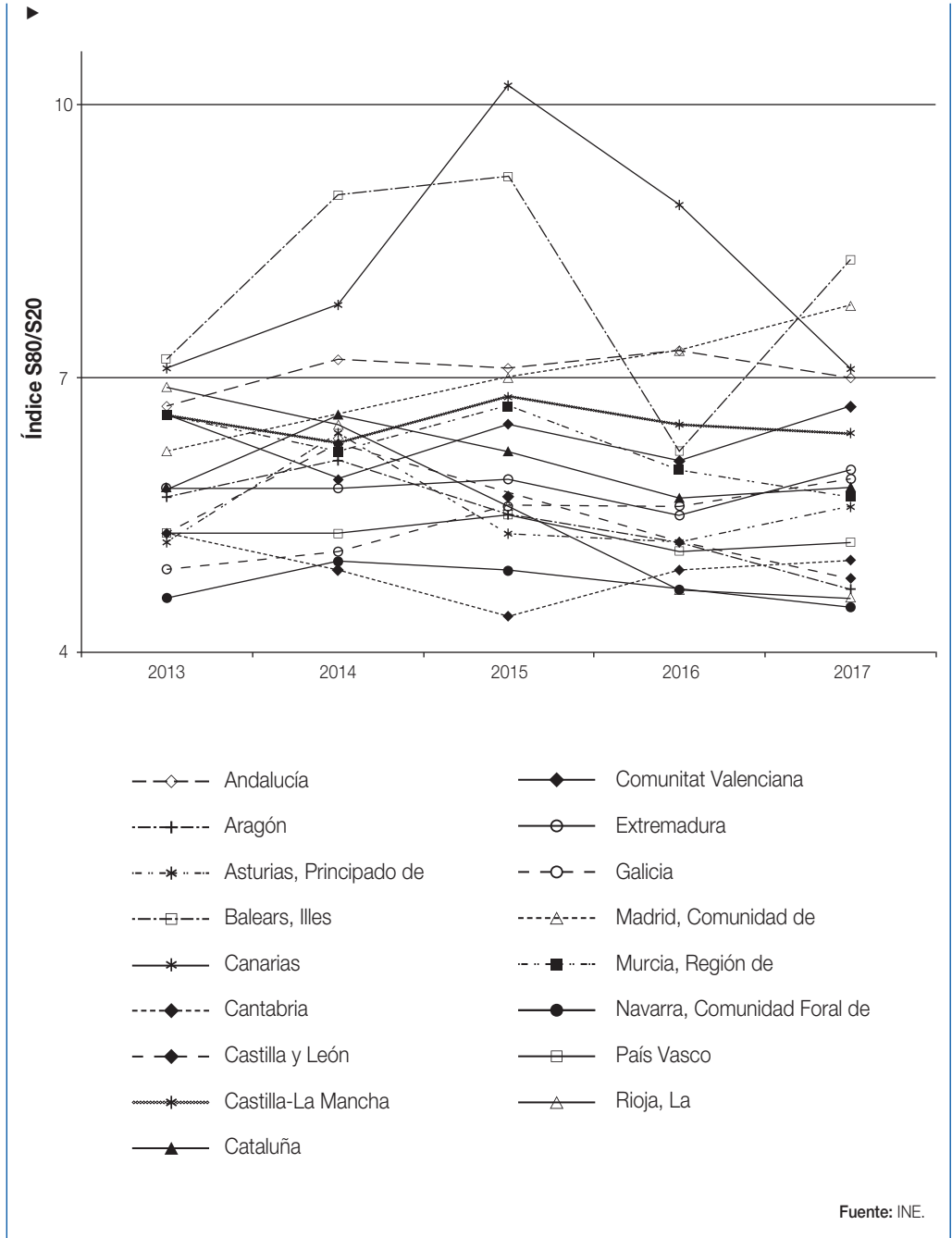
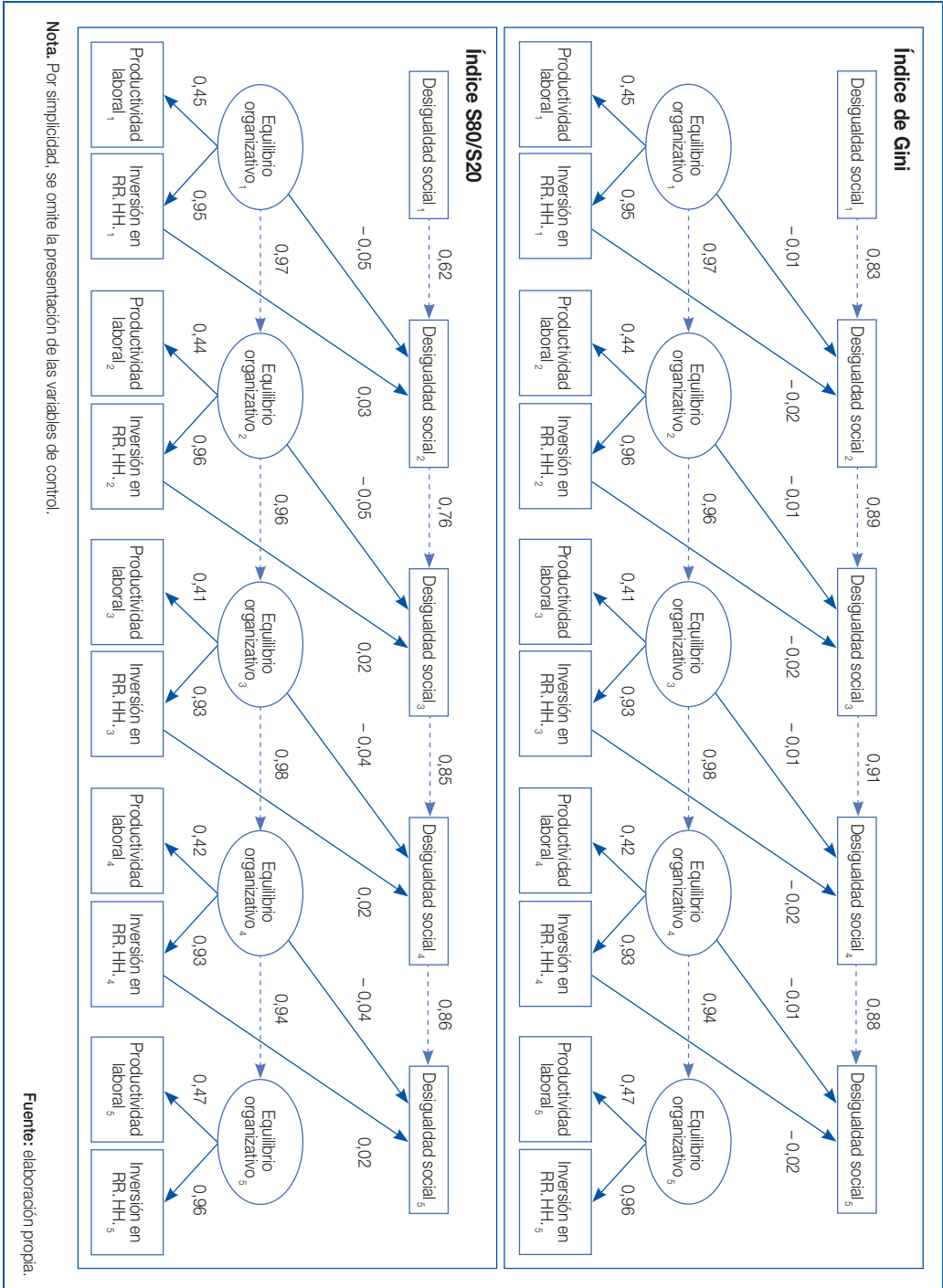


Figura II. Parámetros estandarizados de los modelos



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 las personas interesadas en materias conectadas con el área social del Derecho que pretende ser un medio al servicio de la investigación y opinión, ofreciendo aportaciones a temas controvertidos y de interés.

La revista 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 (redactados en español) deberán ser originales e inéditos y se remitirán por correo electrónico a la dirección revista@cef.es, identificándose el archivo con los apellidos del autor o la autora del trabajo seguidos de un guion y de la abreviatura de la sección de la revista a la que se destina: ED (estudios doctrinales), ARRL (análisis de actualidad de las relaciones laborales), DJ (diálogos con la jurisprudencia), FD (foro de debate), RRHH (estudios doctrinales específicos del área de Recursos Humanos) 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.
 - Extracto de no más de 20 líneas en español e inglés.
 - Lista de palabras clave/descriptores (no menos de 2 ni más de 5) en español e inglés.
 - Sumario (debe comenzar en página nueva), que utilizará la numeración arábiga, desarrollándose los subepígrafos secuenciados (dos dígitos: 1.1, 1.2...; tres dígitos: 1.1.1, 1.1.2...).
3. La extensión de los artículos (incluidos 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 los apellidos del autor o la autora, 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 los apellidos del autor o autora, 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 la autoría solo por los apellidos, 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 (7.^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 a seguir por los autores y las autoras se contienen 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 o su rechazo. En cualquiera de los casos, la decisión adoptada será comunicada.
- Sistema de revisión por pares. El estudio enviado a evaluación será analizado por dos personas evaluadoras externas, 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 el autor o autora 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, a la autora o a la persona designada como responsable principal en caso de trabajos colectivos la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, 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.

CEF.- Oposiciones

Desde 1977 gran parte de los funcionarios que en la actualidad ocupan los cargos de mayor responsabilidad en España han pasado por nuestras aulas, tanto presenciales como virtuales. Todos ellos han cumplido su objetivo de **aprobar la oposición con el #MétodoCEF.-** ¡Tú también puedes ser uno de ellos!

Sobre el #MétodoCEF.-

1. Presencial, telepresencial y online

Elige entre preparar tu oposición en nuestros centros, seguir las clases en streaming y en directo o la preparación online

2. Temarios

De elaboración propia y actualizados

3. Equipo preparador

Todos nuestros preparadores han sido opositores

4. Adaptado

Metodología adaptada a cada tipo de ejercicio

Preparamos oposiciones a

Administración General
Administración Local
Banco de España
Comunidades Autónomas
Cuerpos de Informática

Empleo y Seguridad Social
Ministerio de Hacienda
Ministerio de Justicia
Ministerio del Interior
Unión Europea

INICIO
Preparación
en octubre
de 2020

**MATRÍCULA
ABIERTA****MÁSTERES Y CURSOS****PRESENCIAL | TELEPRESENCIAL | ONLINE**

ÁREA DE RECURSOS HUMANOS

Máster en Asesoría Jurídico-Laboral | Máster en Dirección y Gestión de Recursos Humanos - RR. HH. | Máster Profesional en Big Data y Transformación Digital de la Empresa | Curso de Excel para Recursos Humanos | Curso de Inglés para Negocios One 2 One | Curso de Mindfulness en el Trabajo | Curso de Perfeccionamiento y Actualización en Recursos Humanos (RR.HH.) | Curso de Power BI | Curso Monográfico sobre Retribución y Compensación | Curso Práctico de People Analytics (Big Data aplicado a RR. HH.) | Curso sobre Gestión de Proyectos | Curso sobre Jubilación y Previsión Social | Curso sobre Planes de Igualdad y Brecha Salarial | Curso sobre Selección y Desarrollo del Talento | Curso sobre Tiempo de Trabajo, Conciliación y Gestión del Absentismo