

# Trabajo y Seguridad Social. CEF

Revista mensual núm. 446 | Mayo 2020

ISSN: 1138-9532

## COVID-19 y arte de lo jurídicamente posible: del estrés legislativo al colapso interpretativo

Cristóbal Molina Navarrete

## Coronavirus y tiempos (¿modernos?) de la justicia. Tribunales virtuales y procedimiento *online*

Javier Ercilla García

## Discapacidad sobrevenida y exclusión sociolaboral

Manuel García Jiménez

## La pretendida prohibición del despido por absentismo

Miguel Ángel Gómez Salado

## Repartidores en plataformas digitales

Luis Pérez Capitán

## Las razones organizativas y económicas de la empresa como límite a la concreción horaria

Sarai Rodríguez González

## El aval judicial a la regulación de la «prescripción» por el personal de enfermería

Juan José Fernández Domínguez y  
Guillermo Domínguez Fernández



**CEF.-**

**Formación  
bonificable**

**CURSOS EN DIRECTO**

**INICIO MAYO 2020**

## **ÁREAS DE LABORAL Y RECURSOS HUMANOS**

Derecho Laboral | Excel para Recursos Humanos | Gestión de Nóminas y Seguros Sociales | Gestión de Nóminas y Seguros Sociales (Avanzado) | Negociación Colectiva | Planes de Igualdad y Brecha Salarial | Políticas Retributivas | Práctica en Despidos | Recursos Humanos para Pymes | Tiempo de Trabajo, Conciliación y Gestión del Absentismo

Consulta nuestra oferta formativa completa en [www.cef.es](http://www.cef.es)

# Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Núm. 446 | Mayo 2020

## Directora editorial

M.<sup>a</sup> Aránzazu de las Heras García. Doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

## Consejo de redacción

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

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

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

## Consejo asesor

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

**Gabriel Álvarez del Egido**. Inspector de Trabajo y Seguridad Social

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**Gloria Iglesias Jiménez**. Gerente de Diversidad y Conciliación de Repsol

**Alfonso Jiménez**. Socio director de PeopleMatters

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

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

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

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

**Diego Megino Fernández**. Profesor de la Universidad de Burgos

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

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

**Roberto Pereira Costa**. Presidente de Economistas Asesores Laborales

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

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

**Ignacio Sampere**. Legal counsel de BDO Abogados

## Evaluadores externos

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

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

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

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

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

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

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

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

## Coordinación y edición

Teresa Díez Meriel y Domingo J. Panea Hernando

Centro de Estudios Financieros

P.<sup>o</sup> 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 **20 €**

No suscriptores **25 €**

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

## Edita

Centro de Estudios Financieros, SL  
Correo electrónico: [revistacef@cef.es](mailto:revistacef@cef.es)  
Edición digital: [www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm](http://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](http://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

- La COVID-19 y el arte de lo (jurídicamente) posible: del estrés legislativo al colapso interpretativo 5-30  
Cristóbal Molina Navarrete

### Estudios

- Discapacidad sobrevenida y exclusión sociolaboral: una correlación precisada de urgentes vías de corrección 31-55  
*Supervening disability and socio-labor exclusion: a correlation way unspecified urgent correction*  
Manuel García Jiménez
- La jubilación activa del trabajador autónomo. Una compatibilización llena de interrogantes 57-78  
*Active retirement of self-employed worker. A compatibility full of questions*  
Isabel María Pérez Gázquez
- El Real Decreto-Ley 4/2020, de 18 de febrero: una medida laboral urgente para garantizar el cumplimiento de los compromisos europeos, la seguridad jurídica y la protección de los colectivos vulnerables 79-108  
*Royal Decree-Law 4/2020 of February 18: an urgent labor measure to ensure compliance with european commitments, legal security and the protection of vulnerable groups*  
Miguel Ángel Gómez Salado

### Análisis de actualidad

- Tribunales virtuales y procedimiento *online*: solución de contingencia ante pandemias o evolución necesaria 109-141  
*Virtual courts and online procedure: contingency solution to pandemics or necessary evolution*  
Javier Ercilla García

## Diálogos con la jurisprudencia

- El empate técnico se deshace en Madrid a favor de la laboralidad de la relación de los repartidores de las plataformas digitales de reparto. Comentario a las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 1155/2019, de 27 de noviembre, 40/2020, de 17 de enero, y 68/2020, de 3 de febrero  
Luis Pérez Capitán 143-152
- Las razones organizativas y económicas de la empresa como límite a la concreción horaria: la reducción de jornada por necesidades de conciliación. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas 243/2020, de 14 de febrero  
Sarai Rodríguez González 153-159
- La modificación sustancial de las condiciones de trabajo que afecta al ejercicio de los derechos de conciliación requiere una justificación especial de su razonabilidad y proporcionalidad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Granada 2933/2019, de 12 de diciembre  
Santiago García Campá 160-166
- La protección del derecho al honor en el ámbito de relación laboral: al orden social lo que es del orden social. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos 327/2019, de 30 de septiembre  
José María Moreno Pérez 167-175
- El aval judicial a la regulación de la «prescripción» por enfermeros de medicamentos y productos sanitarios. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 230/2020, de 19 de febrero  
Juan José Fernández Domínguez y Guillermo Domínguez Fernández 176-182

## Caso práctico

- Subinspectores de Empleo y Seguridad Social 183-214  
*Subinspectors of Employment and Social Security*  
Laura Miguel del Corral Comerón

- Normas de publicación 215-216

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

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

## La COVID-19 y el arte de lo (jurídicamente) posible: del estrés legislativo al colapso interpretativo

**Cristóbal Molina Navarrete**

*Director*

–En mi país –jadeó Alicia–, cuando se corre tan rápido como lo hemos estado haciendo y durante algún tiempo, se suele llegar a alguna otra parte...

–¡Un país bastante lento! –replicó la Reina Roja–. Aquí hace falta correr todo cuanto una pueda para permanecer en el mismo sitio. Si se quiere llegar a otra parte, hay que correr por lo menos dos veces más rápido.

*Lewis Carroll (Alicia en el país de las maravillas)*

1. Hasta el momento, el principal afán de los juristas del trabajo –y de los juristas en general–, en el intento de comprensión del tsunami de legislación de autoridad gubernativa derivado de la pandemia de COVID-19, se ha centrado en exponer ordenadamente, al menos en lo –muy poco– posible, el inmenso arsenal de medidas laborales y sociales que aquella va, atropelladamente, incorporando, para afrontar la tragedia económica y sociolaboral generada por la crisis sanitaria del nuevo coronavirus. En coherencia con ello, el [editorial](#) y el [análisis de actualidad](#) del número pasado lo dedicamos a esa necesaria misión expositivo-crítica inicial del nuevo entramado normativo (a la proliferación de reales decretos-leyes se sumaría la multiplicación de disposiciones de regulación ministerial –«derecho subterráneo»–). Esta fase del proceso jurídico-social está lejos de agotarse. El Real Decreto-Ley ([RDL 15/2020, de 21 de abril](#), de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, no solo busca complementar las varias lagunas de protección sociolaboral de los siete anteriores, también nova algunas –muchas– de las zonas más oscuras e inciertas de los precedentes, aunque con ello genere nueva inseguridad jurídica. Es un patrón común de esta sufrida técnica legislativa.

Piénsese en el –escasamente eficaz en la práctica, a juzgar por el grito desesperado de

---

El RDL 15/2020, de 21 de abril, también nova algunas de las zonas más oscuras e inciertas de los precedentes, aunque con ello genere nueva inseguridad jurídica

---

los empleadores que no pueden recolectar sus frutos— [RDL 13/2020, de 7 de abril](#), de medidas urgentes en materia de empleo agrario. A pesar de su denominación, que parece acotarlo al objetivo de movilizar la oferta de mano de obra del sector agrario a la vista de la es-

casez generada por las restricciones de movilidad, incluso asumiendo el extraordinario beneficio de compatibilizar ciertas prestaciones (desempleo) con un contrato a término (hasta el 30 de junio de 2020), introduce novedades relevantes en materias ya reguladas en otras «leyes» de su saga. Sería el caso del régimen jurídico de la incapacidad temporal (IT) en situación de confinamiento absoluto, o de la prestación extraordinaria por cese de los autónomos, así como de las varias novaciones del [RDL 11/2020, de 31 de marzo](#), de medidas urgentes complementarias para hacer frente al COVID-19 (el mismo día se publicaba el [RDL 12/2020, de 31 de marzo](#), de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género, que no solo incide en la fijación de los servicios esenciales a los efectos del [RD 463/2020](#), del estado de alarma y del permiso retribuido recuperable ex [RDL 10/2020](#), sino que su [art. 5](#) contiene una norma de prevención de riesgos laborales de las personas que tengan contacto directo con las víctimas de violencia de género). El carácter no solo aluvional (como se denominó con acierto en el [editorial](#) del –robado– mes de abril) sino atropellado de esta legislación de urgencia para la emergencia de la COVID-19 es un rasgo característico de la misma.

---

El carácter atropellado de esta legislación de emergencia es un rasgo de la misma

---

Así lo acredita el referido [RDL 11/2020](#). Este no solo prevé medidas de carácter prestacional (seguridad social), también incluye medidas laborales. Medidas que van más allá de complementar normas de emergencia precedentes, para reconfigurarlas por completo en ciertos casos. Al respecto, merece la pena traer a colación su extravagante –en lo técnico, aunque acertada en el fondo– [disposición adicional decimocuarta](#). Esta, intentando arrojar algo de luz en la penumbrosa [disposición adicional sexta del RDL 8/2020](#), relativa al polémico compromiso de mantenimiento del empleo 6 meses después de finado el estado de alarma, ofrece a los operadores jurídicos una regla interpretativa «auténtica», que termina, como así ha sucedido incluso en el seno de los órganos gubernativos consultivo-informativos, como es la Dirección General de Trabajo (DGT), confundiendo aún más. Una regla adaptativa sectorial derivaría en una mutación legal, pues parece resultar de aplicación generalizada, no sectorial, como de inicio parecía, pero sin que la autoridad gubernativa con potestad de legislar cambie ni una de las letras, ni una sola coma, del redactado precedente, que se mantiene formalmente intacto. No son las leyes, aun de urgencia, «lugar para reglas interpretativas». Volveremos sobre ello para ejemplificar algunas de las consideraciones de mayor alcance objeto de este análisis.

2. No, pese a lo que pudiera haber parecido por el arranque del editorial, no pretendo, al menos no como objetivo principal, dar cuenta de las novedades legales (y de su necesario, si bien anómalo jurídicamente, rosario de notas, resoluciones, instrucciones o criterios

de índole interpretativa dictados para dar cierto sentido práctico a las leyes y una mínima comprensión). En esta tribuna no busco, pues, continuar el loable afán del sugerente [editorial del número de abril](#), partiendo del punto legislativo en el que se quedó y penetrando

---

Aunque el tiempo de estrés legislativo no ha acabado, el momento actual es de «colapso interpretativo»

---

en los entresijos de todo el inmenso arsenal de nuevas medidas y decisiones en el ámbito sociolaboral para rearmar el escudo sociolaboral frente a la COVID-19, utilizando las metáforas tan del gusto de este tiempo, pese a que se sabe bien que no hay ninguna guerra, sí una trágica pandemia. Aunque algunas de ellas desfilarán (perdón por la nueva concepción militarista) en mis análisis, yo pretendo otra cosa. Aunque no ha acabado, insisto, y está lejos de hacerlo, el tiempo de estrés legislativo, del caos regulador que las gestorías de empresas han sufrido en términos nada metafóricos, sino en su piel (también las personas trabajadoras), el momento actual, una vez ha despertado de su hibernación (paralela a la económica) el servicio de la Administración de Justicia, es otro. Un tiempo que he dado en llamar, sé que provocativamente, de «colapso interpretativo».

¿Voy, pues, a tratar de la más que presumible congestión del servicio público de justicia? No, tampoco querría centrarme en él (por su extensión y profundidad emplazamos a la serie de actualidades que [se inicia con este número, a cargo del juez Javier Ercilla](#), sobre la urgente modernización tecnológica de una justicia social orientada a un horizonte virtual, a partir del [RDL 16/2020, de 28 de abril](#)). Condenada a un más que probable fracaso, no solo por la discordia con que nace este paquete procesal anti-COVID-19, sino por su insuficiencia, esta nueva ley de urgencia dice «procurar una salida ágil a la acumulación de los procedimientos suspendidos por la declaración del estado de alarma cuando se produzca el levantamiento de la suspensión». Junto a medidas procesales (generales [habilitación de días a efectos procesales, [art. 1](#), y cómputo de plazos procesales y ampliación del plazo para recurrir, [art. 2](#)] y específicas en lo laboral [tramitación de la impugnación de expedientes de regulación temporal de empleo –ERTE– por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción –ETOP–, no por fuerza mayor, [art. 6](#); asignación de preferencia a los procedimientos relativos a materias de la legislación laboral excepcional [ex art. 7](#), también los incidentes concursales laborales, [art. 14](#)]), suma las organizativas (trabajo a turnos –mañana y tarde–, asignación de jueces de adscripción territorial, incorporación de letrados en prácticas, etc.) y tecnológicas (juicios telemáticos).

Por cierto, tampoco esta ley de excepción pandémica ha querido desaprovechar la oportunidad para modificar, otra vez, varias leyes de la larga saga, incluso en aspectos sin la dimensión procesal anunciada. Es lo que sucede, en el ámbito de la Seguridad Social, con las disposiciones finales [cuarta](#) y [quinta](#).

Estas modifican el [apartado 1 c\) de la disposición adicional vigésima del RDL 11/2020](#) y la [letra c\) del artículo 23.3.1.º del RDL 15/2020](#). Con ello se quiere actualizar la tutela día a día, conforme a la evolución de la pandemia, por lo que incorpora nuevos colectivos de personas

trabajadoras autónomas a la protección extraordinaria por cese de actividad (recuérdese que la [disp. final segunda RDL 13/2020](#) ya dio nueva redacción al art. 17 RDL 8/2020, modificado antes por la [disp. final primera RDL 11/2020](#)), al tiempo que especifica el modo de prueba de la reducción de actividad de al menos un 75 %. También de gran interés, aunque no podamos analizarlo aquí, resultan las enésimas reformas del RDL 8/2020, a fin de hacer efectivo el principio de socialización de los daños que irradia (este valor positivo no se le puede regatear) toda la legislación de excepción para otras materias y grupos vulnerables (por ejemplo, arrendatarios: amplía plazos de la moratoria del pago de la renta, limitando las facultades del acreedor, etc.).

Al margen de estos recurrentes vicios de técnica legislativa –la interpretación del [art. 7](#) dará muchos quebraderos de cabeza, la del [art. 2](#) también–, ahora destaca la clara convicción del legislador de la necesidad –una vez superado, con suma dificultad y mucho dolor, el peligro de un colapso del sistema sanitario por la crisis de la COVID-19– de prevenir, o reducir, el riesgo de colapso institucional del servicio público de la Administración de Justicia. Suma, de este modo, tales medidas a las de notable ampliación del plazo para recurrir y agilización procesal en el RDL 11/2020 ([disp. adic. decimonovena](#)). No obstante, conviene también desvelar que el Gobierno no siempre persigue esta misma estrategia de evitación del colapso judicial con la agilización procesal, sino que también ha deslizado, de forma sutil, otras técnicas para prevenir o frenar un ámbito donde es más que probable un aluvión de demandas (potencialmente más de 40.000 profesionales en España, la mayoría sanitarios, pero no solo), en reclamación de las responsabilidades por contingencias profesionales (sistema de responsabilidad objetivada) y, en su caso, daños profesionales (culposos, por insuficiente protección).

---

El Gobierno no siempre persigue la evitación del colapso judicial con la agilización procesal, también ha deslizado técnicas para frenar demandas

---

Me refiero a la matización introducida finalmente en la regulación excepcional de la IT para situaciones asociadas al contagio por COVID-19 ([art. 5 RDL 6/2020](#): deriva de la [disp. final primera RDL 13/2020](#), que le dio nueva redacción, una vez su [disp. derog. única](#) derogó la [disp. adic. vigesimoprimer RDL 11/2020](#)). A su tenor, si excepcionalmente los contagios

---

La calificación de los contagios como accidentes laborales exigirá que deriven «exclusivamente» de la prestación de servicios, pero el Gobierno ha creado una prueba para dificultar su acreditación a sanitarios/as

---

–también los periodos de aislamiento– por COVID-19 merecen la valoración de «situación asimilada a accidente de trabajo», pero únicamente a los efectos de recibir la prestación económica por IT (¿también la eventual mejora voluntaria?), la calificación de los contagios como accidentes laborales exigirá que tal infección derive «exclusivamente» de la prestación de servicios, de conformidad con el [artículo 156 de la Ley general de la](#)

**Seguridad Social.** ¿Qué sentido tiene hacer esa precisión de la ley de excepción si se limita a remitir a la ley común?

¿Si técnicamente no aporta nada, qué sentido de política jurídica tiene esta insistencia en la matización? El aviso a navegantes –ni loable ni generoso ni heroico (evocando el simbolismo tan empleado últimamente)– podría resumirse como sigue:

Por la presente hago saber que todo aquel profesional que, insatisfecho con la, ya excepcionalmente generosa, calificación de su contagio como accidente asimilado, decida reclamar contra su empleador (Administración) exigiendo su valoración como accidente de trabajo a todos los efectos, estará obligado a asumir la rigurosa prueba de que tal contagio lo ha contraído única y exclusivamente por su trabajo, pues el contagio podría venir dado a través de las diversas vías comunitarias posibles, a las que también quedan expuestos, en términos no disímiles sus familiares y convecinos.

Prueba documental auténtica de esta severa afirmación es el «[Documento relativo a la información científico-técnica sobre la COVID-19](#)», de 17 de abril de 2020, del Ministerio de Sanidad. En él, tras reconocer la incidencia de la falta de medios de protección en el elevado contagio español de profesionales sanitarios, justificado por la escasez del mercado internacional, sobre un estudio estadístico parcial concluye que: «[...] aún con medios suficientes para protegerse en el entorno laboral, los sanitarios también podrían haber contraído la infección en la comunidad o en el centro sanitario en zonas donde no utilizaban equipos de protección».

Parece clara la resistencia, el intento de blindaje, gubernamental frente a la petición de su carácter profesional. Una reclamación más que plausible en nuestro sistema jurídico, apenas se recuerde la codificación del [anexo 1 del Real Decreto 1299/2006](#) (Cuadro de enfermedades profesionales). Dentro del grupo 3, agente A, subagente 01, se tienen por enfermedades profesionales: «Enfermedades infecciosas causadas por el trabajo de las personas que se ocupan de la prevención, asistencia médica y actividades en las que se ha probado un riesgo de infección (excluidos aquellos microorganismos incluidos en el grupo 1 del RD 664/1997 [...])».

La doctrina judicial ha hecho aplicación de esa codificación, precisamente respecto del contagio de una enfermera por gripe aviar, una vez constatado que atendió a pacientes que la padecían (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –[STSJ- de Galicia de 13 de mayo de 2019, rec. 481/2019](#)). También los [sindicatos](#) apelan a él en su reivindicación del reconocimiento y [diversas asociaciones plantean demandas en tal sentido](#).

En suma, por lo general, la inquietud se cifra en un enfoque cuantitativo, derivado de la evidente necesidad de dar una respuesta procesalmente ágil a la ingente cantidad de demandas que, en todos los órdenes judiciales (salvo quizás en el militar), y respecto de variados

asuntos, se presentarán ante las consecuencias laborales, sociales, civiles, políticas, etc., de esta tragedia. Muchas ya han sido anunciadas (unas con cierta espectacularidad en los medios de comunicación, augurando condenas millonarias contra el Estado, que terminaría pagando la ciudadanía; otras buscan la contestación radical de toda la legislación de alarma, como el anunciado recurso de inconstitucionalidad contra ellas) y otras muchísimas más se producirán (en el ámbito penal). Pero, decía, con ser muy relevante, tampoco este enfoque será el priorizado aquí y hoy.

**3.** El riesgo de colapso interpretativo al que me refiero no está en la saturación cuantitativa de los juzgados y tribunales, sino en la fuente que deberá servir para dar solución a esos conflictos, esto es, en el derecho mismo (en nuestro caso, el derecho del trabajo, para otros, el derecho constitucional, el civil, el penal o el administrativo –por ejemplo, aluvión de sanciones impuestas por no respetar el confinamiento, amenazadas con alto riesgo de nulidad–). Esto es, el problema que querría fundamentar e ilustrar de forma sucinta y práctica, en lo posible (aun sabiendo de su complejidad teórica e institucional), es más bien la saturación cualitativa del orden jurídico-laboral por la legislación de excepción contra las consecuencias laborales nocivas de la pandemia de COVID-19. Una saturación que tendría, a su vez, dos vertientes.

---

El riesgo de colapso interpretativo está en la presión extrema a la fuente que deberá servir para dar solución a los conflictos, el derecho mismo

---

La primera, más conocida: el cúmulo de vicios jurídicos de esta legislación de excepción (lagunas, contradicciones, deslegalizaciones, extralimitaciones, etc.) que complica de forma extrema su comprensión práctica, como prueba no solo que requiera continuamente del complemento de un inmenso arsenal de criterios interpretativos, notas, instrucciones, resoluciones, etc., de los órganos administrativos, sino también que ni tan siquiera lo más granado de la doctrina laboralista se atreva a ofrecer solución alguna cierta. No casualmente, y adoptando una perspectiva general, el propio Consejo General del Poder Judicial reclamaba, en la antesala de la aprobación del referido [RDL 16/2020](#), reglas precisas con las que «unificar criterios y evitar dispersiones interpretativas», que están a la orden del día. Una vez más, los ejemplos en la práctica abundarían, en todos los ámbitos afectados por esta ingente y aceleradísima legislación de urgencia, tan improvisada como deficiente. Aunque la premura del problema pueda explicar en parte esta deficiencia, no creo, sin embargo, que se justifique en más de una ocasión.

De esta vertiente, la disparidad de criterios por parte de los tribunales ante una legislación lagunosa y confusa que ya se evidenció antes de estar en plena crisis de la COVID-19 y que se sigue constatando pese a la «suspensión» (o hibernación) de la actividad judicial, daremos cuenta por lo que se refiere a experiencias típicamente laborales (por ejemplo, contradicción entre órdenes jurisdiccionales y niveles judiciales en torno al derecho a la tutela

cautelarísima de la seguridad y salud en el trabajo de los profesionales en el «campo de batalla» contra el coronavirus). Pero no parece ocioso recordar las disparidades de criterio en otros órdenes jurisdiccionales y asuntos que les son propios (en el civil, para el desarrollo del régimen de visitas parentales, suspendidas por unas juntas de jueces, en la convicción de que durante el confinamiento –antes de que se levantase la prohibición– la prohibición de movilidad, también para los niños, lo impedía, y mantenidas por otras; en el penal, donde se manifiesta la profunda divergencia entre unos juzgados penales y otros a la hora de aplicar el delito de resistencia a la autoridad y las medidas cautelares en tal caso, cuando no se respeta la prohibición de desplazamientos; etc.).

---

La disparidad de criterios ante una legislación lagunosa y confusa y los incesantes cambios legislativos abren profundas y sucesivas «grietas jurídicas»

---

4. La inseguridad jurídica campa por sus fueros ante los sucesivos e incesantes cambios legislativos. Estos no dejan de abrir profundas «grietas jurídicas», fuente de equívocos y, por lo tanto, de conflictos. Pongamos algunos ejemplos. Piénsese, en el ámbito de los procedimientos administrativos de carácter social y laboral, en las dudas creadas en la gestión del aplazamiento del pago de cotizaciones sociales, una medida de amortiguación financiera de las consecuencias económicas nocivas de la crisis sanitaria mejor valorada por las empresas, en especial por las pequeñas y medianas. Se regula en el [artículo 35 del RDL 11/2020](#). Apenas se aprobó, se dispararon los procedimientos de solicitud generándose cierto caos y dudas.

Consciente de ello, el Gobierno-legislador ha intentado resolverlo con su modificación a través de la [disposición final décima.Cuatro](#) del RDL 15/2020 (se simplifica el procedimiento de resolución, al margen del número de las mensualidades que comprenda, se fija un criterio homogéneo en la determinación del plazo de amortización mediante el pago escalonado de la deuda y se establece el efecto jurídico de la solicitud hasta la resolución del procedimiento). No deja de tener «letra pequeña», más bien un cierto contrarresto de equilibrio económico-financiero del sistema de Seguridad Social (auténtico pagador, junto con la fiscalidad, de toda esta tragedia, en parte natural, en parte creada): esta ventaja económica del aplazamiento resulta incompatible con el beneficio de moratoria del pago de cuotas sociales establecida en su [artículo 34](#). Sin embargo, esta moratoria, dependiente de la decisión de la Tesorería General de la Seguridad Social, se supeditaba a que una orden ministerial fijara quiénes se podrían aprovechar, aprobándose casi 1 mes después ([Orden ISM/371/2020, de 24 de abril](#)).

Mucho más conflictivo será el desplazamiento gubernativo-legislativo de la verificación del uso social del ERTE por fuerza mayor, desde el procedimiento –normal– de

---

Conflictivo será el desplazamiento gubernativo-legislativo de la verificación del uso social del ERTE por fuerza mayor, desde el procedimiento de gestión al sancionador

---

gestión de aquel –por la autoridad laboral– al procedimiento sancionador (por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social). Con ello se propicia una «segunda oportunidad» de control administrativo que la premura generada por la necesidad de seguridad económica sacrificó, pasando de un control de corrección del ERTE por la empresa *a priori* a otro *a posteriori* (disp. adic. segunda RDL 9/2020 y renovados arts. 23 y 43 Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, donde se establece que la empresa será responsable directa de la devolución de las prestaciones indebidamente percibidas). Pero la prohibición de ir contra los actos propios («Santa Rita, Rita, lo que se da» por silencio positivo «no se quita» por resolución expresa) y los límites típicos –interpretación estricta– del procedimiento sancionador generan dudas.

5. El cuadro de sombras interpretativas no se agota en lo puramente procedimental. En el corazón mismo de esta legislación aparece el compromiso de empleo 6 meses después de finado el ERTE por fuerza mayor (disp. adic. sexta RDL 8/2020), cuya aplicación, e incluso suerte, está en el ojo del huracán. Hoy, ni el propio legislador confía ya en su vigor, en un momento en el que se hace cada vez más evidente que, para muchas empresas, el final del ERTE por fuerza mayor se verá sucedido no solo por un ERTE por causas ETOP, sino incluso por un expediente de regulación de empleo (ERE), cuando no de procedimientos de concurso de acreedores –de ahí la reforma legislativa–. La misma suavización legislativa (disp. adic. decimocuarta RDL 11/2020) de esa cláusula de seguridad del empleo, razonable socialmente pero dudosamente factible («límite de lo posible») en tiempos inciertos económicamente, da idea de las dificultades para fijar su alcance, hasta amenazar, se insiste, su vigencia real.

La práctica suele ser más tozuda que la norma. El 55 % de las empresas (conforme a una reciente encuesta de CEPYME) considera que no podrá mantener el empleo durante el referido periodo, mientras que el 60 % prevé reducir plantilla durante los próximos 12 meses para afrontar la previsible caída de actividad. Por eso reclaman también su desescalada sociolaboral gradual e individualizada (atendiendo a cada empresa y para parte del personal), no solo sectorial, reduciendo y socializando el coste de la transición hacia la nueva normalidad. Las primeras respuestas aplicativas no son unívocas. Así, la DGT –en sus criterios informativos, no vinculantes, de 7 y 11 de abril– parece generalizar la cláusula de flexibilidad sectorial (con razón de fondo, pero con extralimitación competencial). «A río revuelto...», cada autoridad autonómica hace su lectura de favor, excluyendo situaciones de incumplimiento que benefician a sus sectores productivos más estacionales (por ejemplo, turismo).

Así, la Circular informativa de la Consejería de Modelo Económico, Turismo y Trabajo de las Islas Baleares. En ella se excluye expresamente el incumplimiento para la interrupción de las personas trabajadoras fijas discontinuas. La solución nos parece razonable. Pero ¿tiene el autogobierno competencia para esta interpretación flexible de una norma estatal?

Sea como fuere, ¿qué consecuencias deben arrostrar las empresas que incumplan, tenga el alcance que tenga este incumplimiento? Para la DGT, la devolución de las cuotas (no deja claro si también una cantidad equivalente a las prestaciones por desempleo percibidas, ya que estas no descuentan —«contador a 0»— respecto de derechos futuros). Pero ¿qué tipo de garantía de seguridad en el empleo es la que no tiene efecto en la relación de trabajo, sino tan solo en la relación de cotización?

---

¿Qué consecuencias deben arrostrar las empresas que incumplan? Para la DGT, la devolución de cuotas

---

Lo que hasta ahora sabíamos es que si el empleador se compromete a no despedir —también reflejo de la libertad de empresa— a cambio de un beneficio, el incumplimiento conllevaba la improcedencia (por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo —[STS- 925/2018, de 23 de octubre](#)). Sin embargo, esto es para las garantías de empleo colectivas. ¿Sirve este planteamiento para obligaciones legalmente impuestas en escenarios de gran incertidumbre o imprevisibilidad? El legislador de excepción, oficialmente, en su discurso, lo daba por hecho (como si fuese una prohibición de despido o, al menos, de causa no justificada). La realidad es bien diferente y, atendiendo al propio [plan de desescalada](#) —mucho más dilatado del que se nos dice—, deja bien a las claras que esta cláusula es «carne de cañón» de una nueva ley de excepción, generalizándose la flexibilización que ya apunta en la referida [disposición adicional decimocuarta del RDL 11/2020](#) y ha interiorizado también la DGT. Lo factible se impondrá a la norma, hasta hacerla cambiar. El propio legislador así lo va reconociendo, si bien por caminos técnicamente inadecuados y confusos, como sería una exposición de motivos que reduce el compromiso a «voluntad» y crea una norma interpretativa ([disp. adic. decimocuarta](#)) para explicar otra precedente, que no modifica formalmente, para darle un sentido aún más incierto. En última instancia, como evidencia el nuevo [criterio de la DGT sobre la aplicación dinámica de los ERTE por fuerza mayor en la desescalada](#), las cosas son lo que en cada momento diga la autoridad.

**6.** La corrección técnica de la extensísima, atropellada, confusa y extremadamente defectuosa legislación de urgencia también se ve cuestionada, entre otros, en el jeroglífico del nuevo tenor del [artículo 25.6 del RDL 8/2020](#) (tras la modificación por la [disp. final. octava.Tres RDL 15/2020](#)). No se le puede regatear al precepto —como a gran parte de los restantes— el buen fin de intentar mejorar la protección por desempleo de las personas fijas discontinuas (muchas mujeres), atendiendo a las más diversas circunstancias, de derecho y *de facto*, a fin de proporcionarles alguna red de seguridad de renta. Pero tan abigarrada técnica pone en jaque su eficacia. En tanto, cada autogobierno formula sus interpretaciones (Valencia: [Instrucción de 21 de abril de 2020](#), del *conseller* de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo, sobre la inclusión de las personas trabajadoras fijas discontinuas en los ERTE asociados al nuevo coronavirus), incluyéndolas en los ERTE (si la empresa se acogió a un ERTE y la persona fija discontinua estaba en situación de alta en la misma, accederá

al desempleo desde el inicio, y si la empresa lo realizó, pero estaba en periodo de inactividad, será incorporada a partir del llamamiento).

¿Lo razonable de la solución autonómica a tan farragoso precepto justifica diferencias autonómicas? ¿Es asumible que el sentido práctico de un precepto legal dependa del diverso modo en que lo entiende el Servicio Público de Empleo (por ejemplo, [Instrucciones provisionales para la aplicación, en materia de protección por desempleo, de los RRDDL 8 y 9/2020](#), que pareciera excluir tal integración en el ERTE) y ciertas comunidades autónomas (unas sí, otras no)? Hasta donde sabíamos, no parece, para la que se denomina ya «nueva normalidad» (que esperemos no sea tal durante mucho tiempo), se verá.

7. Sin embargo, aun reconociendo su notable interés, tampoco querría centrarme en esta primera vertiente de la saturación cualitativa del sistema jurídico-laboral en particular, a causa de la intensa presión a que está siendo sometido por una incesante e invasiva «legislación de excepción» –pero con más visos de perseverar de lo debido–. La segunda vertiente de lo que denomino «situación de peligro concreto de colapso interpretativo» se identifica con las contradicciones, sino aporías, creadas por esta situación de emergencia sanitaria y su legislación excepcional de afrontamiento, hasta empujar al sistema jurídico «común», vigente por no ser «suspendido», al menos formalmente, a los límites de un doble abismo: la incoherencia sistémica del orden jurídico, por el desbordamiento de sus principios axiales (de procedimiento y sustantivos), y la pérdida, igualmente difusa, de su practicidad (aplicabilidad efectiva), por la falta de factibilidad de parte significativa de sus mandatos, que devienen difícilmente realizables (posibles) en la realidad.

En el primero, las «grietas jurídicas» referidas devienen «simas». La legislación de excepción y su sinfín de aplicaciones de autoridad sacralizan la protección eficaz de la salud pública como interés superior y absoluto frente a cualquier otro (como el principio de la soberanía parlamentaria, el valor de la seguridad jurídica o la efectividad de las libertades individuales). En el segundo, la difícil situación creada por la emergencia sanitaria, así como por la crisis socioeconómica, lleva a la inutilidad práctica de las normas, aun judicialmente activadas, reavivadas. Por lo tanto, en el primer ámbito de esta presión de la legislación de excepción al sistema jurídico, el reto interroga sobre los límites del derecho al poder de autoridad gubernativo-legislativo (excepcional). En el otro, lo que está en cuestión son los propios límites del derecho frente a la realidad.

---

El sentido práctico de un precepto legal depende del diverso modo en que lo entiende el Servicio Público de Empleo y ciertas comunidades autónomas

---



---

De un lado, esta presión de la legislación de excepción al sistema jurídico interroga sobre los límites del derecho al poder de autoridad gubernativo-legislativo. De otro, lo que está en cuestión son los límites del derecho frente a la realidad

---

En otros términos, la primera fuente de interrogantes llama a un juicio de efectividad del derecho frente a una intensísima, prolongada e incesante legislación de excepción, construida no solo a base de oleadas de leyes de urgencia, sino de infinitud de «normas inferiores» (legislación de sótanos ministeriales). El segundo plano reclama un juicio de eficacia de las normas jurídicas. El primero desvela la gran «falacia politicista» en que nos sume la legislación de excepción: el derecho se subordina a la decisión política, que es la única que puede-sabe cómo cuidar nuestra salud. El segundo, desnuda lo opuesto, la «falacia juridicista»: creer que basta un mandato –aun judicial– para que la realidad cambie (por ejemplo, la escasez de equipos de protección individual –EPI–).

Ni que decir tiene que ni el problema es puramente especulativo ni se agota respecto del orden jurídico-laboral, sino que alcanza todo el orden jurídico constitucional, y tiene innumerables proyecciones prácticas. Y ello más allá de las anunciadas impugnaciones del entero sustrato de la legislación excepcional anti-COVID-19 o de parte de sus proyecciones ante el Tribunal Constitucional (TC) (que tendrá que conocer de este asunto –a través del recurso de inconstitucionalidad anunciado por algún grupo parlamentario; bien de decidirlo así el Defensor del Pueblo, que estudia tal posibilidad [instado por un grupo de juristas](#)–; el ATC de 30 de abril de 2020 no entra en ese juicio mayor, aunque deja entrever su incomodidad con el estado de alarma) y ante el TS (cuya Sala 3.<sup>a</sup> ya está conociendo de diferentes recursos –más o menos fundados–). El debate ha sido afrontado por magníficos constitucionalistas (algunos de ellos exmagistrados del TC) en un interesantísimo «duelo jurídico al sol», enzarzados en delimitar –seguramente la gran aporía jurídica de este tiempo– si se están limitando derechos fundamentales o si, en realidad, se han suspendido.

Como se sabe, lo primero es posible en un estado de alarma, que admite limitaciones a las libertades circulatorias y a los derechos derivados de ellas. En cambio, lo segundo, el efecto suspensivo, no, porque requeriría de un estado de excepción declarado formalmente como tal, según el [artículo 116 de la Constitución española](#) (CE), quedando, en todos los casos, el poder gubernamental extraordinario sometido al principio general de la responsabilidad y, en consecuencia, al de prohibición de arbitrariedad en el ejercicio de aquel. Cosa distinta es que la realidad evidencie, de nuevo, una fuerte distorsión de esa distinción formal, hasta propiciar, si la situación se prolonga en exceso y se vuelve invasiva, una «mutación constitucional *de facto*».

Para un sector jurídico muy autorizado, ya estamos en un estado de excepción *de facto*, materialmente, pues las restricciones son de tal intensidad y prolongación que el estado de alarma formal ya habría sido superado. Así lo cree el magistrado constitucional emérito don [Manuel Aragón](#), que habla de «arresto domiciliario suspensivo de la libertad de circulación y de derechos asociados a ella» (también incluye, a mi juicio ya más discutiblemente, la libertad de empresa, así como la propiedad privada). En cambio, para otro, no menos

---

*Para un sector jurídico autorizado,  
estamos en un estado de excepción  
de facto*

---

autorizado, encabezado por el profesor [Pedro Cruz Villalón](#) (catedrático de Derecho Constitucional y expresidente del TC), el régimen constitucional del estado de alarma se habría respetado. Sin embargo, el grado de interferencia en derechos y libertades está siendo de tal magnitud que la misma distinción entre una situación excepcional (alarma) y otra (excepción) habría quedado desbordada. De ahí que, si, con carácter general, asume que esta legislación de excepción sigue dentro de los cauces constitucionales, más de una de las medidas establecidas y, sobre todo, algunas de las anunciadas llevarían el orden constitucional al abismo referido, pues supondrían una «degradación alarmante de su calidad». A partir de aquí, decenas de juristas se han ido decantando por una vertiente u otra, lo que da idea de la entidad del problema.

¿Y los juristas del trabajo, en primera línea concernidos por el colosal embate, no tienen nada que decir sobre el mismo? ¿Qué están diciendo? ¿Cómo se pronuncian?... Silencio.

---

¿Y los juristas del trabajo cómo se pronuncian?... Silencio

---

**8.** Sorprendentemente, este debate está ausente, al menos hasta donde mi conocimiento alcanza, en el discurso jurídico-laboral. En estos momentos no parece merecer la más mínima relevancia entre nosotros. El intenso y largo estrés legislativo estaría exigiendo una inmensa labor de exégesis, a fin de intentar ofrecer pautas razonables de comprensión para su aplicabilidad a los operadores jurídicos, saturados en su gestión diaria con el aluvión de problemas aplicativos en su quehacer. No sería tiempo de afrontar tales cuestiones teóricas, ya habrá otro propicio cuando salgamos de la emergencia para afrontar tan espinosos, aun especulativos, dilemas; pero pueden esperar, se dirá (*primum vivere, deinde filosofari*).

Sin embargo, hay, a mi juicio, una razón más, y más importante, que puede explicar, pero en mi opinión nunca justificar, la indiferencia de la mayor parte de la comunidad científica jurídico-laboral hacia este debate y que contrasta de forma radical con lo que sucediera en la legislación excepcional de la crisis de 2008, el primer gran crac de este siglo. Este parece se quedará en «dinero de bolsillo» respecto del segundo, apenas un poco más de una década después (en el siglo XX, el gran crac del 29 conoció solo 11 años después otro seísmo, la Segunda Guerra Mundial, cuya salida se realizó primando el principio social). En efecto, aquella legislación de excepción antepuso las soluciones de austeridad, favoreciendo, frente al principio social [ex artículo 1 de la CE](#), el principio liberal (por ejemplo, máxima flexibilización de la gestión de empresas), a fin de recuperar la senda del crecimiento y el beneficio, así como el principio de protección del acreedor ([art. 135 CE](#)), reduciendo el gasto público, con suspensión de derechos sociales, y retornando a la senda de la estabilidad presupuestaria (a costa de la seguridad económica y ocupacional). Esta sacudida para el orden jurídico constitucional (e internacional) no tuvo contestación en el TC español, que la avaló (Sentencia del TC [–STC– 8/2015](#)). Reproches de índole jurídico –además de social– que sí recibió –justamente– en sede científica.

La legislación de excepción contra la emergencia de la COVID-19 está optando por una solución opuesta, la revigorización de lo público y, por lo tanto, del principio social del Estado constitucional de derecho. En su nombre, lo que ahora parecería restringirse (para algunos se trataría de una auténtica suspensión, radical crítica que no comparto en su absolutez) serían los principios liberales (libertad de empresa, facultad resolutoria de contratos, también fuera de lo laboral –arrendamientos–, declaraciones concursales, etc.), e incluso propietarios, sin que la estabilidad presupuestaria o el (gran) déficit público actúen como horizonte limitativo –político, o jurídico, otra cosa será la realidad– alguno. Dejando de lado que el contexto de la gobernanza económica comunitaria difiere (pese a las persistentes resistencias europeas a seguir tal senda de solidaridad financiera, mecanismos como el «SURE» evidencian el cambio), lo cierto es que la seguridad en el empleo (primado de la flexibilidad interna frente a la externa) y la seguridad económica (garantía de rentas para que nadie se quede atrás) serían el fin prevalente.

Se repite como un mantra, y así es, en general, que, a diferencia de la anterior, esta legislación de excepción ha adoptado un enfoque de gestión de derechos humanos sociales. Diversos órganos internacionales así lo han evidenciado y lo demandan con intensidad, de modo que se ha creado un contexto supralegal que favorece, además de exigir, una solución de este tipo. Y no son solo los organismos internacionales de la gobernanza social, también los de la gobernanza económica, aunque no siempre tengan la debida coherencia.

---

A diferencia de la legislación de la crisis de 2008, esta legislación de excepción ha adoptado un enfoque de gestión de derechos humanos sociales

---

En el ámbito de la gobernanza social internacional destaca, en el ámbito europeo, el Consejo de Europa y Consejo Europeo de Derechos Sociales, «[Building resistance: a rights-based, holistic approach against COVID-19](#)» («Construyendo resistencia: un enfoque holístico basado en los derechos contra el COVID-19»). En el ámbito americano, la Organización de los Estados Americanos dictó la «[Resolución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1/2020, de 10 de abril, relativa a la pandemia y derechos humanos en las Américas](#)». En el escenario de la gobernanza económica mundial, el Fondo Monetario Internacional (FMI), la gran «bestia negra» en la crisis anterior, para cuya salida exigió austeridad en el gasto público y máxima flexibilidad en el mercado de empleo, parece haber mutado su piel en «gran benefactor». Frente al extremo dolor humano y el extraordinario coste económico derivado, a raíz de los confinamientos y de los cierres generalizados, propone políticas de expansión a fin de evitar ese «doble *shock*», sanitario y –derivado– económico-laboral. El FMI, pues, se convierte en un adalid del principio de solidaridad internacional, incluso de acicate sindical («[Perspectivas de la economía mundial, 14 de abril de 2020](#)»), porque el interés empresarial por la paz social también en época de crisis solo puede asegurarse con el acuerdo sindical: «Los sindicatos tienen un inmenso potencial de movilización para presionar a fin de lograr cambios legislativos que favorezcan a la fuerza de trabajo o para actuar de manera rápida y eficaz cuando es necesaria la asistencia humanitaria».

Pero ¿el fin social –loable, debido, necesario– justificaría cualquier medio políticamente decidido y formalizado mediante el poder de autoridad legislativa excepcional y en la medida establecida por tal saber (de expertos/as)-poder (público), por servir al bien común, fijado únicamente por aquel? No voy a responderla directamente, queda claro que es retórica. Me interesa más argumentar, sobre casos, la urgente e importante necesidad de abrir este debate de forma seria también en sede jurídico-laboral. Por supuesto, no comparto la convicción de que no es tiempo para ello, que hay que esperar. Como tampoco creo que esta legislación de excepción socialmente orientada sea inocua para un buen número de derechos laborales (dejo de lado, en este momento, todo lo que tiene que ver con las medidas de Seguridad Social, la gran «paganini» de la crisis, conforme a su clásico papel de instrumento fundamental de amortiguador social e inversión productiva; no tengo ningún reproche al respecto desde este punto de vista). De ahí el enfoque central de este editorial, aunque no sea tampoco el espacio adecuado para afrontarlo con la profundidad que merece, de lo que habrá tiempo, en efecto, y en las páginas de próximos números iremos abordándolo, simultáneamente a los enfoques de «pura» actualidad sociolaboral (nuevas leyes de urgencia).

---

¿El fin social justificaría cualquier medio decidido y formalizado mediante el poder de autoridad excepcional?

---

Sin embargo, tampoco se puede dejar pasar, no solo por su trascendencia teórica, sino por su extrema relevancia práctica. Justamente por esta significación práctica querría rebajar la temida enjundia de estas cuestiones y ahuyentar el riesgo de deriva especulativa, acogiendo el método de la ilustración con casos concretos, pero de valor sistémico, como gusto hacer en esta sede (y, en general, en mis reflexiones jurídicas, las estrictamente ideológico-políticas son para otras tribunas, incluidas las redes sociales, en las que igualmente me muevo). Voy a elegir tres, de eminente significado jurídico-laboral, aunque desborde ese ámbito, y sin perjuicio de que haya otros –muy difundidos en la dramática actualidad de nuestro país– de índole público (penal, contencioso-administrativo) y privado (civil), que permitirían un análisis muy similar, en los que quizás reparemos con más detalle en próximos números, por tanto, en otro momento.

Pese a ello ofreceré, más sucintamente, algunas experiencias civiles, pero de índole social, que también ilustran que este cacareado y exhibido «enfoque de gestión de derechos humanos» frente a la tragedia pandémica tiene más de una falla. De ahí el reclamo a ese riesgo de doble abismo de colapso jurídico-institucional al que antes apelaba: de un lado, creer-justificar que la autoridad gubernativo-legislativa de excepción lo puede todo (prohibir, suspender, restringir) si está bien intencionada, en aras de bienes de interés común **ex artículo 128 de la CE** (sacrificio de ciertos derechos de libertad y dignidad individual); de otro, creer que toda política en este contexto socialmente deseable es económicamente posible (principio de universalización de la protección suficiente, al margen de su sostenibilidad económico-financiera). Aunque, en este punto, no comparto buena parte de sus reflexiones, de mucho interés doctrinal resulta la opinión vertida al respecto en el artículo periodístico

de referencia de don [Manuel Aragón](#), crítico con la deriva cesarista del poder ejecutivo en el estado de alarma (no estará de más recordar que fue propuesto por el PSOE, en su día, e incluido en el «bando progresista» del TC).

9. La habilitación para la prórroga decretal, por un número de veces indefinido en la ley, más allá de 3 meses después de levantada la alarma, de la preferencia por el teletrabajo es el primer ejemplo elegido. Esta regulación acumula numerosos vicios de técnica jurídica. El [artículo 15 del RDL 15/2020](#) ilustra bien este vicio sistémico relativo a la saturación cualitativa del orden jurídico laboral común, con deriva hacia lo que denomino «situación de peligro de colapso interpretativo del sistema en sí», a raíz de la extensa e intensa presión sobre él por la incesante e invasiva legislación de excepción anti-COVID-19.

---

*La prórroga decretal, por un número de veces indefinido en la ley, de la preferencia por el teletrabajo, el primer ejemplo de antinomia*

---

Como voy a intentar acreditar, la solución no solo tensa el orden jurídico ordinario, incluso comunitario, en el estado de alarma. Más allá, con una inquietante vocación de continuidad, sobreviviría a su causa excepcional. De ahí que devenga desproporcionada, salvo que se quiera –otra cosa es que se pueda– cambiar la naturaleza de esta alternativa forma de empleo y de organización del trabajo basada en la tecnología digital, aún inserta en el viejo trabajo a domicilio, convirtiéndola en un auténtico mito.

No volveré aquí sobre los aspectos críticos de la regulación del [artículo 5 del RDL 8/2020](#). Fueron subrayados en el [anterior editorial](#). Se destacó su configuración obligatoria, al menos en forma aparente, no solo para el empleador, sino para la persona trabajadora, salvo que choque con los referidos límites de factibilidad de un mandato legal (posibilidad técnica, razonabilidad organizativa). Sin embargo, el teletrabajo se ordena jurídicamente (en normalidad) bajo el principio de voluntariedad, de conformidad con la doctrina jurisprudencial ([STS de 11 de abril de 2005, rec. 143/2004](#)), fijada sobre la base del referido principio comunitario de voluntariedad en relación con la prohibición de novación de modalidades contractuales sin consentimiento ([art. 13 Estatuto de los Trabajadores –ET–](#), respecto del [Acuerdo Marco europeo de 16 de julio de 2002](#) –recibido en nuestro sistema convencional en 2004–). Por lo tanto, su prórroga, varios meses más allá del fin del estado de alarma, hace mucho más difícil justificar la fuerte presión que genera en el sistema jurídico-laboral. La razón de ser basada en su uso como medida preventiva de índole organizativa y alcance colectivo (preferente, [conforme al art. 15 Ley de prevención de riesgos laborales –LPRL–](#), a las individuales; también el permiso retribuido recuperable), si ya es de dudosa legitimidad –de obligada aceptación para el empleador, en virtud de la decisión de autoridad gubernativa– aun en estado de alarma, entiendo que perdería su justificación, o, en todo caso, devendría desproporcionada, si se mantiene no solo finalizada la emergencia sanitaria (estado de alarma), sino muchos meses después.

Este precepto legal es ilustrativo del cúmulo de vicios de técnica jurídica que alimenta esta deficiente legislación de excepción. A las lagunas (no regula un buen número de temas, de gran complejidad –por ejemplo, compensación de gastos de energía utilizada, horas extras, qué sucede con la obligación de registro horario ex [art. 34.9 ET](#), desconexión digital fuera de horas de trabajo, difuminándose la diferencia cuando se está en el domicilio, etc.–) y antinomias (no solo devalúa el principio de voluntariedad, también el de protección eficaz de la seguridad y la salud en el trabajo ex arts. 14 y 16 LPRL), suma otros. Alguno, como el de la total oscuridad en su redactado, quizás puede parecer banal en el contexto crítico que analizamos, pero teniendo en cuenta que la calidad de la norma ayuda a su eficacia, habría que exigir más cuidado.

La norma dice así:

De acuerdo con lo previsto en el segundo párrafo de la disposición final décima, del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, se proroga lo establecido en los artículos 5 y 6 de dicha norma. El contenido de estos artículos se mantendrá vigente durante los 2 meses posteriores al cumplimiento de la vigencia prevista en el párrafo primero de la disposición final décima del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, modificado por la disposición final 1.17 del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo. [...]

La pregunta que surge de inmediato, al estilo de un desafío casi matemático de los que tanto circulan estos días en las redes sociales, es: ¿cuánto tiempo de vigencia tiene, entonces, la regulación del teletrabajo decretado por crisis sanitaria? Habrá que hacer la suma, yendo a las diferentes normas remitidas formalmente, a modo de jeroglífico digno de la celeberrima película de los hermanos Marx. Así, resultaría:

$x$  (finalización del estado de alarma: incógnita que solo puede despejar el Gobierno) + 1 mes adicional (por precaución) + 2 meses adicionales (por decisión de autoridad) =  $x + 3$  meses

¿No había otro modo de formularlo ante tan atropellada e incesante legislación? Sí, claro. Al respecto, cómo no rememorar una de las más célebres lecciones de Juan de Mairena, en su clase de Retórica y Poética (Antonio Machado, *Sentencias y donaires*):

–Señor Pérez, salga usted a la pizarra y escriba: «Los eventos consuetudinarios que acontecen en la rúa».

El alumno escribe lo que se le dicta.

–Vaya usted poniendo eso en lenguaje poético.

El alumno, después de meditar, escribe: «Lo que pasa en la calle».

–No está mal.

A mi juicio, la versión lingüística inteligible de la norma para la ciudadanía podría ser: «De acuerdo con la disposición final décima del Real Decreto-Ley 8/2020 [...] se proroga lo establecido en sus artículos 5 y 6. Estos artículos se mantendrán vigentes durante los 3 meses siguientes al fin del estado de alarma».

Puro prurito lingüístico, se dirá; quizás. No obstante, vamos a su semántica: ¿la suma da 3 meses? No necesariamente. ¿Cuánto tiempo, entonces? Solo el Gobierno lo sabe, solo él lo decide: «En atención a las circunstancias, cabrán prórrogas adicionales por parte del Gobierno de lo establecido en el presente precepto». Aquí emerge otro vicio jurídico, típico del principio de autoridad frente al principio de legalidad (la soberanía reside en el Parlamento, clave del principio democrático): la deslegalización reguladora. Toda la legislación de excepción está plagada de remisiones a niveles de regulación inferior, invirtiendo la pirámide kelseniana de las fuentes (primero los «criterios de sótano ministerial», luego los reglamentos, después la ley, en su forma de decreto-ley y, solo en último lugar, la Constitución, que es la gran sufridora, si bien con la excusa de defender otros bienes constitucionales prevalentes, colectivos).

En suma, ¿cuánto durará la preferencia forzada del teletrabajo? Lo que estime mejor el Gobierno. ¿Mejor en función de qué? De las «circunstancias» que él decida. Como sentenciara el texto evangélico (Mateo 6: 25-34), «el día de mañana traerá su afán» («y basta a cada día su propio mal»), será el poder-saber gubernamental el único competente para desvelar en cada tiempo el –erráticamente redescubierto– afán de teletrabajo, devenido mítico. Todo hasta que esté el Gobierno en condiciones de establecer una nueva regulación legal (ya anunciada) más acorde con la «nueva normalidad» perseguida, esto es, con el «nuevo derecho» querido. En tanto, la regulación actual presiona hasta el límite, y desborda, los límites jurídicos, además de los de factibilidad, puesto que resulta absolutamente inconcebible que se puedan garantizar los derechos básicos de millones de personas trabajadoras «obligadas» a asumir esta forma de organización del trabajo, como el legalmente obligatorio registro horario ex [artículo 34.9 del ET](#) (¿qué convenios colectivos van a regular esta situación, como prevé el [art. 34.9?](#); ¿qué capacidad de control inspector hay, cuando se realiza en el domicilio y rige la inviolabilidad del [art. 18 CE?](#)).

---

¿Cuánto durará la preferencia forzada del teletrabajo? Lo que estime mejor el Gobierno. ¿Mejor en función de qué? De las «circunstancias» que él decida

---

**10.** El segundo ejemplo seleccionado de la experiencia forense más reciente nos va a permitir ilustrar la segunda dimensión de este riesgo de colapso interpretativo, los límites no del derecho al poder excepcional, sino los «límites del hecho al derecho» en excepción (aquí en emergencia sanitaria). Me refiero a la cuestión, hoy muy conflictiva, del alcance concreto de la obligación empleadora de protección eficaz de la seguridad y salud en el trabajo ex [artículo 14 de la LPRL](#), respecto al riesgo de contagio de COVID-19 en los centros de

trabajo. En el momento más álgido de la pandemia, la insuficiencia contrastada de EPI llevó a un aluvión de demandas en busca, como grito desesperado, de una orden judicial que convierta la escasez real (desabastecimiento de un mercado salvaje internacional) en EPI concretos, a disposición efectiva de las personas trabajadoras, haciendo realidad su derecho.

Pero el problema no es solo histórico. Aunque la situación ha ido mejorando, lenta y erráticamente (medios defectuosos), la protección preventiva eficaz sigue, en muchos casos, valorándose como otra «misión imposible». Así derivaría de la ausencia de esa disponibilidad de mercado, además de las crecientes exigencias, típicas del principio de precaución (control termográfico, mascarillas adecuadas, [test rápidos](#), aislamiento social, trazabilidad digital, etc.), para una enigmática «nueva normalidad» en la era pos-COVID-19. Pese a ello, el legislador de excepción pone énfasis en la obligación empresarial de asegurar la protección de la salud laboral (por ejemplo, el [RDL 13/2020](#), para el empleo agrario).

Que el derecho no es solo «el arte de lo bueno y lo justo» (Ulpiano), sino también «el arte de lo posible», incluso en una rama jurídica tan exigente como el derecho de la seguridad y salud en el trabajo, lo reconoce –además del referido [art. 5 RDL 8/2020](#)– el propio artículo 16.3 del [Convenio 155 de la OIT](#) (y el art. 5.4 [Directiva 89/391/CEE](#), directiva marco). Establecida la obligación de protección con todos los medios «necesarios y adecuados», se condiciona a «la medida en que sea razonable y factible» y el proceso «esté bajo su control». Este doble estándar de la prevención-protección razonablemente posible de los riesgos laborales ([STS 97/2019, de 7 de febrero](#)) ha inspirado la corriente judicial que deniega medidas cautelarísimas (inaudita parte) para proporcionar EPI a los profesionales, por ser notoria su escasez y no depender de las empresas su consecución. El [Auto de la Audiencia Nacional 18/2020, de 6 de abril](#) –entre otros–, sigue este enfoque posibilista de la Sala Contencioso-Administrativa del TS, luego parcialmente corregido (el [Auto del TS –ATS–, Sala 3.ª, de 20 de abril de 2020, rec. 91/2020](#), asume ahora que la Administración debe hacer más para proveer al personal de EPI, si bien le da un margen de tiempo amplio –15 días– para que le vaya informando de su grado de cumplimiento). A su entender, la decisión judicial de inmediatez carecería de «utilidad», pues no permite «ejecutividad al convertirse en una obligación de hacer imposible de cumplir en estos momentos» (FJ 5.º). Eso sí, sustituye la garantía de efectividad de la obligación jurídica de protección de la salud por una obligación moral de aplauso social e institucional.

---

El derecho no es solo «el arte de lo bueno y lo justo» (Ulpiano), sino también «el arte de lo posible», incluso en el derecho de la seguridad y salud en el trabajo

---

Este ajuste de las obligaciones preventivas a la «medida de lo posible» ([art. 2.2 directiva marco](#)) y la necesaria atención a la concurrencia de circunstancias excepcionales para fijar el alcance concreto de la obligación preventiva forman parte del acervo jurisprudencial europeo. Es doctrina consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que el derecho nacional puede contemplar situaciones de excepcionalidad y gravedad que restrinjan el

alcance de las obligaciones preventivas, en aras de bienes colectivos, como la seguridad y la vida. Así lo reafirma, con fuertes condicionantes, la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2020, asunto C-211/19](#).

Sin embargo, aun conociendo y citando esta doctrina, el mismo hecho notorio de la insuficiencia de medios de protección por la escasez actual en el mercado y la dificultad de la Administración, y de las empresas, de disponer de manera inmediata de EPI es valorado de forma opuesta por otra corriente judicial en el orden social, sin que la Sala Social del TS tenga competencia para fijar una posición común para las medidas cautelares (el [ATS de 6 de abril de 2020, rec. 2/2020](#), ha rechazado su competencia funcional en este asunto, sin entrar en la cuestión de la competencia material, que asume para el orden social, con lo que conocen dos órdenes de una misma materia –una profunda sima en el [art. 2 e\) Ley reguladora de la jurisdicción social](#)–). A su juicio, el derecho no sabe de posibilidad o imposibilidad de mercado, sino solo de reconocimiento de garantías y derechos (por ejemplo, Auto del TSJ –ATSJ– de Cataluña 15/2020, de 16 de abril), de modo que no sería competencia judicial:

[...] declarar la prioridad que las autoridades gubernativas han de establecer en orden a distribuir los equipos de protección de las personas trabajadoras, ni pronunciarnos sobre su eventual escasez, sino garantizar la seguridad y salubridad en el desarrollo de la actividad laboral, tanto en situación de normalidad, como en la excepcional que en la actualidad concurre.

En sentido análogo, los AATSJ de Cataluña de 2 de abril de 2020, demanda 8/2020, para la policía autonómica; Madrid de 1 de abril de 2020, rec. 318/2020; País Vasco de 15 de abril de 2020, demanda 4/2020, para el personal sanitario, si bien ha dictado análogos para la policía autonómica vasca; o Auto del Juzgado de lo Social núm. 1 de León de 6 de abril de 2020, rec. 239/2020, etc.).

No podemos profundizar aquí más en esta intensa polémica judicial, que tendrá más de un nuevo capítulo en la época pos-COVID-19. Pero sí merece la pena reseñar dos aspectos de esta corriente fuertemente convencida del poder del derecho –incluso de convertir la escasez en suficiencia–. De un lado, se considera que la única posibilidad de imponer un «deber de sacrificio» del derecho fundamental a la protección eficaz en materia de prevención de riesgos de las personas trabajadoras es que fuese «suspendido» o «limitado» por el estado de alarma, lo que podría haber sucedido conforme a la [Directiva 89/391/CEE](#) (incluso conforme a los arts. 2 y 5 [Convenio Europeo de Derechos Humanos –Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de julio de 2014, caso Brincat y otros c. Malta](#)–), y no habría sucedido así. De otro, hace la siguiente advertencia, respecto del [artículo 116.6 de la CE](#): «[...] la declaración de los estados de alarma [...] no modifican el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes».

Otro trascendental aviso a navegantes. Esta vez no del legislador a los destinatarios, sino del intérprete institucional a la autoridad gubernativo-legislativa, evidenciando que,

en la democracia constitucional, frente a la dictadura constitucional (Carl Schmitt), la autoridad está siempre sujeta a los principios constitucionales, en especial de seguridad jurídica –este brillará por su ausencia en la legislación de excepción anti-COVID-19– y de responsabilidad, prohibiendo la arbitrariedad. Pero, de este modo, el debate jurídico-

laboral entra de lleno en el debate más general de orden constitucional, incluso jurídico –lo que echo de menos por las razones que ya apunté–, relativo a si la legislación de excepción en la emergencia anti-COVID-19, así como en sus múltiples desarrollos y aplicaciones, puede o no introducir tales limitaciones en los derechos fundamentales (única facultad restrictiva reconocida constitucionalmente al poder en alarma) que, *de facto*, devenguen auténticas suspensiones (solo permitidas al poder extraordinario del Gobierno en estado de excepción).

**11.** Entramos, así, en el tercer ejemplo elegido, de máxima actualidad y pleno simbolismo en el mes de mayo, para acreditar mi inquietud sobre el riesgo de saturación o colapso sistémico del orden jurídico-laboral, como una expresión más de la propia mutación constitucional que, *de facto*, entraña una legislación de excepción tan abrumadora, incesante y contradictoria como la que prolifera para hacer frente al COVID-19. Se trata de la tensión que se ha producido entre el deber constitucional del poder gubernativo de proteger la salud pública (arts. 15, 40 y 43 CE) y el derecho fundamental de reunión y manifestación (art. 21 CE). Un conflicto añadido a la larga saga en esta emergencia y que suele resolverse con lógicas prohibicionistas y suspensivas de derechos fundamentales.

Me permitiré, antes de exponer el nudo judicial de este conflicto entre la legislación de excepción y el orden constitucional-laboral, hacer un breve recorrido por el contexto general, que ayuda a comprenderlo mejor. En España, al igual que en Italia, y a diferencia de otros países euro-

peos (Alemania), las prevalencias de los principios de interés colectivo sobre el liberal, y de autoridad sobre el democrático, en buena medida, han hecho derivar el estado de alarma en «estado de histeria prohibitiva», desbordando el artículo 116 de la CE. La salud pública, en un contexto de máximo temor gubernativo al contagio, una vez se pasó de una fase inicial de banalización a otra de confinamiento máximo (ley del péndulo tan característica), ha mutado en el valor absoluto, en cuyo altar el sacrificio de todo valor jurídico que lo pueda poner en riesgo se justificaría. La regla axial del distanciamiento social tiende a la identificación con lo colectivo, dejando en un segundo plano lo individual, salvo para realizar actividades económicas, esenciales en un primer momento, y ahora también no esenciales.

---

De este modo, el debate jurídico-laboral entra en el debate constitucional relativo a limitaciones en los derechos fundamentales que, *de facto*, devenguen suspensiones

---



---

España ha hecho derivar el estado de alarma en «estado de histeria prohibitiva», desbordando el artículo 116 de la CE

---

En ciertos casos, ese primado, en pandemia de COVID-19, de lo colectivo-prohibitivo sobre lo individual-liberal, y de lo gubernativo sobre lo democrático, puede tener justificación. Por supuesto en el ámbito económico y laboral, a favor del bien social empleo, o vivienda (por ejemplo, limitaciones para despedir, sin que haya una auténtica prohibición ni el límite a la libertad de empresa sea desproporcionado; límites al ejercicio de facultades del arrendador, sin que se desborden los canales constitucionales). También en lo civil-administrativo (limitaciones para la libertad circulatoria; órdenes de confinamiento o aislamiento de contagiados, e incluso de asintomáticos –como se propone para la desescalada–, con apercibimiento sancionador; incluso en el acceso a datos de tipo personal a través de controles tecnológicos, si se limitan al fin de la gestión del riesgo de contagio y respetando la normativa de protección de datos, etc.). Pero en otros casos, la protección de la salud pública no puede ser la patente de corso gubernativa, yendo más allá de lo estrictamente necesario y sacrificando por completo el valor y el derecho fundamental en juego que colisiona con el valor de la eficacia y el de la precaución sanitarias.

Hay casos con relevancia laboral, pero no solo, que ilustran ese excesivo celo prohibitivo (por ejemplo, prohibición del trabajo de entrenar, individualmente o en grupo, pero con distanciamiento social, a los [profesionales y clubes de fútbol](#) en lugares titularidad del club, no en espacios públicos). Pero los casos más conocidos, y sin duda límite, son de índole cívico-administrativo y cívico-social. Algunos ilustran muy bien esa tensión entre la legislación de excepción y, sobre todo, su aplicación y el orden constitucional, que se ve saturado, desbordado, evidenciando tal cúmulo de contradicciones que incluso unas autoridades entran en colisión con otras.

No tengo posibilidad aquí de dedicarle la mínima atención que merecen, evidenciando cómo se ha actualizado en más de una ocasión la deriva del estado constitucional de alarma en un estado policial, autoritario y paternalista al tiempo, desviado respecto del principio liberal y democrático que también alienta nuestro orden constitucional, clave en el desarraigo de viejos tics autoritarios del pasado (o eso creemos). Solo puedo dejar constancia de algunas muy señeras, unas manifestadas estrictamente durante la época más álgida de la pandemia, finalizando con el estado de alarma, y otras que tendrán un recorrido pos-COVID-19 mucho más profundo, también en sede judicial. Un claro ejemplo de que la prohibición se ha instalado en el orden (caótico) jurídico y social de alarma, amenazando con ser uno de los grandes fiascos, es la espada de Damocles que se cierne sobre las sanciones por inobservancia del deber de cooperación cívica con las órdenes de confinamiento.

De un lado, se han tramitado ya más de un millón de denuncias al respecto, sin que haya posibilidad real de tramitarlas, por la carencia de medios (límite de lo posible). De otro, el propio Ministerio de Justicia, a través de la Abogacía del Estado (en un informe muy

---

De un lado, se han tramitado ya más de un millón de denuncias sin que haya posibilidad real de tramitarlas. De otro, el propio Ministerio de Justicia ha dejado en evidencia jurídica al Ministerio de Interior

---

elaborado jurídicamente), ha dejado en evidencia al Ministerio de Interior, y de paso a las deficiencias de la regulación de alarma en este aspecto. El Ministerio de Interior se defiende con una Guía de sanciones, manteniéndose en sus trece («sostenella y no enmendalla»), de modo que el solo incumplimiento de la norma del estado de alarma debe considerarse, en sí, «desobediencia a las órdenes del Gobierno», por su notoriedad a la población, al difundirse en prensa. En tanto, la «verbena de criterios judiciales dispares» ya ha comenzado, en su vertiente penal, de modo que mientras en unos juzgados de instrucción se aplica el delito de resistencia, incluso traen a colación medidas cautelares que parecen más bien sacadas de la noche oscura medieval, como el «destierro», otros no (el juez del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Pontevedra, en el [Auto de 16 de abril de 2020, proc. 396/2020](#)).

Otra manifestación de este extremado celo prohibitivo, en aras del bien colectivo de la salud pública con sacrificio absoluto de derechos fundamentales individuales, es la decretada muerte en soledad. Esta no solo generó un doble dolor (sufrimiento), pues a toda agonia del tiempo postrero se suma la falta de proximidad de un ser querido, no porque no exista, sino porque se prohibió, sino el desconocimiento del derecho fundamental a la buena muerte, a la muerte digna ex [artículo 10 de la CE](#). Así lo evidenció el Comité de Bioética de España, órgano asesor del Gobierno ([Declaración sobre el derecho y el deber de facilitar el acompañamiento y la asistencia espiritual a los pacientes con COVID-19 al final de sus vidas y en situaciones de especial vulnerabilidad](#)), que pidió al Gobierno que cambiara esa decisión.

---

Otra manifestación de este extremado celo prohibitivo es la decretada muerte en soledad

---

No puedo adentrarme aquí más en este ámbito cívico-social, pero sí dejar constancia de que llovía sobre mojado, pues debe recordarse que el primado de lo gubernativo-colectivo determinó que algunos servicios sanitarios, ahogados por la presión asistencial con contagios graves en aumento, tuvieran que adoptar prioridades de atención, según la edad –resultando perjudicadas las personas de mayor edad–. Pese a que ha habido todo tipo de posiciones al respecto, alentando un cierto [movimiento cívico-cultural crítico](#), lo cierto es que el Ministerio de Sanidad se vio obligado a elaborar un criterio que dejara claro el derecho a la atención sanitaria al margen de la edad ([Informe de 2 de abril de 2020 sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia](#)). Con ello, se evidenciaba la necesidad de recordar lo obvio: lo jurídico (el límite insuperable de protección del estado de dignidad humana individual, al margen del cálculo –económico– colectivo) limita lo político (la decisión de distribución de bienes asistenciales escasos conforme al valor de la eficiencia).

Esta mezcla de histeria prohibitiva y de paternalismo también amenazaba –y amenaza– el futuro. Así, se proyectaría (dejo para otro momento la deriva hacia el estado policial digital) en el momento de la salida para las personas de más edad, dejándolas más tiempo confinadas. Esa primera intención gubernativa, ante la presión social, ha cedido, y también las personas ancianas pueden salir, aunque en horarios diferentes. No habría sido

«graciosamente concedido» por la magnánima autoridad al mando (esa célebre, tanto como inexistente, «guerra contra el coronavirus», errada metáfora de gran rédito político). Ha sido «conquistado», a través de la presión social, [más necesaria en unos países, menos en otros](#).

Llego así al final del contexto de mutación del oficial estado de alarma en otro fáctico de excepción. Los últimos ejemplos de deriva hacia el estado de celo prohibitivo-suspensivo me dan el pie perfecto para afrontar el citado conflicto constitucional-laboral que acreditaría mi crítica a esta visión tan restrictiva de derechos fundamentales en el momento aplicativo de la legislación excepcional anti-COVID-19. Conocíamos hace unos días que colectivos de *riders* (los repartidores a domicilio a través de plataformas digitales) habían visto rechazada, por la autoridad gubernativa, su solicitud de manifestación el 1 de mayo. Diversos sindicatos, con una misma o análoga pretensión, sufrieron el mismo rechazo, por la misma razón: primero la salud (como en el bolero). Pues bien, de nuevo, la diversidad interpretativa está servida.

Ante este conflicto, especialmente simbólico por la fecha tan conmemorativa en que se produce –antesala del 1 de mayo–, el ATC de 30 de abril de 2020 inadmitió –aunque hubo una fuerte discusión interna– el primer recurso de amparo planteado al respecto, confirmando la negativa del ejercicio del derecho de reunión y de manifestación

---

[El ATC de 30 de abril de 2020 confirma la negativa del ejercicio del derecho de reunión decretada por la autoridad gubernativa](#)

---

ex [artículo 21 de la CE](#) decretada por la autoridad gubernativa en Galicia y avalada por la STSJ de Galicia, Sala Contencioso-Administrativa, 136/2020, de 28 de abril. Para el TC español, una vez recordada su doctrina en materia de estado de alarma ([STC 83/2016](#)), e incluso citada la Sentencia del TC Federal alemán de 15 de abril de 2020, la prohibición del ejercicio del derecho de reunión y manifestación para conmemorar el 1 de mayo no resulta contraria al orden constitucional, porque debe primar el interés público a la prevención frente al riesgo de contagio (la salud y la integridad como valores preferentes) en un escenario de alta incidencia del mismo, como sería Vigo (argumento realista). Si bien el derecho se reconoce en el estado de alarma, se valora proporcionada la prohibición, al no quedar garantizado el valor de la prevención del riesgo de contagio con las medidas previstas. Sin perjuicio de un análisis de mayor calado en ocasiones futuras, esta doctrina constitucional deja en evidencia la aporía que esta distinción crea, de modo que un estado de alarma puede terminar provocando, en los hechos, las mismas consecuencias suspensivas en derechos fundamentales que en excepción.

Por fortuna, no todos los niveles judiciales tienen la misma comprensión del conflicto. La STSJ de Asturias, Sala Contencioso-Administrativa, 151/2020, de 30 de abril, sí ha reconocido el derecho de manifestación para la misma fecha –1 de mayo– y objeto que el

---

[La STSJ de Asturias, Sala Contencioso-Administrativa, 151/2020, de 30 de abril, sí ha reconocido el derecho de manifestación para el 1 de mayo](#)

---

asunto anterior, ponderando la existencia de suficientes garantías de prevención (distanciamiento social individual) del riesgo de contagio sin sacrificio total del derecho constitucional fundamental. Este –bien fundado– pronunciamiento, en línea más con la doctrina constitucional alemana que con la española, sobre el criterio de interpretación favorable al derecho fundamental, considera que no es legítima una prohibición absoluta del derecho, si la imposición de condiciones que permitan el ejercicio de aquel respetando los imperativos de prevención del contagio. Por eso concluye que:

Deberá estar limitada, conforme a lo comunicado por la entidad convocante, a la participación de sesenta ciudadanos, en vehículo particular, cubierto, turismo, con un único ocupante en cada uno, sin que sea admisible la participación en otro tipo de vehículo no cubierto, esto es, motocicleta o bicicleta, por la posibilidad de contagio al exterior [...].

Esta sentencia cuenta con un sugerente voto particular en el que se pedía a la sala que plantease cuestión de inconstitucionalidad contra el [artículo 7.1 del Real Decreto 463/2020](#) (declara el estado de alarma), pues, a su juicio, la prohibición gubernativa no obedece tanto a una interpretación rígida de la legislación de excepción, sino más bien a esta misma. Este razonado voto particular intenta abrir, pues, la caja de Pandora, aunque, de momento, fallidamente. No obstante, como se decía, [la posición del TC no es monolítica](#). Veremos.

**12.** Este último ejemplo (pero los demás aquí esbozados también) evidencia que vivimos una situación de perniciosa inversión de los términos constitucionales, pues el régimen jurídico de libertad con límites excepcionales (legales) se ha tornado en otro de [confinamiento dentro de los domicilios con algunas excepciones](#) (gubernativas). Por eso, son cada vez mayores las sombras jurídicas que se ciernen sobre la adecuación de un creciente número de aspectos de las leyes de excepción anti-COVID-19 a los límites jurídicos, así como, sobre todo, de un buen número de sus aplicaciones. Los ejemplos se multiplican a cada paso, también en la desescalada, sin que, a mi juicio, la loable finalidad social justifique la enorme presión contra el sistema, jurídico y no solo. Ejemplo postrero de esta devaluación del derecho a legalidad administrativa (la legislación de emergencia como pura legalidad de subsuelo gubernativo sin derecho), el anuncio, por nota informativa ministerial, de la compatibilidad de la prestación extraordinaria por cese de actividad de las personas trabajadoras autónomas con la actividad.

Ciertamente, aunque excepcional, no es extraño. El [RDL 13/2020](#) ya la establece para facilitar mano de obra en el campo –pese a todo, está resultando poco eficaz, configurándose como la única alternativa sólida regularizar a miles de inmigrantes en situación irregular–. No sorprende que, pues, para facilitar el reinicio de la actividad, en condiciones tan complejas, como las que fija la desescalada, se consienta que quien cobra una prestación por cese de actividad la mantenga pese a reanudarla. Mi crítica no es al fondo –aunque

tiene altos costes para la ciudadanía– sino a la forma, ¿sin reforma legislativa que fije la compatibilidad se puede llevar a cabo? Para el Gobierno, sí, todo es posible, si así lo decide en aras del bien común.

Pero no es este el peor vicio jurídico. Su prolongación, intensidad y gran cúmulo de vicios de técnica jurídica diluyen las fronteras entre la alarma y la excepción. Por supuesto, la Constitución no carece de varios caballos de Troya, que introducen y validan el principio de autoridad en el funcionamiento del Estado de derecho, limitando el principio democrático. Pero tampoco está ausente la idea del límite, si bien, cuando se ejercita con una fuerza tan invasiva, como hace la legislación anti-COVID-19, diferenciar entre restricción y suspensión se torna cada vez más difícil, hasta revelarse o imposible o irrelevante, porque es tal la restricción que resultan equivalentes en la pérdida de efectividad de derechos. Aquí se han expuesto algunos ejemplos, dentro y fuera del ámbito laboral. No es cuestión de insistir.

Para cerrar este análisis –primero, pero no de urgencia–, bien podría ilustrar un sugerente cuento este riesgo de caos interpretativo al que nos aboca la legislación de excepción. Está narrado por uno de los mayores filósofos legistas chinos (cómo no), muy conocido por sus ponderados ensayos sobre los gobiernos autocráticos y los gobiernos por la ley, Han Fei Tzu (o Han Feizi, versión romanizada del chino), en su *Tratado de filosofía* (difundido con su nombre romanizado) del siglo III antes de Cristo (leído en la novela de Juan Gómez-Jurado *Reina Roja*). Dice así:

Un hombre intentaba vender, en el mercado, una lanza y un escudo. Los potenciales compradores preguntaban, una y otra vez:

–¿Cómo de buena es tu lanza?

–Inmejorable, ¡podría perforar cualquier escudo que se le interpusiera!

–¿Y tu escudo, cómo es de bueno?

–No lo hay mejor, ¡impenetrable para cualquier lanza!

–Entonces ¿qué crees que ocurriría si tu impenetrable escudo fuese atacado por tu infalible lanza?

Compungido, entonces, el hombre calló, no supo qué contestar.

Las sombras crecen. Y el problema no es solo de presente, o de pasado epidémico, en la medida en que amenaza también el futuro. Más de un aspecto de esta legislación, que como excepcional no debería crear derecho con vocación de permanencia, sino tener fecha de caducidad (por ejemplo, el nuevo concepto artificial de fuerza mayor impropia parcial ex [art. 22 RDL 8/2020](#), tras la [reforma por RDL 15/2020](#), pretende [dar salida a necesidades de flexibilidad empresarial y de](#)

---

Las sombras jurídicas (y socioculturales) crecen y amenazan también el futuro

---

**seguridad del empleo**), evidencia su voluntad de perdurar. Técnica y socialmente, tal pretensión abre notables e inquietantes interrogantes.

El coronavirus está sometiendo a durísimas pruebas de resistencia y capacidad a todo nuestro sistema, desde luego jurídico, pero también cultural. El éxito de países asiáticos en su lucha contra la misma pandemia impulsa, sobre la primacía de lo colectivo sobre lo individual, una deriva hacia el estado policial, tanto a la vieja usanza (prohibiciones), cuanto a la moderna (control tecnológico mediante una creciente bio-psico-política digital). Si la digitalización nos embriaga por su promesa de más eficacia en la gestión, pese al favor europeo por la libertad y por el derecho de protección de datos, el principio de prevalencia de lo colectivo (socialización de los daños por no prevenir los riesgos) tendría como contrapartida la recuperación de una vieja idea: la autoridad te protege, tú, ciudadano, obedeces, por lealtad y patriotismo. La **conciencia crítica** se desvanece ante el miedo no solo a la libertad, sino ante la sola idea de riesgo.

Como enseña nuestra parábola de la lanza y el escudo: ¿puede la lanza de lo colectivo (salud) contra el coronavirus atravesar el escudo de los derechos y libertades individuales de las personas –trabajadoras, pero no solo–? ¿Puede el doble escudo sanitario-social resistir la lanza de las libertades individuales? A mi juicio, no podemos dejar el necesario cambio en manos del virus ni tampoco de la legislación excepcional.

Es hora de reclamar la restauración de nuestros derechos y libertades, también en el ámbito laboral, sin que quepa aceptar un bienestar sin derecho, una legalidad a golpe de decreto –sea ley o no–. En última instancia, lo que este inmenso drama, no solo nacional, sino mundial, en parte natural (virus), en parte fabricado (las deficiencias de gestión), nos revela es, como ya afirmara Naoni Klein, que: «En momentos de crisis, la población está dispuesta a entregar un poder inmenso a cualquiera que afirme disponer de la cura mágica».

El colmo de la tragedia es que esa cura mágica no existe y, de existir, es muy costosa, en términos económicos, sociales, morales y, como vemos, jurídicos.

---

¿Puede el doble escudo sanitario-social resistir la lanza de las libertades individuales? A mi juicio, no podemos dejar el necesario cambio de modernidad en manos del virus ni de la legislación excepcional

---

**Cómo citar:** Molina Navarrete, C. (2020). La COVID-19 y el arte de lo (jurídicamente) posible: del estrés legislativo al colapso interpretativo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 446, 5-30.



# Discapacidad sobrevenida y exclusión sociolaboral: una correlación precisada de urgentes vías de corrección

**Manuel García Jiménez**

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

## Extracto

La discapacidad sobrevenida en la actualidad, y a la vista de los datos y estadísticas oficiales referidos al mercado de trabajo, se convierte, sin lugar a dudas, en un factor de expulsión y/o exclusión de la persona trabajadora que se encuentra en tal situación. Y ello no solo se produce respecto de la previa relación de trabajo que mantenía, sino incluso del propio mercado de trabajo, deviniendo las personas con discapacidad sobrevenida en un nuevo colectivo con especial vulnerabilidad sociolaboral. A esta situación contribuye tanto la actual remercantilización de las condiciones de vida y de trabajo, primando la utilidad o la ganancia por encima de los derechos fundamentales de índole social, como también las carencias y contradicciones del sistema jurídico.

Frente a esta realidad, nos encontramos con el hecho de que ni la legislación ni las políticas públicas suelen atender de una forma específica a tal problemática, lo que contrasta con que exista una creciente concienciación sociosindical de la particularidad y la gravedad de tal situación de exclusión-vulnerabilidad sociolaboral.

Diversas deben ser las vías de corrección de esta grave anomalía de nuestro mercado de trabajo y del propio sistema jurídico laboral, destacándose, en este punto, la negociación colectiva como una herramienta clave para afrontar este reto en pos de la igualdad y no discriminación de las personas trabajadoras con discapacidad.

**Palabras clave:** discapacidad; exclusión; despido; negociación colectiva.

Fecha de entrada: 18-03-2020 / Fecha de revisión: 20-04-2020 / Fecha de aceptación: 20-04-2020

**Cómo citar:** García Jiménez, M. (2020). Discapacidad sobrevenida y exclusión sociolaboral: una correlación precisada de urgentes vías de corrección. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 446, 31-55.



# Supervening disability and socio-labor exclusion: a correlation way unspecified urgent correction

Manuel García Jiménez

## Abstract

Disability currently occurring, and in view of the official data and statistics referring to the labor market, becomes, without a doubt, a factor of expulsion and/or exclusion of the working person who is in such a situation. And this not only occurs with respect to the previous employment relationship that was maintained, but even the labor market itself, becoming persons with disabilities that have become a new group with special socio-occupational vulnerability. The current re-commodification of living and working conditions contributes to this situation, prioritizing profit or profit over fundamental rights of a social nature, as well as the shortcomings and contradictions of the legal system.

Faced with this reality, we find the fact that neither legislation nor public policies tend to deal specifically with such problems, which contrasts with the fact that there is a growing socio-union awareness of the particularity and seriousness of such socio-labor exclusion-vulnerability situation.

There must be various ways to correct this serious anomaly in our labor market and in the labor legal system itself, highlighting, at this point, collective bargaining as a key tool to face this challenge in pursuit of equality and non-discrimination of disabled workers.

**Keywords:** disability; exclusion; dismissal; collective bargaining.

**Citation:** García Jiménez, M. (2020). Supervening disability and socio-labor exclusion: a correlation way unspecified urgent correction. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 446, 31-55.





## Sumario

1. Introducción
2. Factores causantes de la exclusión sociolaboral: las «dobles fracturas» en el trato de las personas con discapacidad sobrevenida
3. Breve aproximación conceptual, normativa y jurisprudencial a la discapacidad sobrevenida
4. Empleo de las personas con discapacidad sobrevenida y el principio de igualdad efectiva: la negociación colectiva como clave para reducir las deficiencias en su efectiva consecución

Referencias bibliográficas

**Nota:** este estudio trae origen y constituye un desarrollo de parte de las conclusiones alcanzadas en el proyecto de investigación impulsado por UGT-Andalucía y suscrito con diferentes miembros del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Jaén titulado: «Tratamiento de la discapacidad sobrevenida en los convenios colectivos: recomendaciones a la negociación colectiva».

## 1. Introducción

Ni la legislación ni las políticas públicas suelen atender de una forma específica la problemática de las llamadas «personas con discapacidad sobrevenida», lo cual no obsta a que exista una creciente concienciación sociosindical de la particularidad y la gravedad de su situación de exclusión-vulnerabilidad sociolaboral en los mercados de trabajo.

Tanto las asociaciones más representativas de este colectivo (por ejemplo, Federación Empresarial Española de Asociaciones de Centros Especiales de Empleo –FEACEM–) como los sindicatos más representativos<sup>1</sup> vienen alertando en los últimos años de las especiales dificultades que tienen las personas con alguna discapacidad sobrevenida para conservar sus empleos, o incluso mantener otros, aun con condiciones inferiores, tras sobrevenirles esta condición limitativa de sus capacidades profesionales, pero no, en modo alguno, impeditiva.

Desde esta perspectiva, se pueden analizar las situaciones ligadas a la discapacidad sobrevenida de forma que las mismas se convierten en una creciente causa de expulsión-exclusión no solo de su previa relación de trabajo, sino incluso del propio mercado de trabajo, deviniendo las personas con discapacidad sobrevenida en un nuevo grupo de personas con especial vulnerabilidad sociolaboral. A lo cual contribuiría no solo la actual remercantilización de las condiciones de vida y de trabajo, que prima la utilidad o la ganancia por encima de los derechos fundamentales de índole social, sino también las carencias y contradicciones del sistema jurídico.

Por eso, no puede sorprender que crezca la solicitud de acciones específicas para garantizar un trato equitativo, esto es, de garantía del derecho a la igualdad de trato y no discriminación de las personas con discapacidad sobrevenida en los mercados de trabajo<sup>2</sup>. Este reclamo –correcto, coherente y justo– tiene como principal destinatario tanto al legislador, llamado a realizar los ajustes necesarios en un sistema muy complejo y descoordinado, cuanto las políticas públicas, activas y de protección social, a fin de facilitar

<sup>1</sup> De gran interés el estudio UGT (2018).

<sup>2</sup> <<https://www.elboletin.com/noticia/156260/nacional/quien-tiene-una-discapacidad-sobrevenida-es-expulsado-del-mercado-laboral-o-tiene-dificultad-para-mantener-su-empleo.html>>.

la seguridad laboral de estas personas. Pero también la sociedad civil debe implicarse, descollando en este sentido el especial relieve que deben tener en esta materia las empresas. Y, en este último ámbito, diferentes pueden ser los mecanismos más adecuados para acometer y afrontar esta labor, discurriendo desde las acciones y las técnicas propias de la responsabilidad social, hasta la que, a nuestro juicio, puede constituir la vía preferente de acción: la negociación colectiva.

Así, el análisis de las previsiones convencionales sobre esta cuestión, y con ello la identificación de aquellas buenas prácticas que puedan extenderse a los convenios colectivos, debe valorarse como un elemento crucial para identificar cuáles son los derroteros por los que discurren los procesos de negociación y así arbitrar medidas que superen la regulación legal de estas situaciones, en buena parte de los casos «traumáticas», en la vida profesional y personal de un trabajador.

Así, más allá de contar con las prestaciones de Seguridad Social ligadas a esta circunstancia, de modo que con las mismas se puede hablar de un efecto reparador –o al menos amortiguador– de la situación en la que pasa a encontrarse el trabajador afectado de la discapacidad, desde nuestro punto de vista, hay que trascender de esta dimensión de previsión social dirigida a subvertir la situación de pérdida de ingresos del trabajador derivada de la pérdida de capacidades psicofísicas y funcionales, pero que no supone, por sí misma, una pérdida de capacidades laborales. Y, en esta línea, habrá que identificar las medidas que puedan y deban ir dirigidas a garantizar el pleno desarrollo de toda una serie de derechos ligados al derecho a un trabajo digno (decente) de este colectivo de trabajadores, siendo la negociación colectiva, y los convenios, un magnífico canal para hacer efectivos tales derechos, amortiguando la tensión reseñada entre los principios de rendimiento y de protección que define la esencia del derecho del trabajo y que queda perfectamente plasmada en las previsiones legales aplicables a los supuestos de ineptitud del trabajador.

## **2. Factores causantes de la exclusión sociolaboral: las «dobles fracturas» en el trato de las personas con discapacidad sobrevenida**

Según datos del último Informe del mercado de trabajo de las personas con discapacidad (2019, con datos de 2018), elaborado por el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE, 2019), cabe constatar una relevante contradicción: mientras la población en edad laboral en España continúa con una tendencia bajista, el número de «personas con discapacidad» no deja de aumentar, alcanzando ya el 6,19 % de la población en edad laboral total, la cifra más elevada del periodo. En 2018 se registran 1.860.600, es decir, un 1,08 % más respecto de 2017, aumentando el número de personas activas (651.700 personas con discapacidad, frente a 647.200 a finales del año pasado).

Tabla 1. Panorama ocupacional de las personas con discapacidad

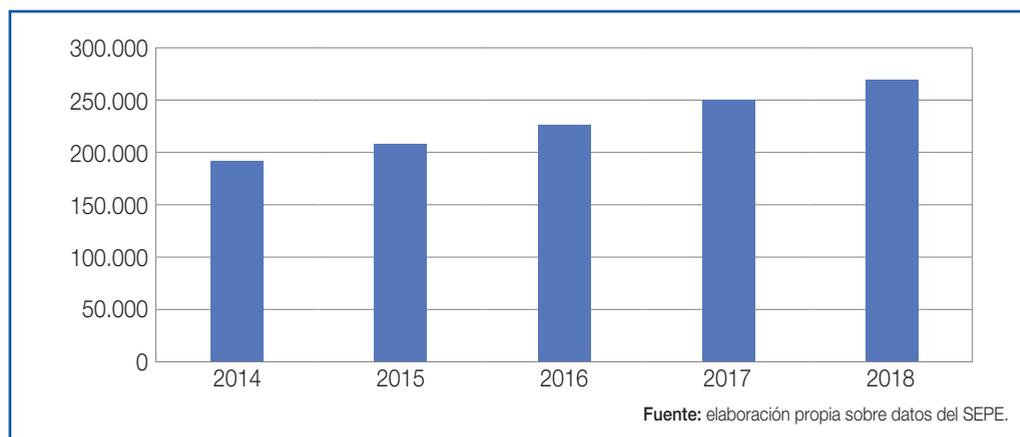
Indicadores básicos	Hombres	Mujeres	Total	% Variación 2018/2017
Personas en edad laboral*	1.069.100	791.400	1.860.600	1,08
Población activa*	375.100	276.700	651.700	0,7
Afiliación de ocupados a la Seguridad Social	162.561	107.175	269.736	7,73
Contratación	208.152	131.039	339.191	9,99
Demandantes de empleo parados	68.302	75.251	143.553	1,6

\* Para estos dos indicadores, los datos absolutos corresponden al año 2017 y las variaciones al periodo 2017/2016.

Fuente: SEPE (2019).

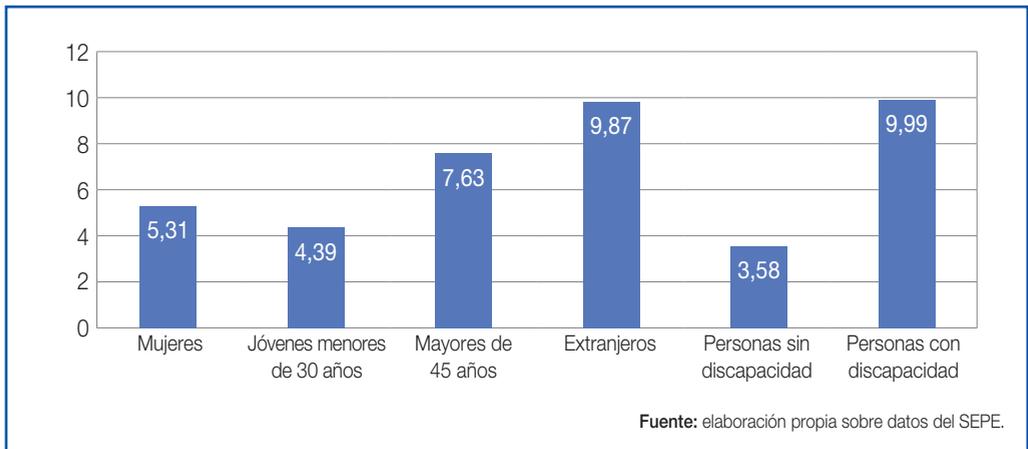
Este dato estadístico económico-laboral positivo vendría acompañado con otros dos datos ocupacionales favorables. Así, el crecimiento de la participación de las personas con discapacidad en el conjunto de la población activa española se complementa, en primer término, con el crecimiento también, por encima de la media, de la contratación de este colectivo (casi un 10% de incremento) y, en segundo lugar, ello ha conllevado, lógicamente, el incremento de su afiliación al sistema de Seguridad Social (casi un 8%).

Gráfico 1. Evolución anual de la afiliación de las personas con discapacidad



De este modo, aunque la inactividad (en torno al 65 %), por un lado, y el paro, propiamente (en torno al 24 %), por otro, siguen siendo dos situaciones (por tanto, estados de riesgo y necesidad) muy prevalentes en las personas con discapacidad respecto del conjunto de la población activa (en torno al 23 % inactiva) y ocupada (en torno al 14 % desempleada) en España, se evidencian significativas mejoras de su situación en el mercado de trabajo. La contratación de las personas con discapacidad ha registrado un incremento de más del 100 % en la última década, frente al algo menos del 20 % de las personas trabajadoras sin discapacidad.

Gráfico 2. Evolución de la contratación de diferentes grupos de interés (en porcentaje)



Por supuesto, no todos los datos son tan halagüeños y se evidencia que el margen de mejora es todavía muy amplio. De un lado, el porcentaje de inactividad sigue siendo todavía muy elevado (así, por comunidades autónomas las diferencias son aún mayores) (UGT, 2018). De otro, el análisis del comportamiento global en relación con el desempleo también sigue resultando mucho más desfavorable en las personas con discapacidad si lo comparamos con los demás «colectivos de interés prioritario» para el empleo. Así lo evidencia la siguiente tabla, siempre conforme a los datos oficiales del citado Informe SEPE (2019).

Tabla 2. Variación interanual (2017/2018) del desempleo en las personas con discapacidad y resto de colectivos de interés prioritario

Colectivos	% Variación 2018/2017
Mujeres	-4,51
Jóvenes menores de 30 años	-6,9



Colectivos	% Variación 2018/2017
▶	
Mayores de 45 años	-4,41
Extranjeros	-5,18
Personas sin discapacidad	-6,5
Personas con discapacidad	1,6

Fuente: Observatorio de las Ocupaciones del SEPE a partir de los datos del SISPE. Año 2018.

Finalmente, por no hacer muy larga esta aproximación a la realidad estadística, también es obligado poner de relieve que, como se desprende de estos datos de mercado de trabajo, el desempleo de las personas con discapacidad (originaria) también presenta un marcado sesgo de género, una importante «doble brecha de género y de edad en el desempleo de las personas con discapacidad», generando una notable preocupación, económica y social en general<sup>3</sup>: su desempleo «tiene rostro de mujer y mayor de 45 años». Con lo que asistimos a una clara «discriminación múltiple», no solo desigualdad de trato, de este colectivo de personas.

Ahora bien, estas estadísticas ocultan otra realidad igualmente preocupante, que parece quedar fuera de los estudios oficiales actuales: el «plus de riesgo (injustificado) de pérdida de empleo» de las personas con «discapacidad sobrevenida». Este problema presenta una dimensión creciente en nuestro desequilibrado mercado. Al respecto, se constata que, cuando la discapacidad (concepto que no se debería confundir con el de incapacidad para trabajar) sobreviene en edad laboral, la tasa o el porcentaje de personas que la padecen, cualquiera que sea la causa –laboral o no–, y que pueden mantener (o reincorporarse) a su trabajo es pírrica: inferior al 0,5 %.

Este especial riesgo de exclusión sociocupacional que padecen en el mercado de trabajo español las personas con discapacidad sobrevenida, integrando un nuevo «grupo de personas especialmente vulnerables sociolaboralmente» (Moreno y Fernández, 2017), trae causa, pues, de los desequilibrios y debilidades de nuestro mercado de trabajo (razones económicas), así como del predominio en el actual sistema económico de la maximización de la utilidad del trabajo y su rentabilidad empresarial (productivismo). Por ello es necesario dar un paso más y resaltar la necesidad de construir un concepto de grupo socialmente

<sup>3</sup> <<https://www.eleconomista.es/economia/noticias/10001214/07/19/El-desempleo-de-las-personas-con-discapacidad-tiene-rostro-de-mujer-mayor-de-45-anos-.html>>.

vulnerable en sentido jurídico, a fin de decantar un contenido normativo, y no meramente sociológico, en pos de una mejor y más efectiva garantía de los derechos que habría que reconocerles como tal colectivo con especial riesgo de exclusión y vulnerabilidad –en este sentido, aunque referido a los «refugiados», es muy interesante traer aquí el concepto de grupo vulnerable que define en su estudio Miñarro (2018)–.

Pero no solo las causas de tal riesgo de exclusión se han de ligar en exclusiva a razones de mercado y productivistas. Además, halla causas muy relevantes en las varias deficiencias (lagunas y contradicciones) que, al respecto, presenta nuestro sistema jurídico (razones normativas).

En efecto, de un lado, en los tres planos de la máxima representación normativa del derecho español –constitucional, internacional, comunitario–, se reconoce de forma clara el derecho de las personas con discapacidad, de todas, sin distinciones (por tanto, de las que se adquieren al inicio de la vida o de las que sobrevienen a partir de una edad relativamente temprana de la vida –6 años–), tanto a la no discriminación por motivo de tal condición personal (discapacidad), cuanto a la igualdad efectiva de trato. La Constitución española (CE), pues, no solo reconoce, sino que promueve, cargando sobre los poderes públicos y en el conjunto de la sociedad, el goce de las mismas oportunidades de desarrollo de la personalidad de todos. Así, se escribe con nitidez en el artículo 14 de la CE, en relación con sus artículos 9.2 (igualdad efectiva de todas las personas y grupos, atendiendo a sus diferencias en la práctica) y 10 (protección de la igual dignidad humana de todas las personas, según normas internacionales –aquí Convenio de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad–). Este enfoque de igual participación en todas las esferas de la vida de las personas con discapacidad, que es global, más allá de la protección social (rentas suficientes para la existencia digna), se especifica por el artículo 49 de la CE (aunque utilice un lenguaje inadecuado –«disminuidos»–, urgido de reforma).

El derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea refuerza notabilísimamente esta protección, a través tanto de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, cuanto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En esta se insiste en la necesidad de primar las obligaciones empresariales de adaptaciones razonables de los puestos de trabajo a la discapacidad sobre el despido (Sentencia del TJUE –STJUE– de 11 de abril de 2013, asunto HK Danmark).

Ahora bien, los desarrollos legislativos de estos valores, principios y derechos fundamentales de índole sociolaboral no solo presentan, como se anunciaba, notables carencias para garantizar la protección-integración de las personas con discapacidad en general, y con discapacidad sobrevenida en particular, sino que incluso incurren en varias y flagrantes contradicciones. En este sentido, de un lado, estaría el sector legislativo que recibe para nuestro derecho interno el Convenio de la ONU –ratificado por el conjunto de la Unión Europea–, conformado nuclearmente por el Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre,

por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (LGDPDIS). Incluye un capítulo VI en su título preliminar destinado a asegurar de forma eficaz, creíble, real, que todas las personas con discapacidad disfruten de su derecho al trabajo «en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación» (art. 35.1 LGDPDIS). Y, por su importancia, y sin perjuicio del análisis más concreto que se hará en el epígrafe cuarto, conviene recordar que el artículo 40 de la LGDPDIS expresamente reconoce y garantiza, por obligación establecida en el artículo 5 de la directiva comunitaria, la obligación empresarial de adoptar medidas para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad como garantía de la plena igualdad en el trabajo.

Ahora bien, al mismo tiempo, la legislación laboral común, cuyo núcleo esencial sigue siendo el Estatuto de los Trabajadores (ET) –sin duda urgido también por este motivo de una profunda reforma modernizadora y garantista–, estaría plagada de preceptos, acuñados años antes de la reforma de la legislación específica de personas con discapacidad, que autorizan lo contrario: la «expulsión» de la relación de trabajo, y con ello del mercado de trabajo, por las dificultades de reinserción, a través de variadas formas de cese. En la actualidad, dos son las vías que redundan en este sentido: de un lado, el artículo 49.1 e), que prevé el cese por «incapacidad permanente», previa declaración administrativa, y sin perjuicio de la garantía de reserva temporal de puesto por 2 años si es susceptible de revisión por mejoría; y, de otro, el artículo 49.1 l) en relación con el artículo 52 a) del ET, que recoge el supuesto de despido por «ineptitud del trabajador sobrevinida a su colocación efectiva en la empresa».

En esta misma línea se inscribía hasta hace relativamente pocas fechas una tercera vía causal extintiva: el tristemente célebre supuesto, y hoy, a nuestro juicio, acertadamente derogado por el Real Decreto-Ley 4/2020, de 18 de febrero, de despido objetivo por absentismo o falta de asistencia al trabajo regulado en el artículo 52 d) del ET. Y decimos que se ha de aplaudir su derogación en tanto que se abrió una evidente brecha garantista en el obligado –constitucionalmente– sistema de protección para con las personas trabajadoras enfermas o que sufran algún tipo de discapacidad, ya que a no otra conclusión podría llegarse con el aval constitucional que vino a otorgársele a tal supuesto extintivo a raíz de la también tristemente famosa Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 118/2019, de 16 de octubre, por la que se entendió que el mismo no era contrario a la CE al no vulnerar ni el derecho a la integridad física (art. 15 CE), ni el derecho al trabajo (art. 35.1 CE), ni el derecho a la protección de la salud (art. 43.1 CE). Ello contrastaba con el entronque que esta vía extintiva contractual tiene con el derecho a la no discriminación por razón de la discapacidad, reconocido por numerosas sentencias del TJUE (principalmente, entre otras, SSTJUE de 18 de enero de 2018 –asunto Ruiz Conejero– o de 11 de septiembre de 2019 –asunto Nobel Plastiques Ibérica–), así como la generación para este colectivo de personas trabajadoras de circunstancias adicionales que conllevan situaciones de vulnerabilidad extrema desde el punto de vista profesional, personal y social.

Son evidentes las profundas contradicciones entre ambos sectores de regulación, el específico (discapacidad) y el común (laboral). Pero el panorama normativo aún se complica más. Los desajustes y fallos de coordinación se multiplican. ¿Por qué?

Porque en el tratamiento de las «personas con discapacidad sobrevenida» tienen una especial incidencia otros dos cuerpos normativos, entre los que también existe más de un aspecto de descoordinación, entre ellos, y en relación con los dos anteriores. En este caso, de un lado, en primer término, nos referimos al ordenamiento jurídico de la Seguridad Social, que es el que delimita las situaciones de «incapacidad permanente» de la persona trabajadora (según el procedimiento del art. 194 Ley general de la Seguridad Social) para la realización de su trabajo (el habitual o cualquier otro) a fin de proporcionarle una protección social de equivalencia a la renta del trabajo perdida. Pero este sistema regulador pone el acento en la garantía de las rentas de sustitución, un enfoque de protección social «pasiva», pues. Pero ni existe una adecuada coordinación entre los conceptos de «incapacidad para trabajar» (esto es, para el ejercicio de la profesión) y el propio de «ineptitud sobrevenida (es decir, para ejercer un puesto de trabajo concreto), generando situaciones de desprotección social, ni cabe, de otro lado, mantener la imagen, muy difundida todavía, que identifica «discapacidad» psicofísica (para facetas de la vida funcional) con «incapacidad para trabajar» (aunque legalmente la incapacidad permanente se asimile a la discapacidad –art. 4.1 y 2 LGDPDIS–, sin que, en cambio, la discapacidad pueda asimilarse, sin más, a incapacidad laboral) (Monereo y López, 2017). En todo caso, también las personas que tienen reconocida incapacidad permanente –en cualquiera de sus grados– tienen derecho a desarrollar las capacidades laborales que, lógicamente más residuales, según los grados de incapacidad reconocidos, les queden.

De otro, en segundo lugar, debe tenerse en cuenta que también incide en este ámbito el sistema jurídico de prevención de riesgos laborales. En este sentido, debe tenerse en cuenta el juego eficaz tanto del principio general de acción preventiva consistente en el deber empresarial de una gestión ergonómica frente a los riesgos, a fin de adaptar el puesto de trabajo a las condiciones de la persona (también con discapacidad, sea esta adquirida originariamente o sobrevenida), formulado en el artículo 15 de la Ley de prevención de riesgos laborales (LPRL), cuanto del más concreto deber legal a cargo del empleador de adaptación del puesto de trabajo a personas vulnerables, como son las «personas especialmente sensibles», conforme al artículo 25 de la LPRL. Por lo tanto, en el caso de una discapacidad sobrevenida, la primera medida no debería ser el despido, por la pérdida de utilidad económica derivada de una eventual reducción de «capacidad de trabajo» (limitaciones o restricciones) a consecuencia de aquella «discapacidad», sino la adaptación en aras de conciliar trabajo y salud. En otro caso, el despido objetivo sería antijurídico (improcedente, o incluso nulo).

En definitiva, observamos cómo nuestra realidad económico-social y jurídica presentaría una suerte de infortunada «doble fractura» a la hora del tratamiento de las personas con discapacidad sobrevenida. Por un lado, mientras que el mercado de trabajo no para

de arrojar algunas luces positivas a la promoción de la actividad y la contratación de las personas con discapacidad en general (adquirida originariamente), respecto de las personas con discapacidad sobrevenida asistimos a una realidad opuesta, una constante pérdida de estabilidad o seguridad en el empleo, hasta el punto de que prácticamente la gran mayoría se verían abocadas a dejar su empleo. Por otro, el sistema jurídico, si bien está llamado a evitar esta desprotección y vulnerabilidad, conteniendo normas dirigidas a obstaculizar o neutralizar ese plus de riesgo de exclusión-vulnerabilidad sociolaboral, también contiene otras que permiten o autorizan que se consolide en la práctica gestora de las empresas esta profunda anomalía jurídico-social en el tratamiento de las personas con discapacidad sobrevenida.

### 3. Breve aproximación conceptual, normativa y jurisprudencial a la discapacidad sobrevenida

Conviene introducir algunas anotaciones, siquiera de forma breve, conceptuales y normativas, a fin de delimitar con claridad este estado (de persona con discapacidad sobrevenida), así como su –debido normativamente– trato jurídico.

La complejidad y heterogeneidad normativa en la materia, así como la variedad de situaciones, estados o condiciones próximas, pero distintas (discapacidad sobrevenida, incapacidad, ineptitud sobrevenida, especialmente sensible, enfermedad asimilada a la discapacidad), nos aconsejan una mínima precisión al respecto. Con ello se facilitará a todos los operadores jurídicos y sociales –especialmente, a quienes han de negociar los convenios colectivos– una mejor comprensión del problema, clave para poder perfilar adecuadamente las mejores soluciones desde su ámbito de intervención, que es el aquí analizado.

Al respecto, es importante advertir que, si el concepto de «discapacidad» sí está hoy bien acotado legalmente (art. 4 LGDPDIS), no sucede lo mismo con el de «discapacidad sobrevenida». No hay ninguna norma jurídica –ni nacional ni internacional– que defina esta situación. Evidentemente, el carácter sobrevenido no altera la condición de discapacidad, pero sí le añade singularidad o especificidad, una especial vulnerabilidad.

De manera genérica, suele entenderse por «discapacidad sobrevenida» (Observatorio Estatal de la Discapacidad, 2015) la que surge a partir de los 6 años, a causa de cualquier situación, externa o/e interna, no congénita. En España, se calcula que más de un millón y medio de personas tienen una discapacidad de ese tipo. Además, tiene tres claros sesgos sociodemográficos.

Primero, hay una desigual prevalencia por territorios, estando Murcia a la cabeza, seguida de Galicia, Extremadura, Comunidad Valenciana y Andalucía, por este orden, superando todas ellas el 4 % del total estatal.

Tabla 3. Territorialización de la discapacidad sobrevenida en España

Andalucía	4,1%
Aragón	3,4%
Principado de Asturias	3,5%
Islas Baleares	2,5%
Canarias	3,3%
Cantabria	2,8%
Castilla y León	3,7%
Castilla-La Mancha	3,5%
Cataluña	2,7%
Comunidad Valenciana	4,1%
Extremadura	4,2%
Galicia	4,4%
Comunidad de Madrid	2,6%
Región de Murcia	4,6%
Comunidad Foral de Navarra	2,3%
País Vasco	3,1%
La Rioja	2,5%
Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla	4,7%
Personas con discapacidad sobrevenida en España	1.580.830

Fuente: Observatorio Estatal de la Discapacidad (2015).

Segundo, más de tres cuartas partes del total de la población con discapacidad sobrevenida se concentran en grupos de edad superior a 48 años (80,4 %).

Tabla 4. Porcentaje de personas con discapacidad sobrevenida por grupos de edad

	16-30 años	31-47 años	48-65 años	66 o más años
Porcentaje sobre el total	2,4%	17,2%	43%	37,4%

Fuente: Observatorio Estatal de la Discapacidad (2015).

Tercero, tiene un manifiesto sesgo de género, como se dijo. En la medida en que prevalece más en las mujeres que en los hombres, con un importante diferencial, superior en algunos tramos de edad –los de mayor edad– en 8 puntos.

Tabla 5. Personas con discapacidad sobrevenida diferenciadas por sexo

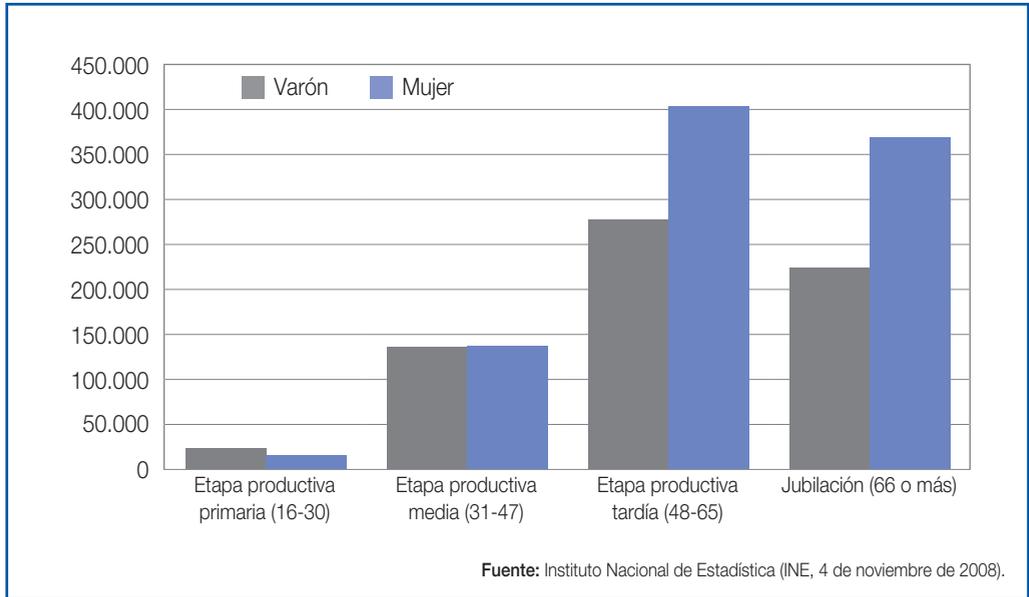
	16-30 años	31-47 años	48-65 años	66 o más años
Mujeres	1%	8,6%	25,5%	23,3%
Hombres	1,4%	8,6%	17,5%	14,1%

Fuente: Observatorio Estatal de la Discapacidad (2015).

Como es lógico, en este punto nos interesan las situaciones de discapacidad sobrevenida que se producen en edad adulta, más concretamente en edad productiva. Los informes disponibles de datos estadísticos evidencian que, si en las primeras franjas de edad hay una práctica equiparación de situaciones por razón de sexo, con la edad se van acrecentando las diferencias de sexo-género (gráfico 3), lo que generará problemas adicionales tanto para el tratamiento jurídico, como para las políticas de corrección –sean públicas o ligadas a previsiones convencionales– de los déficits de tratamiento de estas situaciones frente al plus de riesgo de exclusión de los mercados de trabajo.

Por tipología de discapacidad, casi un millón (dos terceras partes) de las personas con discapacidad sobrevenida en edad laboral son por discapacidad física, por lo que el otro tercio se integra con alteraciones y limitaciones de carácter psíquico. Ahora bien, aunque pudiera parecer lo más sencillo, dada la delimitación, legal, la clave está en fijar qué entendemos por «discapacidad». ¿«Discapacidad» e «incapacidad» son lo mismo? ¿Enfermedad sobrevenida y discapacidad sobrevenida son lo mismo o análogo? ¿Discapacidad sobrevenida e ineptitud sobrevenida son la misma situación o semejante a efectos jurídico-laborales? ¿Las personas especialmente sensibles pueden ser equiparadas a personas con discapacidad sobrevenida?

**Gráfico 3. Situaciones de discapacidad sobrevenida diferenciadas por edad y sexo**



Conocido es que el notable incremento de las llamadas «enfermedades crónicas» (cardiovasculares, diabetes, mentales, cáncer), así como de «enfermedades graves», está en la base del paralelo aumento de las discapacidades sobrevenidas en las franjas de edad laboral o «productiva». La discapacidad sobrevenida se produce bien por el padecimiento de una enfermedad (en la mayoría de los casos) o por un accidente, sea laboral (en cuyo caso existe una protección reforzada, en especial, respecto a las medidas de readaptación profesional) o común (con una protección más debilitada). Aunque en este contexto de crecimiento de enfermedades graves y/o crónicas no es fácil distinguir el concepto de discapacidad sobrevenida de enfermedad sobrevenida crónica, sí que es necesaria su distinción en el actual estadio de regulación, nacional y europea. No es igual su tratamiento jurídico: mientras toda decisión perjudicial asentada en el factor discapacidad tenderá a calificarse de nula, dado que constituye una discriminación prohibida (art. 35 LGDPDIS), no sucederá lo mismo en relación con la enfermedad, por más incoherente o incluso injusto que pueda resultar.

¿Cuándo cabe entender que una enfermedad sobrevenida debe equipararse a una discapacidad sobrevenida? En principio, una enfermedad sobrevenida podrá ser asimilable a una discapacidad sobrevenida cuando produzca las limitaciones de una discapacidad. Conforme al artículo 4.1 de la LGDPDIS en relación con su artículo 2 a), serán personas con discapacidad todas aquellas que sufran una enfermedad en virtud de la cual se deriven «deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales» que, «previsiblemente permanentes», puedan impedir u obstaculizar, en su interacción con variadas barreras (físicas,

sociales, laborales, económicas, etc.), «su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás». En tales casos, las enfermedades sobrevenidas asimilables a la discapacidad tendrán la misma tutela que esta, exigiendo del empleador el deber de adaptación razonable de su puesto de trabajo para que pueda continuar con su prestación de servicios en igualdad, según la doctrina del TJUE (SSTJUE de 11 de julio de 2006, C-13/05, caso Chacón Navas; 11 de abril de 2013, C-335/11 y C-337/11, caso HK Danmark «Ring y Werge»; 1 de diciembre de 2016, C-395/15, caso Daouidi; 18 de enero de 2018, C-270/16, caso Ruiz Conejero, etc.), asumido por la doctrina jurisprudencial española (Sentencia del Tribunal Supremo 194/2018, de 22 de febrero). El despido, por lo tanto, de una persona trabajadora basado en esta enfermedad sobrevenida en su etapa laboral asimilada a la discapacidad, cualquiera que sea la razón (ineptitud, absentismo, falta de rendimiento, etc.), sería nulo.

Pero ello no siempre es fácil de distinguir, y mucho menos que encuentre el grado óptimo de protección y tutela que sería dable esperar. De ahí, entendemos, la oportunidad y necesidad de que se articule una tutela más amplia en sede de la autonomía colectiva, en tanto que a través de la misma se puedan acotar las diferentes situaciones que puedan llevar a la misma, así como establecer las medidas que eviten la exclusión social, laboral y personal de este colectivo de personas trabajadoras.

Para ejemplo de cuanto decimos, un botón de muestra: en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Andalucía/Sevilla 1664/2019, de 26 de junio, se resuelve el caso de una trabajadora que inicia su relación como ayudante de cocina. Después, novará su trabajo y servirá en funciones de limpieza. 10 años después se le diagnostica por el Servicio Andaluz de Salud alergia (en grado alto) al anisakis, sin que conste conocimiento de la empresa. 5 años después, tras un reconocimiento médico instado por la empresa para la valoración de su capacidad como auxiliar de cocina, para sustituir a una compañera en tal puesto por sus limitaciones para tal puesto, se constata que, dada su alergia, no puede manipular pescado, siendo declarada «apta con limitaciones». Casi 1 año después, pasa a realizar tareas de ayudante de cocina, pues en su labor no se manipulará pescado natural, que es el que puede contagiar, si bien se le da un equipo de protección individual adecuado (gafas, guantes, etc.) para el pescado congelado. Meses después, tras un brote alérgico, es valorada por el facultativo del servicio de prevención ajeno, reafirmando que es apta con limitaciones por la imposibilidad de manipular pescado, en ninguna forma, por lo que se solicita que se le otorgue un cambio de puesto a primeros de año. La trabajadora vuelve a tener otro brote alérgico, reconociéndosele baja por trastorno depresivo. Estando de baja, recibirá un nuevo informe del servicio de prevención, a instancia de la empresa, en el que se la declarará no apta para el puesto de trabajo.

En abril de ese año, reincorporada de la baja, la empresa le da unos días de descanso, pues, ante la inexistencia de vacantes en las que pueda reubicarla, quiere valorar la situación. Durante este tiempo, la empresa valora la posibilidad de que una compañera que ocupa un puesto de trabajo de limpiadora pase a desarrollar funciones de auxiliar de cocina

(no obstante, es calificada por el servicio de prevención como apta con limitaciones –pues tiene una capacidad limitada para levantar peso–). Finalmente, a finales de abril, se notifica a la trabajadora su despido por ineptitud, indicándose en la carta las dificultades para reubicarla en un nuevo puesto, ante la imposibilidad de reubicar a ninguna de las dos trabajadoras en las tareas de limpieza –tampoco aptas–.

El despido será avalado por la Sentencia del Juzgado de lo Social número 4 de Córdoba de 12 de enero de 2018 (núm. 767/17). Y esta sentencia será confirmada por la aquí señalada STSJ de Andalucía/Sevilla 1664/2019.

¿Realmente es una ineptitud sobrevenida o estaríamos ante el citado concepto de enfermedad sobrevenida asimilable o equiparable a una discapacidad y, por lo tanto, el despido será nulo por discriminatorio, salvo que la empresa pruebe que ha hecho los ajustes razonables y no ha podido conservar el empleo por resultarle muy gravoso ex artículo 5 de la directiva y 40 de la LGDPDIS?

No pretendemos entrar aquí en profundidades técnico-jurídicas sobre estos temas aun conscientes de su importancia hoy, y más a raíz de la confirmación que se produjo por parte del TC (STC de 16 de octubre de 2019) de la legitimidad del despido por absentismo laboral, aun por bajas justificadas, al estar basadas en enfermedades (cuya gravedad es difícil de precisar *a priori*, pues se trata de un dato especialmente protegido –art. 9 Reglamento general de protección de datos– y, por lo tanto, ajeno al conocimiento del empleador de forma previa a la demanda), y por más que acertadamente el legislador haya derogado este supuesto de despido por causas objetivas. Pero nos parece útil traerlo a colación porque, no siendo en absoluto infrecuente, evidencia que es necesaria una protección más intensa, legislativa y convencional, para evitar este tipo de situaciones.

Precisamente, otros casos recientes, como el que conoce la STJUE de 11 de septiembre de 2019 (C-397/18), Nobel Plastiques, hacen que estos problemas estén de forma continua sometidos a conflicto y, por tanto, a intenso debate. En este caso se pone en cuestión si una enfermedad como la epicondilitis, que ha provocado en la trabajadora –nótese que, al igual que en el caso anterior, se trata de una mujer– varias bajas, hasta ser calificada como «trabajadora especialmente sensible a determinados riesgos» (ex art. 25 LPRL) y «apta con limitaciones» (por lo que en el tramo último de la relación contractual fue adscrita a un nuevo puesto adaptado), puede calificarse como enfermedad equiparada a la discapacidad sobrevenida y, en consecuencia, declararse el despido nulo. La empresa procedió a despedir a esta trabajadora por causas organizativas y económicas, alegando que la trabajadora ya no resultaba de utilidad económica suficiente, puesto que tenía una polivalencia reducida –menor que la de otros compañeros– y un alto absentismo laboral.

Aunque el TJUE no da una respuesta clara al juez social español que planteó la cuestión, sí deja en evidencia dos cosas de gran interés para nuestro estudio. Primero, las personas especialmente sensibles a determinados riesgos laborales pueden asimilarse a personas con

discapacidad sobrevenida, por lo que tendrían una protección reforzada. Segundo, seleccionar a trabajadoras para el despido económico en tales casos vulnerará la prohibición de discriminación, a menos que la empresa pruebe de forma fehaciente que ha adoptado todas las medidas razonablemente exigibles para adaptar el puesto de trabajo y no le ha resultado posible salvo cargas excesivas.

En esta línea argumental, es de resaltar que el juzgador nacional español que conoció del caso que dio lugar a tal resolución judicial comunitaria dictó una sentencia (de 4 de noviembre de 2019, del Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona –4890/2019–) que vino a declarar que la empresa había actuado de forma discriminatoria por razón de discapacidad, decretando la nulidad de la decisión empresarial, la readmisión de la persona trabajadora y la fijación de una indemnización de 25.000 euros.

En definitiva, el actual ordenamiento jurídico nacional, con el notable refuerzo del comunitario, contempla de forma muy expansiva las situaciones de discapacidad sobrevenida y le da una tutela reforzada. Pero las empresas siguen de espaldas a la misma, utilizando intensamente las medidas de despido estatutarias.

Por supuesto, conviene advertir que «discapacidad sobrevenida» y cese-despido no son instituciones necesariamente antitéticas, incompatibles, pues cabe el recurso a las diversas formas de extinción en tales casos, pero siempre que la empresa acredite de forma fehaciente la razonabilidad de sus esfuerzos para la adaptación y la imposibilidad de lograrlo salvo costes desproporcionados, excesivos. Solo en estos casos podría darse el despido como última ratio o última medida a adoptar ante la imposibilidad, o lo muy gravoso de la modificación o de la adopción de cualquier otra medida de flexibilidad interna. Cierto, a estos efectos, cabría dar importancia al informe del servicio propio o ajeno de prevención. Ahora bien, como prueba la experiencia –y los casos reseñados más arriba lo corroboran–, este tipo de informes encuentran muchas fisuras que hacen muy dudoso su papel de garantía con la suficiente seguridad jurídica y protección de la confianza del trabajador.

En definitiva, si bien en un plano normativo estricto o ideal existe una tutela bien fuerte de las personas con discapacidad sobrevenida frente a los ceses y despidos, tanto en virtud de las garantías de adaptación ex artículo 25 de la LPRL (para todas las personas que se califiquen como especialmente sensibles a determinados riesgos laborales, concreción a su vez del art. 15.1 d) LPRL, que configura la adaptación del trabajo a la persona como un principio general de la acción preventiva), cuanto del artículo 40 de la LGDPDIS, lo cierto es que, en la práctica, estas garantías de conservación del empleo están sometidas a una fuerte presión empresarial. Por lo tanto, se necesitan garantías más operativas, más eficaces, en tanto haya una reforma legislativa que introduzca mayor coherencia entre todas las piezas del gran puzzle normativo. Y es aquí donde reemerge el papel estelar –si bien no fácil, por ser bilateral y no compartir los empresarios este imperativo de mayor tutela real– de la negociación colectiva.

## 4. Empleo de las personas con discapacidad sobrevenida y el principio de igualdad efectiva: la negociación colectiva como clave para reducir las deficiencias en su efectiva consecución

Cierto, ante tan complejo y heterogéneo, también descoordinado, panorama normativo, queda claro que el primer sujeto político-institucional llamado a solucionar el problema es el legislador nacional. Este debe introducir reformas legales que mejoren tanto la protección sustantiva como la coherencia del sistema en lo que atañe al tratamiento de las personas con discapacidad, en general, y sobrevenida, en particular.

Después, también los poderes públicos autonómicos, siempre en el marco general estatal<sup>4</sup>, tienen su papel protagonista al respecto, a través de la creación de sistemas eficaces de incentivo de medidas de sostenimiento en el empleo de tales personas, facilitando la adaptación del puesto de trabajo, la movilidad funcional o la recalificación profesional (garantía de empleabilidad y estabilidad en el empleo) de las personas con discapacidad –sobrevenida–. Sabido es que el artículo 27 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y el artículo 37 de la LGDPDIS recogen el mandato para todas las Administraciones públicas de promover los apoyos necesarios para el mantenimiento del empleo y retorno al mismo. Su debilidad y su carácter eminentemente programático es objeto de continuas críticas por el sector de las personas con discapacidad, así como por los sindicatos más representativos.

Recientemente, el propio Defensor del Pueblo así lo ha venido a reconocer en la respuesta a una queja presentada por el CERMI (Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad), en la que solicitaba que se instara al Gobierno a ampliar los supuestos que se excepcionan de la aplicación de las exclusiones de las bonificaciones previstas, a fin de favorecer la continuidad/reincorporación de las personas con discapacidad sobrevenida. En su Resolución de 9 de mayo de 2018, queja 15012829, el Defensor del Pueblo recomendará<sup>5</sup> (de momento como mera prédica en el desierto) estudiar la viabilidad de ampliar los supuestos que se excepcionan de la aplicación de las exclusiones de bonificaciones, previstas en el artículo 6.1 c) y d) de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para las personas con cualquier discapacidad sobrevenida durante una relación laboral de carácter indefinido.

<sup>4</sup> Lamentablemente todavía está vigente el viejo y muy insuficiente –además de obsoleto– Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, que contiene medidas relativas a la ordenación del «derecho» de las personas trabajadoras al mantenimiento del puesto de trabajo en caso de discapacidad sobrevenida.

<sup>5</sup> <<https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/bonificaciones-contrataciones-personas-con-discapacidad/>>.

En particular, propone estas actuaciones cuando el contrato se extinga:

- a) Por causas objetivas derivadas de ineptitud sobrevenida o absentismo.
- b) Por la declaración de invalidez permanente, posteriormente revisada por una mejoría que no alcanza la plenitud laboral (o cuando no se logre tal declaración, por causa ajena a la valoración de su lesión).
- c) Por no reincorporarse a su puesto, tras el agotamiento del plazo máximo de incapacidad temporal, a causa de la discapacidad sobrevenida.

Finalmente, y con carácter general, también propone incentivos (a través de la vía referida) para la contratación de las personas con cualquier discapacidad cuando la movilidad posibilite obtener mejores condiciones laborales.

Ahora bien, en tanto no se logra una mayor implicación legislativa y de políticas públicas activas en garantía de la empleabilidad y la estabilidad de las personas con discapacidad sobrevenida, e incluso avanzándose en esa dirección, queda claro que los sujetos socio-laborales, los interlocutores sociales (sindicatos más representativos y las organizaciones empresariales), a través del diálogo social y de la negociación colectiva, tienen reservado un espacio de intervención a favor de hacer realidad este derecho a la seguridad (económica y ocupacional) en el empleo (UGT, 2019). Es aquí donde encuentra un especial ámbito de acción la negociación colectiva, de forma que se convierta ella en un instrumento eficaz para, al menos:

1. De un lado, hacer efectivas las dimensiones referidas de lo que se ha de entender como «trabajo digno» de las personas con discapacidad sobrevenida –promoción profesional, formación, estabilidad...–.
2. De otro, corregir las previsiones legales establecidas en el ET para este tipo de situaciones que, como se ha destacado, facilitan los canales de extinción de la relación laboral a través de los expedientes ligados a situaciones de «incapacidad permanente», «ineptitud laboral» o incluso bajas por enfermedad que resulten onerosas para el trabajador (arts. 49.1 e) y 52 a), c) y d) ET).
3. Finalmente, introducir también aquí la perspectiva de género y de edad, dada la citada prevalencia de la discapacidad sobrevenida en las mujeres en edad laboral, y personas de edad madura, situaciones ellas que se conforman como las más incisivas en los riesgos de exclusión social y laboral.

En el primer ámbito referido de oportunidad, y necesidad, de una intervención más comprometida y eficaz de la regulación convencional, conviene desarrollar en las unidades de negociación, y, por lo tanto, en las personas negociadoras –de un lado y otro de las Mesas y Comisiones de Negociación, la conciencia de la relativa especificidad de la problemática

de las personas con discapacidad sobrevenida, aun dentro del problema más global de las garantías de empleabilidad y estabilidad en igualdad del conjunto de las personas con discapacidad. Justamente, desde hace algo más de media década, son crecientes los convenios colectivos que se comprometen con una política de protección y promoción de la igualdad de trato real, o al menos más efectiva que la que se deriva del mero enunciado legal, de las personas trabajadoras con discapacidad en general (Almendros, 2018, p. 441; Kahale, 2016, p. 525; Ruiz, 2018, p. 501). Desde esta perspectiva, cada vez son más los convenios que incorporan una muy significativa dimensión jurídico-colectiva al compromiso social asumido por las empresas en aras de una gestión de la diversidad de capacidades en sus plantillas más acorde con el principio de la integración en igualdad, aun conscientes de esa diferencia, que debe respetarse y protegerse, incluso como factor de riqueza y productividad para la empresa, de todas las personas y colectivos<sup>6</sup>.

No se duda de la participación de las personas con discapacidad sobrevenida en edad laboral en un buen número de problemas claramente comunes con las personas con discapacidad en general, por lo que pueden y deben participar de sus medidas. Pero no es tampoco dudoso que presenten aspectos de especificidad que exigen un tratamiento acorde con esa singularidad, por lo que su integración y lucha contra el plus de riesgo de exclusión sociolaboral que padecen requiere de acciones propias. La inclusión de un sistema de cláusulas que garantice o la continuidad en el empleo o la adecuación de destinos profesionales a las concretas circunstancias se convierte para ellos, pues, en una prioridad. Y así se suele reconocer en los diversos estudios que sobre negociación colectiva y trato en igualdad de las personas con discapacidad se han venido realizando, donde se evidencia la difusión de cláusulas convencionales que apuestan por la movilidad funcional de las personas con discapacidad, aunque frecuentemente quede huérfano no solo su tratamiento específico, sino su análisis.

Al respecto, no son pocos los convenios colectivos que establecen reglas propias con el fin de mantener a estas personas en el trabajo y evitar su baja en la empresa a raíz de la discapacidad sobrevenida. Como muestra, solo un botón, pues su análisis detallado no es objeto de este estudio (para un estudio exhaustivo, *vid.* Almendros, 2018, p. 441; Kahale, 2016, p. 539; Ruiz, 2018, p. 501). En este sentido, el artículo 43.3 del III Convenio colectivo del Grupo Correos establece una regulación específica para facilitar el cambio de puestos «por disminución de capacidad de carácter definitivo», aunque tenga el claro límite de su ámbito subjetivo, dado que se acota en las personas que sean declaradas formalmente en incapacidad permanente total, dejando fuera otros tipos más amplios también de discapacidad sobrevenida. Así, prevé –para tales casos–:

---

<sup>6</sup> Muy interesante, por ejemplo, el artículo 66 del VI Convenio colectivo de supermercados del Grupo Eroski (Resolución de 14 de febrero de 2018, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el VI Convenio colectivo de supermercados del Grupo Eroski). Contempla también la protección de las minorías étnicas, junto, claro está, la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

Cuando por circunstancias sobrevenidas un trabajador/a fijo/a no posea manifiestamente las condiciones físicas mínimas suficientes, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, de forma que disminuya notablemente o anule su capacidad para llevar a cabo las tareas fundamentales de su puesto de trabajo, podrá ser destinado/a a otro cuyas tareas básicas sean compatibles con su estado de salud.

Esta asignación operará a través del concurso de traslados, previa la adjudicación de una mayor puntuación a estos supuestos, de conformidad a lo que establezcan las bases de las convocatorias.

En todo caso, este proceso se realizará previo informe de los servicios médicos de la empresa y previa declaración de incapacidad permanente total para su profesión habitual por el sistema público de Seguridad Social. En el caso de que en los 30 días siguientes a aquella declaración no se le asigne un puesto mediante el procedimiento previsto en el presente artículo, se dará por extinguido su contrato de trabajo.

Por lo que hace a la segunda dimensión finalista dada en justificación de una política convencional dirigida a proteger la seguridad laboral (en todas sus facetas) de personas con discapacidad sobrevenida, es oportuno también poner de relieve la utilidad que tiene para ir más allá en el ámbito subjetivo y funcional de protección. Al respecto, la negociación colectiva tiene la oportunidad de proteger también las situaciones que crean enfermedades de larga duración, aun no siendo necesariamente una situación de discapacidad sobrevenida.

En efecto, es común en la negociación colectiva dar un tratamiento amplio a este tipo de situaciones, pero por lo general se agota en una dimensión monetaria, esto es, se trata de una protección social, a través de mejoras voluntarias de la Seguridad Social (los clásicos complementos de las prestaciones de Seguridad Social por incapacidad temporal para garantizar un cobro completo del salario en tales situaciones). Se trata, pues, de garantías de seguridad e indemnidad económica frente a los efectos de estados de salud más o menos duraderos y que en unos casos se condicionan (por ejemplo, art. 40 Convenio colectivo de CEMEX España), en otros no, a la lucha contra el absentismo. Ahora bien, como se ha evidenciado en otros estudios, es posible que puedan derivarse algunos efectos contraproducentes para esta protección real, pues en correspondencia con el hecho de que a menudo no va acompañada de ninguna medida con respecto a la estabilidad en el empleo en tales casos, los mayores costes que suponen estos complementos pueden ser un incentivo, no querido por los negociadores –claro está–, pero sobrevenido realmente, para optar por la extinción del contrato de trabajo si esas bajas por enfermedades tienen cierta continuidad, más o menos intermitente.

A ello se suma que estos complementos se pagan si los contratos están en vigor, como expresamente suele reseñarse en los convenios colectivos, por lo que crece el riesgo de devenir, inconscientemente, en incentivo a la extinción en vez de a decisiones de continuidad de la

relación laboral. Por eso, los convenios colectivos tienen un margen de mejora notable al respecto, de modo que pueda complementarse, de forma coherente, esa tutela en el ámbito de la seguridad económica de las personas trabajadoras con enfermedades que les sobrevienen durante el trabajo, con mayor o menor duración, con mayor o menor certeza sobre su duración, con la tutela en el espacio de la seguridad laboral (estabilidad en el trabajo). A tal fin, pueden negociar cláusulas que garanticen a la persona trabajadora que no sufrirá ningún trato peyorativo, ni directo ni indirecto, por su situación de enfermedad, dándole concreción a la cláusula constitucional del artículo 14.2 de la CE que no especifica como condición discriminatoria la enfermedad, aunque sí hable de situaciones o condiciones personales. Desde esta perspectiva, cabría atribuir a este tipo de cláusulas diversos contenidos, que van desde compromisos de los empresarios de no acudir en tales situaciones a las vías estatutarias de despido, salvo, lógicamente, que se derive hacia una situación de excesiva onerosidad de la continuidad en el puesto, hasta su nulidad por vulnerar una prohibición convencional, aunque, permítase esta reflexión, entendemos como, cuanto menos, dudosa la posibilidad legal del convenio de fijar la sanción de nulidad para estos convenios, en la medida en que esa sanción queda reservada al legislador, por tratarse de una cuestión de orden público o de normas imperativas que afectan de forma directa a derechos fundamentales, no cabe duda de que tendría una importante repercusión como vía de concienciación empresarial de la necesidad de acudir a fórmulas alternativas –de flexibilidad interna– en vez de acudir directamente a la flexibilidad externa –despido– (Velasco, 2016, p. 586).

En este ámbito de acción convencional podría –y a nuestro juicio debería– tener también encaje una cuestión a medio camino entre la prevención de riesgos laborales y la promoción de la salud en el trabajo y que tiene unas enormes repercusiones laborales, con frecuencia silenciadas: el tratamiento de las adicciones (con sustancia y sin sustancia), a menudo enfermedades crónicas que tienen una alta incidencia en la exclusión laboral y social de estas personas y colectivos.

Finalmente, parece clara la necesidad de que la negociación colectiva también tenga una intervención decidida en la reducción de esta otra «brecha de género», la que se produce en relación con la situación de las personas con discapacidad sobrevenida, dada la notabilísima mayor prevalencia de estas situaciones en las mujeres. Al respecto, más allá de abogar por introducir cláusulas específicas en favor de la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas con discapacidad en general, dado que tienen otro tipo de necesidades, específicas y diferenciadas, respecto de las personas trabajadoras sin discapacidad, y las típicas cláusulas de igualdad de trato general y en abstracto, no es esta una cuestión que suelen abordar los convenios colectivos, al menos hasta ahora. Por supuesto que algunas de las recomendaciones que se hacen con carácter general se pueden proyectar especialmente en esta dirección de promoción de la igualdad efectiva de género entre personas con discapacidad, congénita o sobrevenida, como la que aboga por la implantación del tetrabajo en la empresa. Pero es evidente que no es suficiente.

En efecto, las mujeres con discapacidad sobrevenida acumularían también aquí una triple discriminación, o al menos un triple plus de riesgo de sufrirla: por ser mujer, por ser persona con discapacidad, por sufrir una discapacidad sobrevenida. También la realidad está plagada de experiencias que ponen de manifiesto esta necesidad de un trato específico, algunas de ellas también judicializadas. Piénsese, por ejemplo, en los graves problemas que se derivan para las mujeres que, a partir de cierta edad, sufren patologías típicas de su condición biológica: cánceres de útero, de mama, etc. Si bien será, en algunos casos, posible identificar los problemas derivados de tales patologías a las enfermedades equivalentes o asimilables a la discapacidad, con el refuerzo de tutela que ello tiene (por ejemplo, STSJ de Cantabria 45/2019, de 18 de enero). No siempre será así. De ahí la importancia del convenio.

En definitiva, no cabe duda de la necesidad de acciones concretas desde diferentes vertientes –legislativa, negociación colectiva, políticas públicas, etc.–, que corrijan el desfase existente entre lo que aspira a proteger la norma jurídica (la igualdad efectiva de trato de las personas con discapacidad) y lo que, en la práctica, termina protegiendo (la expulsión de la empresa de toda persona trabajadora que, a raíz de sobrevenirle una situación de alteración de su estado de salud y capacidades con previsible larga duración, se convierte en un riesgo para la preservación de la productividad empresarial). No desconocemos lo ardua y difícil de esta labor, pero el objetivo a alcanzar merece poner a actuar cuantas medidas de acción sean posibles para corregir la doble condición de discriminación –en el acceso y en la permanencia– en el mercado de trabajo de las personas trabajadoras con discapacidad –inicial y sobrevenida–.

## Referencias bibliográficas

- Almendros González, M. A. (2018). Cláusulas de empleo para personas con discapacidad en la negociación colectiva. En C. Sáez Lara (Coord.), *La negociación colectiva tras las reformas legales: especial referencia a Andalucía* (pp. 441-473). Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.
- INE. (4 de noviembre de 2008). Encuesta de Discapacidad, autonomía personal y situaciones de dependencia 2008. Personas con discapacidad sobrevenida según grupos de edad y género. Recuperado de <<https://www.ine.es/prensa/np524.pdf>>.
- Kahale Carrillo, D. T. (2016). La discapacidad en los convenios colectivos. En C. Sánchez Trigueros (Dir.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*. Estudios de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (pp. 525-566). Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social.
- Miñarro Yanini, M. (2018). *La dimensión social del derecho de asilo: el estatuto de garantías de integración sociolaboral de los «refugiados»*. Albacete: Bomarzo.
- Monereo Pérez, J. L. y López Insua, B. M. (2017). *El despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales*. Albacete: Bomarzo.

- Moreno Gené, J. y Fernández Villazón, L. A. (Dir.). (2017). *Crisis de empleo, integración y vulnerabilidad social*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- Observatorio Estatal de la Discapacidad (Huete García, A. [Dir.]). (2015). La reorientación vital y profesional de las personas a las que ha sobrevenido una discapacidad en edad adulta. Recuperado de <<https://observatoriodeladiscapacidad.info/attachments/article/70/Informe%20Discapacidad%20Sobrevenida.pdf>>
- Ruiz Santamaría, J. L. (2018). Medidas adoptadas en la negociación colectiva para el mantenimiento del empleo del trabajador con discapacidad sobrevenida. En C. Sáez Lara (Coord.), *La negociación colectiva tras las reformas legales: especial referencia a Andalucía* (pp. 501-524). Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.
- SEPE. Observatorio de las Ocupaciones. (2019). Informe del mercado de trabajo de las personas con discapacidad. Estatal.
- Datos 2018. Recuperado de <[http://www.sepe.es/contenidos/observatorio/mercado\\_trabajo/3206-1.pdf](http://www.sepe.es/contenidos/observatorio/mercado_trabajo/3206-1.pdf)>.
- UGT. (2018). Discapacidad sobrevenida. Análisis y necesidades. Recuperado de <[http://ugt-andalucia.com/c/document\\_library/get\\_file?uuid=237c0c11-0c31-482a-96d6-5b7bc80e6022&groupId=10157](http://ugt-andalucia.com/c/document_library/get_file?uuid=237c0c11-0c31-482a-96d6-5b7bc80e6022&groupId=10157)>.
- UGT. (2019). Los convenios deben proteger de forma especial a quienes adquieren una discapacidad sobrevenida. Recuperado de <<http://www.ugt.es/los-convenios-deben-proteger-de-forma-especial-quienes-adquieren-una-discapacidad-sobrevenida>>.
- Velasco Portero, M.<sup>a</sup>T. (2016). La discriminación por enfermedad o incapacidad temporal en los convenios colectivos. En C. Sánchez Trigueros (Dir.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*. Estudios de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (pp. 567-587). Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social.



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



# La jubilación activa del trabajador autónomo. Una compatibilización llena de interrogantes

**Isabel María Pérez Gázquez**

*Profesora ayudante doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad Católica San Antonio de Murcia*

## Extracto

El perfil demográfico de España, con una clara tendencia al envejecimiento y aumento de la esperanza de vida, supone un grave reto desde la perspectiva de la sostenibilidad financiera de la pensión de jubilación. Como consecuencia de ello, en los últimos años se han llevado a cabo diversas medidas de compatibilización entre actividad laboral y percibo de la dicha pensión que tienen como objetivo la prolongación de la vida activa de los trabajadores –tanto por cuenta ajena como propia–. Si bien la indeterminación de la fórmula jurídica utilizada por la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de reformas urgentes del trabajo autónomo, plantea diversas problemáticas de tipo interpretativo que dificultan su aplicación, especialmente en lo relativo a la compatibilización de la jubilación activa y el percibo del 100 % de la prestación para los trabajadores autónomos societarios, cuya disparidad de criterios entre la entidad gestora y los distintos órganos judiciales conlleva un escenario de inseguridad jurídica y alta litigiosidad.

**Palabras clave:** jubilación; autónomos; compatibilidad.

Fecha de entrada: 27-03-2020 / Fecha de revisión: 13-04-2020 / Fecha de aceptación: 14-04-2020

**Cómo citar:** Pérez Gázquez, I. M.<sup>a</sup> (2020). La jubilación activa del trabajador autónomo. Una compatibilización llena de interrogantes. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 446, 57-78.





# Active retirement of self-employed worker. A compatibility full of questions

Isabel María Pérez Gázquez

## Abstract

Spanish demographic profile, with a clear tendency towards aging and an increase of life expectancy, involves a serious challenge from the perspective of retirement pension financial sustainability. As a consequence, in recent years various actions have been carried out to make compatible employment and pension whose objective is to extend worker's active life –both employed workers as well as self-employed–. Although indeterminacy of the legal formula used by Law 6/2017, October 24th, on Urgent Reforms of Self-employed Worker, raises some interpretive problems that hinder its application, especially in relation to compatibility of active retirement and one hundred percent of the benefit payment for corporate self-employed workers, whose disparity of criteria between public administration and different courts entails a legal insecurity setting and high litigation.

**Keywords:** retirement; self-employed; compatibility.

**Citation:** Pérez Gázquez, I. M.<sup>a</sup> (2020). Active retirement of self-employed worker. A compatibility full of questions. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 446, 57-78.





## Sumario

1. Introducción. El necesario aumento de la financiación y reducción del gasto en materia de pensiones de jubilación
  2. La protección social del trabajador autónomo y su jubilación
    - 2.1. Jubilación ordinaria. Elementos configuradores
    - 2.2. Compatibilización entre trabajo y jubilación. Jubilación activa
      - 2.2.1. Compatibilización del trabajo cuyos ingresos no superen el salario mínimo interprofesional
      - 2.2.2. Compatibilización del trabajo y el 50 % de la cuantía de la prestación
      - 2.2.3. Compatibilización del trabajo y el 100 % de la prestación de jubilación
  3. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

## 1. Introducción. El necesario aumento de la financiación y reducción del gasto en materia de pensiones de jubilación

La prestación de jubilación se enfrenta al gran reto que supone su sostenibilidad financiera debido a diversos factores entre los que cabe destacar el envejecimiento demográfico que sufre España y, con ello, el aumento de las necesidades para su financiación, tanto por el incremento del número de pensionistas jubilados, como por el aumento de su esperanza de vida y del tiempo durante el que reciben dicha prestación. Asimismo, otros factores como la reducción de la tasa de natalidad, que se traduce en una reducción de la población activa; las bajas cotizaciones de gran parte de los trabajadores como consecuencia de los bajos salarios; y la salida temprana del mercado laboral de algunos de ellos a través de fórmulas de jubilación anticipada han sido también señalados como contribuyentes del problema de su insostenibilidad (Arrieta, 2016, p. 177).

Dicha situación de insostenibilidad ha supuesto que, a pesar de que tradicionalmente el ordenamiento jurídico de la Seguridad Social ha venido estableciendo la incompatibilidad del percibo de la prestación de jubilación y el desempeño de un trabajo por parte del jubilado –siendo además dicho supuesto tipificado como una infracción grave en materia de Seguridad Social (art. 25.1 RDleg. 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social)–, en los últimos años se hayan implantado nuevas fórmulas que permiten alargar la vida activa de los cotizantes, cuyo objetivo principal es incrementar el nivel de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones como medida necesaria para garantizar unas pensiones adecuadas y viables (Maldonado, 2018).

En este sentido, la Comisión Europea (2012) ha apuntado que:

El envejecimiento de la población es un reto importante para los sistemas de pensiones en todos los Estados miembros. A menos que las mujeres y los hombres, ya que viven más tiempo, también prolonguen su vida laboral y ahorren más con vistas a la jubilación, no es posible garantizar unas pensiones adecuadas, ya que el necesario incremento del gasto sería insostenible (p. 2).

En esta misma línea, y a nivel interno, el Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo, de 29 de diciembre de 2010 (Congreso de los Diputados, 2010, p. 56), en la recomendación número doce sostiene que:

[...] es necesario incentivar la prolongación voluntaria de la vida laboral más allá de la edad ordinaria de jubilación. A tal efecto, sería necesaria la adaptación y mejora de cuantos incentivos sociales, fiscales y laborales sean posibles para fomentar la

permanencia de los trabajadores en activo [...] [asimismo, considera que] hay que introducir esquemas de mayor permeabilidad y convivencia entre la vida activa y pasiva, que permitan e incrementen la coexistencia de salario y pensión. Resulta adecuada, en la misma línea que otros países de nuestro ámbito, una mayor compatibilidad entre percepción de la pensión y del salario por actividad laboral, hoy muy restringida y que no incentiva la continuidad laboral.

De este modo, se han llevado a cabo reformas basadas en tres tipos de medidas: endurecimiento de los requisitos de acceso a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva; fomento de los incentivos económicos a la prolongación voluntaria de la vida activa una vez alcanzada la edad legal de jubilación a través del reconocimiento de porcentajes adicionales en el cálculo de la pensión de jubilación; y fórmulas que permiten el envejecimiento activo de aquellas personas que, a pesar de haber alcanzado la edad legal de jubilación, voluntariamente deseen seguir trabajando sin que ello les impida acceder a la pensión de jubilación (Selma, 2013, p. 65).

Así, y en línea con este último tipo de medidas, son diversas las fórmulas llevadas a cabo para fomentar la compatibilización entre trabajo y jubilación, tanto para trabajadores por cuenta ajena como por cuenta propia, pero cuya indeterminación jurídica, según el tenor literal de la norma, plantea diversas problemáticas para su aplicación práctica.

## 2. La protección social del trabajador autónomo y su jubilación

El régimen de protección social del sistema de Seguridad Social, en su nivel contributivo, históricamente se ha centrado en torno a la figura del trabajador por cuenta ajena, encuadrada en el régimen general de la Seguridad Social. No obstante, también existen otros regímenes especiales de la Seguridad Social que regulan la actividad profesional que otros sujetos realizan bajo términos y casuísticas diferentes, tal y como ocurre con los trabajadores autónomos, encuadrados en el régimen especial de trabajadores autónomos (RETA), cuya existencia se justifica por la difícil homogeneización de dicho colectivo y por las peculiaridades que representa. De hecho, en los últimos años, numerosas medidas de fomento del empleo se han centrado en la estimulación de la actividad emprendedora y el autoempleo, habiéndose producido con ello un gran aumento del protagonismo de la figura del trabajador autónomo como generador de riqueza dentro del mercado laboral español, con un número medio de afiliados en el mes de marzo de 2020 de 3.067.178,36 personas (Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, 2020)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Cabe reseñar, en este sentido, la aprobación de las Leyes 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo; 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización; y 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la economía social.

En materia de protección social, la Ley 20/2007, de 11 de julio, reguladora del Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA), dispone el contenido mínimo de la acción protectora (art. 26) y el compromiso de que «la acción protectora del régimen público de Seguridad Social de los trabajadores autónomos tenderá a converger en aportaciones, derechos y prestaciones con la existente para los trabajadores por cuenta ajena en el régimen general de la Seguridad Social» (art. 26.5), de modo que se produzca una equiparación entre la acción protectora prevista para este colectivo y el catálogo de prestaciones previsto en el artículo 42 del Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS). De esta manera, con el tiempo, y a través de distintos cuerpos normativos, se ha ido produciendo una aproximación progresiva del régimen de protección social de trabajadores por cuenta ajena y autónomos (Blasco, 2016, pp. 7-29).

En este sentido, el régimen jurídico de la acción protectora del RETA se configura a partir de la remisión a las normas en materia de prestaciones propias del régimen general (art. 318 LGSS) –con la salvedad de la protección por desempleo, en coherencia con la creación de la prestación de cese por actividad, y prestaciones no contributivas (arts. 155.1 y 314 LGSS)– y por otras disposiciones como la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de reformas urgentes del trabajo autónomo; Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo; y 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.

Es preciso señalar que, si bien estas últimas reformas no han conseguido un régimen de protección social plenamente coincidente entre trabajadores por cuenta ajena y autónomos, han supuesto importantes avances en la consecución de dicha equiparación. Así, se han producido modificaciones y avances con respecto al régimen protector en materia de contingencias profesionales, cese de actividad, incapacidad temporal, conciliación familiar y laboral, prestación de maternidad y paternidad o compatibilización de trabajo y jubilación, la cual constituye el objeto de este estudio.

En términos generales, el trabajador autónomo accede a la prestación de jubilación en las mismas condiciones que los trabajadores encuadrados en el régimen general (arts. 204 y ss. LGSS), por lo que las modificaciones operadas por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, y el Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, son también de aplicación, siendo además de gran trascendencia en lo que a medidas de compatibilidad entre trabajo y jubilación se refiere. De este modo, las diferentes modalidades de jubilación a las que opta el trabajador autónomo vienen delimitadas por los elementos de cese en la actividad profesional, edad y periodo mínimo de cotización en el momento del cese –se distingue entre los supuestos de jubilación ordinaria o anticipada voluntaria (podrá tener lugar a los

63 años, siempre y cuando el autónomo haya cotizado al menos 35 años)–. Si bien las reformas llevadas a cabo desde la perspectiva del envejecimiento activo dan un paso más y prevén otra modalidad de jubilación en la que no resulta necesario uno de los elementos anteriores, el cese en la actividad laboral, de forma que, cumpliendo con los requisitos establecidos, es posible compatibilizar trabajo y jubilación en su modalidad activa (Cavas, 2017a).

En cuanto a la modalidad de jubilación parcial en relación con los trabajadores autónomos, cabe señalar que la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, titulada «Jubilación parcial anticipada para trabajadores autónomos», encomendaba al Gobierno a que en el plazo de 1 año elaborara un estudio acerca de esta modalidad de la jubilación para los autónomos. Sin embargo, no se tomó iniciativa alguna en dicho sentido. Por su parte, la Ley 6/2017, de 24 de octubre, recupera nuevamente esta materia como objeto de estudio y remite a la Subcomisión para el estudio de la reforma del régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos, para que, oídos los representantes de los trabajadores autónomos, se incluya la valoración de la posibilidad de contratar parcialmente o por tiempo completo a un nuevo trabajador para garantizar el relevo generacional en los supuestos de trabajadores autónomos que no tengan ningún empleado (disp. adic. sexta).

Luego, dejando de lado el supuesto de jubilación anticipada de los autónomos, que es el supuesto contrario al objetivo pretendido con el envejecimiento activo, el marco protector de este colectivo en materia de jubilación queda configurado por figuras jurídicas cuyo principal elemento diferencial es la continuidad o cese en la actividad profesional por parte de la persona trabajadora y el momento en el que este se produce, en su caso. Según esto, una vez cumplidos los requisitos para acceder a la llamada jubilación ordinaria, el trabajador puede optar entre ser beneficiario de esta modalidad de jubilación, producida por un cese total de la actividad profesional, o compatibilizar el trabajo y la jubilación en su modalidad activa. No existe, por tanto, para el trabajador autónomo la figura de la jubilación parcial, que, sin embargo, sí está prevista para los trabajadores por cuenta ajena y asimilados, socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas (arts. 14 a) y 215.5 LGSS) (Moreno, 2018).

## 2.1. Jubilación ordinaria. Elementos configuradores

El trabajador autónomo accede a la prestación de jubilación en su modalidad ordinaria, es decir, con un cese total de la actividad profesional, según las reglas y requisitos definidos por el artículo 205 de la LGSS y las modificaciones introducidas sobre el mismo por la Ley 27/2011 y el Real Decreto-Ley 5/2013 (González, 2011; Maldonado, 2017).

Uno de los requisitos exigidos para el acceso a la pensión de jubilación es el periodo mínimo de cotización, que queda estipulado en 15 años, de los cuales 2 deben estar en los últimos 15 años de la vida laboral.

La edad de acceso es otro elemento configurador de la jubilación, la cual depende de las cotizaciones acumuladas en el momento del cese de la actividad, cuyo mínimo irá paulatinamente aumentando hasta el año 2027. Por tanto, la edad exigible queda supeditada al cumplimiento del periodo de cotización mínimo exigido para cada año, que en el año 2013 quedó establecido en 35 años y 3 meses, con unas edades de jubilación de 65 años o 65 años y 1 mes, y en el año 2027 quedará fijado en 38 años y 6 meses, con unas edades de 65 y 67 años (disp. trans. séptima LGSS).

A tenor de este progresivo aumento de la edad mínima de jubilación ordinaria o, dicho de otro modo, trabajar durante más tiempo para poder recibir la misma cuantía de la pensión, conviene subrayar que puede ser un elemento de riesgo de reducción adicional de la pensión para aquellas personas que no puedan continuar trabajando a partir de una cierta edad, ya que resulta necesario tener en consideración que los trabajadores de edad avanzada son uno de los colectivos con especiales dificultades de inserción y permanencia laboral (Monereo, 2010, p. 68).

Aunque no es un requisito de acceso, otro elemento que condiciona la configuración de la pensión del trabajador es la cuantía (art. 210 LGSS), la cual depende de las bases de cotización por las que el autónomo haya decidido cotizar –al contrario que los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores autónomos tienen libertad para decidir la base de cotización (art. 310 LGSS)– y los porcentajes de aplicación sobre la misma.

Téngase en cuenta que, al igual que ocurre con respecto a los periodos de cotización mínimos y edad, los años de referencia utilizados para su cálculo tanto en uno u otro elemento se irán viendo gradualmente modificados, de manera que, si en el caso de la base reguladora en 2013 se tomaban los últimos 16 años cotizados, en 2022 dicho parámetro quedará fijado en 25 años (disp. trans. octava LGSS). En lo que se refiere a los porcentajes, cabe señalar que, según una escala, a los primeros 15 años cotizados se les aplica un porcentaje del 50 % y a partir del año decimosexto, por cada mes adicional de cotización, comprendido entre los meses uno y ciento seis, se añade el 0,21 %, y a los meses restantes un 0,19, sin que dicho porcentaje supere el 100 %, salvo en el supuesto de jubilación demorada. Porcentajes esos últimos que serán objeto de modificación gradual hasta el año 2027, quedando a partir de dicho momento fijados en un 0,19 y 0,18, respectivamente, sobre los meses adicionales al periodo de carencia mínimo de 15 años (disp. trans. novena LGSS).

## 2.2. Compatibilización entre trabajo y jubilación. Jubilación activa

En los últimos años se han diseñado fórmulas que han puesto fin a la clásica incompatibilidad existente en materia de trabajo y jubilación que suponía que el jubilado que tuviera

reconocida una pensión de jubilación y quisiera realizar una actividad laboral –por cuenta ajena o propia– tuviera que suspender el percibo de la pensión durante el tiempo en el que desarrollara la actividad. Incompatibilidad cuya coherencia resultaba cuestionable debido a que, si se tiene en cuenta que precisamente la jubilación es la pensión sobre la que mayor peso tiene el esfuerzo contributivo previo, no parece lógico que si el trabajador cumple con los requisitos exigidos deba derivar la imposibilidad de mantener el derecho generado y la realización de tareas productivas (Sempere, 2013, p. 30).

De este modo, se han creado diversas modalidades de compatibilización cuyo objetivo no es facilitar que el trabajador acceda antes a la prestación (jubilación parcial), sino alargar la vida profesional de aquellos que, habiendo cumplido ya con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en su modalidad ordinaria, decidan continuar desempeñando su actividad profesional, especialmente si además tienen contratados a otros trabajadores. Así, la jubilación activa ha duplicado el número de autónomos de más de 65 años, pasando de 66.079 en agosto de 2009 a 124.675 en la misma fecha de 2019 –Federación Nacional de Trabajadores Autónomos (ATA, 2019)–.

Dependiendo de la modalidad de compatibilización –en términos generales–, se consigue, por un lado, permitir al jubilado la coexistencia entre salario y rendimientos del trabajo y, con ello, un aumento del poder adquisitivo y, por otro, un incremento de las cotizaciones a la Seguridad Social, tanto del autónomo –aunque sean reducidas– como del trabajador contratado –en su caso–, y una reducción del gasto en materia de pensiones de jubilación (Mercader, De la Puebla y Muñoz, 2013).

Pese a los beneficios señalados y a la necesidad de tomar medidas para aumentar la financiación de las pensiones y reducir su gasto, cabe advertir del riesgo de que este tipo de medidas sirvan de coartada a unas políticas de pensiones orientadas fundamentalmente hacia la reducción del gasto, de forma que dicha compatibilización deje de ser un complemento o una opción del trabajador y se convierta en una herramienta necesaria u obligatoria para poder subsistir en condiciones de dignidad con unas pensiones cada vez más reducidas e insuficientes (Cavas, 2017b, p. 189). Situación que, por otro lado, supondría un aumento del riesgo en materia de seguridad y salud para algunos trabajadores dependiendo del tipo de trabajo y estado físico, pues resulta innegable que las capacidades físicas en edad de jubilación activa se encuentran mermadas y que cada tipo de trabajo exige unas determinadas aptitudes y condiciones de salud (Barceló, 2016; Guindo, 2019; Rodríguez, 2019). De hecho, «[l]os trabajadores de edad avanzada son los que sufren accidentes más graves, con una tasa de mortalidad superior a la media» (Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, 2015, p. 15). Por tanto, estas políticas de prolongación activa de los trabajadores han de realizarse en un marco jurídico que tenga en cuenta la edad no solo desde la perspectiva del aumento de la esperanza de vida y prolongación del coste de las pensiones, sino como un factor de riesgo en la garantía del respeto a un trabajo decente y derechos fundamentales (Monereo, 2019).

### 2.2.1. Compatibilización del trabajo cuyos ingresos no superen el salario mínimo interprofesional

El punto de partida hacia la señalada compatibilidad lo inició la Ley 27/2011, de 1 de agosto, que en su disposición adicional trigésima primera, titulada «Complementariedad de ingresos con la pensión de jubilación», añadía un nuevo apartado al entonces vigente artículo 165 de la LGSS y actual artículo 213, en el que dispone que:

El percibo de la pensión de jubilación será compatible con la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el salario mínimo interprofesional, en cómputo anual. Quienes realicen estas actividades económicas no estarán obligados a cotizar por las prestaciones de la Seguridad Social. Las actividades especificadas en el párrafo anterior, por las que no se cotice, no generarán nuevos derechos sobre las prestaciones de la Seguridad Social (López y Toscani, 2011; Monereo, 2012).

Luego, se contempla un supuesto de compatibilización supeditado a dos requisitos: que los trabajos sean realizados por cuenta propia y que los ingresos derivados de dicha actividad no sean superiores al salario mínimo interprofesional (SMI) en cómputo anual, por lo que el factor económico e ingresos percibidos se convierte en el elemento fundamental para este supuesto de compatibilidad en el trabajador autónomo.

El objetivo de la compatibilización prevista por la ley de 2011, al contrario del perseguido por el posterior desarrollo reglamentario de 2013, no fue el de alargar la vida laboral de las personas y sus cotizaciones tras el acceso a la jubilación ordinaria ni el de reducir el gasto en prestaciones a través de esta vía, sino simplemente el de permitir obtener de forma lícita una fuente de ingresos complementaria para mejorar el poder adquisitivo de los trabajadores y, con ello, compensar la mayor rigidez de los requisitos establecidos en la norma para alcanzar el reconocimiento de una prestación con una cuantía del 100 % de la base reguladora (Selma, 2013, p. 69). Hecho que vendría a poner de manifiesto la insuficiencia de las –cada vez más reducidas– pensiones para garantizar la subsistencia en términos de dignidad.

Téngase en cuenta que la genérica referencia al SMI realizada por la normativa implica algunas problemáticas de tipo práctico. Así, se produce la controversia acerca de si se trata de un supuesto de compatibilización con un trabajo en términos de habitualidad o, por el contrario, incluye también a las actividades que de manera puntual pueda realizar el trabajador. Todo ello en la medida en la que, si bien es cierto que rendimientos económicos y habitualidad en el desempeño de la actividad suelen ser conceptos interrelacionados, no necesariamente siempre tienen que ir unidos, pues puede ocurrir que el trabajador realice puntuales trabajos o colaboraciones que le puedan reportar grandes beneficios económicos y viceversa. En consecuencia, no queda claro si se trata de un supuesto pensado para las colaboraciones esporádicas o si es posible realizar actividades habituales sin que ello suponga la obligación de cotizar por ellas en el RETA si los ingresos que reportan son inferiores al

SMI en cómputo anual. Asimismo, se da también la problemática derivada del hecho de que, hasta que no transcurra 1 año desde el reconocimiento de la pensión de jubilación, el pensionista no puede acreditar los ingresos percibidos y, en definitiva, el cumplimiento de tal requisito, sin que además haya precisado las consecuencias derivadas de su incumplimiento, por lo que no queda claro si, en caso de superar dicho límite, el autónomo simplemente tendría que cotizar al RETA por el exceso de dicha cuantía o, por el contrario, las consecuencias serían más gravosas, como, por ejemplo, la suspensión de la prestación de jubilación (López, 2012, pp. 70-72; Selma, 2013, pp. 67-73).

Por otro lado, en lo que respecta a la interpretación del precepto de habitualidad son también varias las problemáticas a reseñar, cuya indeterminación legislativa ha obligado a los órganos judiciales a concretar caso a caso, a veces de forma contradictoria, siendo de relevancia en este sentido las Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS) de 29 de octubre de 1997 (rec. 406/1997) y 20 de marzo de 2007 (rec. 5006/2005), que vinculan la habitualidad en términos económicos (López, 2003). Si bien se trata de una interpretación jurisprudencial no exenta de controversia, por lo que la referencia a la obtención de ingresos equivalentes al SMI, lejos de ser un elemento suficiente y definitorio de la existencia o no de habitualidad, se trata de un mero indicio que ha de ser considerado junto al resto de circunstancias que engloba la actividad que el trabajador autónomo desarrolle, como son la exclusividad en el desempeño de dicha actividad o la titularidad de un establecimiento abierto al público durante días y horas establecidas, que operan como una presunción *iuris tantum* de habitualidad (López, 2012, pp. 79-80; López, 2014, pp. 66-68).

No obstante esta problemática referida a la habitualidad, por el momento, el legislador tan solo se ha limitado a señalar la importancia que dicho elemento tiene a efectos del SMI en cómputo anual y la necesidad de su concreción. De este modo, en la disposición adicional cuarta de la Ley de reformas urgentes del trabajo autónomo de 2017 se indica que:

[...] se procederá a la determinación de los diferentes elementos que condicionan el concepto de habitualidad a efectos de la incorporación a dicho régimen. En particular, se prestará especial atención a los trabajadores por cuenta propia cuyos ingresos íntegros no superen la cuantía del salario mínimo interprofesional, en cómputo anual.

Luego, ante la falta de un criterio único, los elementos que sirven como indicios del precepto de habitualidad son los ingresos que la actividad reporta, la exclusividad de la actividad y la titularidad de un establecimiento abierto al público.

### 2.2.2. Compatibilización del trabajo y el 50% de la cuantía de la prestación

El siguiente paso en la consecución de la compatibilidad entre trabajo y prestación fue el llevado a cabo por el reseñado Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, que reconoce una nueva y más amplia situación de compatibilidad entre pensión de jubilación, de tipo

contributivo, y trabajo que la existente hasta la ley de 2011, cuyo objetivo, según su exposición de motivos (apdo. tres), es favorecer el alargamiento de la vida activa, reforzar la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social y aprovechar en mayor medida los conocimientos y experiencia de estos trabajadores. Esta posibilidad, muy restringida en el ordenamiento español hasta la fecha, es habitual en las legislaciones de países del entorno. Se permite con ello que aquellos trabajadores que han accedido a la jubilación al alcanzar la edad legal con largas carreras de cotización puedan compatibilizar el empleo a tiempo completo o parcial con el cobro del 50 % de la pensión, con unas obligaciones de cotización social limitadas. De esta manera, la compatibilización incorporada al vigente artículo 214 de la LGSS, tanto para el trabajador por cuenta propia como ajena, permite disfrutar de la condición de jubilado y al mismo tiempo desempeñar una actividad profesional, ya sea manteniendo la que venía desempeñando antes de acceder a la prestación o iniciando una nueva, siempre y cuando se cumplan con los requisitos regulados a tal efecto (Cavas, 2017b; Rodríguez, 2016).

En línea con lo anterior, el primero de los requisitos exigidos para compatibilizar trabajo y jubilación es que el acceso a la pensión debe tener lugar una vez cumplida la edad ordinaria de jubilación que resulte de aplicación a tenor de lo dispuesto en el artículo 205.1 a) de la LGSS, sin que a tales efectos sean admisibles jubilaciones acogidas a bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que puedan ser de aplicación al interesado. Es decir, a partir de 2027, el trabajador tiene que acreditar un periodo de cotización de 38 años y 6 meses, bien a los 65 años o, en su defecto, a los 67. Por tanto, se excluye de esta posibilidad a aquellos trabajadores autónomos que por razón de discapacidad –superior al 65 %– o de la naturaleza de su actividad, tal y como puede ocurrir con profesiones de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre con acusados índices de morbilidad o mortalidad, tengan reconocido el derecho a acceder a la prestación de jubilación anticipada (art. 206 LGSS). Se pretende evitar el acceso a este tipo de jubilación a aquellos trabajadores con una menor carrera de cotización. El planteamiento resulta coherente desde la perspectiva de que no han contribuido de igual modo a la sostenibilidad del sistema, si bien quizás debiera de haber tenido en cuenta que la jubilación anticipada no siempre es un supuesto de tipo voluntario, de manera que hubiese sido conveniente regular un supuesto excepcional que permitiera la compatibilización entre jubilación y trabajo de aquellos trabajadores que de forma involuntaria se jubilaron anticipadamente, y que, por tener unas condiciones físicas y de salud que se lo permitan, con posterioridad a su condición de jubilado puedan reincorporarse al mercado laboral en una actividad distinta a la que venían desempeñando previamente. Así, estos trabajadores tan solo tienen dos opciones relacionadas con el envejecimiento activo: realizar una actividad profesional por cuenta propia que no les reporte ingresos superiores al SMI o suspender la pensión de jubilación y reincorporarse a la actividad laboral como cualquier otro trabajador.

En lo que respecta al segundo de los requisitos, se exige que el porcentaje aplicable a la respectiva base reguladora a efectos de determinar la cuantía de la pensión causada alcance el 100 %. Es decir, solo pueden acceder a este supuesto de jubilación aquellos trabajadores

que en aplicación de las reglas de cálculo de la pensión de jubilación –condicionadas por la carrera de cotización y edad para el acceso a la jubilación ordinaria– tengan derecho a la pensión íntegra o máxima que corresponda.

El cumplimiento de este requisito ha sido objeto de controversia jurisprudencial –que ha sido resuelta por el TS–, concretamente en lo relativo a la consideración de si las cotizaciones realizadas después del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación a las que se refiere el artículo 210.2 de la LGSS (jubilación demorada) se consideran computables o no a efectos de alcanzar ese importe del 100 % de la pensión. Artículo cuyo tenor literal dicta que:

Cuando se acceda a la pensión de jubilación a una edad superior a la que resulte de aplicar en cada caso lo establecido en el artículo 205.1 a), siempre que al cumplir esta edad se hubiera reunido el periodo mínimo de cotización establecido en el artículo 205.1 b), se reconocerá al interesado un porcentaje adicional por cada año completo cotizado entre la fecha en que cumplió dicha edad y la del hecho causante de la pensión, cuya cuantía estará en función de los años de cotización acreditados en la primera de las fechas indicadas [...].

El porcentaje adicional obtenido según lo establecido en el párrafo anterior se sumará al que con carácter general corresponda al interesado de acuerdo con el apartado 1, aplicándose el porcentaje resultante a la respectiva base reguladora a efectos de determinar la cuantía de la pensión [...].

Luego, el objeto de la controversia recae sobre el cómputo a efectos de compatibilidad entre trabajo y pensión activa de las cotizaciones realizadas después de la edad ordinaria de jubilación pero anteriores al momento de su solicitud.

Como ejemplo de la controversia, cabe citar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Asturias de 27 de marzo de 2015 (rec. 288/2015), que desestima la pretensión y deniega dicho cómputo. Si bien otra sentencia del mismo tribunal y fecha, STSJ de Asturias de 27 de marzo de 2015 (rec. 635/2015), con idénticos presupuestos, sí lo reconoce. En la misma línea que esta última, la STSJ de Madrid de 14 de septiembre de 2015 (rec. 407/2015).

No obstante el objeto de debate señalado, el TS (Sentencia de 30 de mayo de 2017, rec. 2268/2015), erróneamente, modifica el objeto de debate y se pronuncia acerca de las cotizaciones realizadas con posterioridad a la jubilación derivadas de una situación de jubilación activa, que son más reducidas, pues tan solo se realiza una cotización de solidaridad del 8 % por las contingencias de incapacidad temporal y profesionales, sin que dicha cotización genere nuevas prestaciones o mejore las ya reconocidas. De esta manera, nos encontramos ante dos supuestos jurídicamente diferenciados, pero que el TS ha tratado como único.

En este sentido, apunta que:

[...] de la literalidad del precepto transcrito (art. 2 del RDL 5/2013) se deriva que para disfrutar de los beneficios que establece el capítulo I del citado RDL se requiere en primer lugar tener reconocida una pensión de jubilación por haber alcanzado la edad exigible legalmente en cada caso y en segundo lugar que la pensión reconocida sea equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente. Los términos del precepto son tan claros que no dejan duda sobre la necesidad de haberse jubilado con una pensión equivalente al 100 por 100 de la base reguladora de la misma para poder compatibilizar el trabajo con la pensión reconocida que, durante esa situación de compatibilidad, se reducirá en un 50 por 100, sin que, por ende, sea posible alcanzar porcentaje del 100 por 100 cuestionado con cotizaciones posteriores a la jubilación [...]. Se trata pues de incentivar el trabajo más allá de la edad de jubilación estableciendo, al efecto, la posibilidad de compatibilizar trabajo y pensión [...]. La solución que pretende el recurrente es contraria al espíritu de la norma que persigue mejorar a quienes acreditando el máximo periodo de cotización se jubilan y siguen trabajando, pero no a quienes no reúnen el máximo periodo de seguro y pretenden alcanzarlo con cotizaciones posteriores a su jubilación, cotizaciones de menor cuantía, al ser solo por incapacidad temporal y contingencias profesionales (art. 4 del RDL 5/2013), lo que supone alcanzar el porcentaje del 100 por 100 de la pensión sin cotizar por la contingencia de jubilación, esto es, discriminar favorablemente a quien cotizó menos (Cavas, 2017b, pp. 184-188).

Así las cosas, no pueden acogerse a esta modalidad de jubilación activa quienes en el momento de cumplir la edad ordinaria de jubilación no tuvieran derecho a la pensión íntegra, al margen de que con posterioridad hubieran continuado trabajando y cotizando como consecuencia de una situación de jubilación flexible o de suspensión de la prestación e incorporación, de forma parcial o total, al desempeño de la actividad laboral y sin que en el caso de los trabajadores autónomos esté permitida la puesta al día en el pago de las cotizaciones (art. 278 LGSS) como vía para alcanzarla (STSJ de Andalucía/Málaga de 14 de julio de 2016, rec. 800/2016).

En lo que respecta a la cuantía de la pensión a percibir en esta modalidad de jubilación activa, en el momento de inicio de la compatibilidad se produce una reducción equivalente al 50 % del importe resultante en el reconocimiento de la prestación, excluido, en todo caso, el complemento por mínimos durante el tiempo que compatibilice la pensión con el trabajo. Una vez producido el cese definitivo de la actividad y, por tanto, de la compatibilidad, el trabajador restablece el percibo íntegro de la pensión. En este sentido, téngase en cuenta que, a pesar de que la ley expresamente no lo mencione, para que esta compatibilización opere en términos de legalidad es imprescindible que el pensionista solicite a la entidad gestora la compatibilidad del 50 % de la pensión con las rentas derivadas de su actividad profesional, ya que, en caso de no hacerlo y comenzar a trabajar sin dicha comunicación a la Seguridad Social, esta le reclamará el reintegro del 100 % de la pensión indebidamente percibida (Cavas, 2017b, p. 178).

Es preciso señalar que dicha compatibilidad reporta beneficios de tipo económico tanto para el trabajador como para el Estado. En lo que respecta al trabajador, la compatibilidad le permite continuar desempeñando su actividad profesional a un menor coste, pues tal y como se ha dicho, a efectos de cotizaciones, tan solo está obligado a cotizar por incapacidad temporal, contingencias profesionales y una cuota de solidaridad del 8 % para las contingencias comunes (art. 309 LGSS). Asimismo, otro beneficio económico de tipo indirecto es el derivado de la condición de pensionista, pues, a pesar de continuar con su actividad profesional, tal condición le es reconocida a todos los efectos, lo que se traduce en ciertas ventajas, como, por ejemplo, el ahorro en la adquisición de medicación, de cuyo pago se encuentran exentos, o en otro tipo de bonificaciones o reducciones de tipo impositivo. En lo que se refiere al Estado, los beneficios vienen producidos, por un lado, por la disminución de la carga financiera, debido a la reducción de la cuantía de la prestación a abonar al trabajador, y por otro, por la continuidad –aunque sea de forma reducida– de la cotización del trabajador y, con ello, de su contribución a la financiación del sistema de Seguridad Social. De este modo, se consigue el doble objetivo de aumentar la financiación y reducir los costes del sistema.

Si bien, y al margen de los beneficios a efectos de cotización, en la medida en la que se produce una reducción de la cuantía de la pensión del 50 %, para que este tipo de compatibilización compense al trabajador en términos económicos, resulta necesario que el autónomo tenga la seguridad de que la continuidad de la actividad le va a reportar unos ingresos económicos suficientes como para que compense seguir trabajando y reducir su jubilación. Situación que, en algunos casos, debido a la avanzada edad que cabe esperar de dichos trabajadores, viene condicionada por la naturaleza de la actividad que el autónomo realiza, las condiciones de salud del trabajador y el esfuerzo físico que dicha actividad requiere para su desempeño, pues, a pesar de que el envejecimiento poblacional está vinculado –en términos generales– con una mejora de la salud de las personas, tal y como ya se ha apuntado, las capacidades físicas que se necesitan para el desempeño de unos tipos de trabajos u otros difieren.

Luego, las principales diferencias entre este supuesto de jubilación y el previsto con carácter previo a la ley de 2013 residen en el grado de dedicación del jubilado al desempeño de la actividad laboral y en la desvinculación de los ingresos que dicha actividad reporta como requisito necesario para su reconocimiento (Cavas, 2017b, p. 177; López, 2014, pp. 67-72).

### 2.2.3. Compatibilización del trabajo y el 100 % de la prestación de jubilación

El último hito en este proceso de flexibilización de la prestación de jubilación se produjo a través de la disposición final quinta.1 de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de reformas urgentes del trabajo autónomo, al modificar los apartados 2 y 5 del artículo 214 de la LGSS.

En este sentido, añade un precepto al apartado 2 que permite la compatibilización del trabajo y jubilación activa del trabajador autónomo en términos más ventajosos que la normativa precedente, ya que, en este caso, siempre que se acredite tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena, la cuantía de su pensión no se ve penalizada. De este modo, el trabajador autónomo, empleador de otro trabajador, puede prolongar su vida laboral en activo percibiendo el 100 % de la cuantía de la prestación, pudiendo ser solicitado tanto por quien ya tenga la condición de pensionista de jubilación, como por quien, sin tener la condición de pensionista, quiera acceder a la misma compatibilizando el percibo de la pensión con la realización del trabajo por cuenta propia (Goerlich y García, 2017; Mercader y García-Perrote, 2018).

El objetivo de dicha medida es tanto permitir al trabajador autónomo una fuente de ingresos adicional a la pensión de jubilación, como el fomento del empleo y, con ello, de las cotizaciones, a través del mantenimiento del puesto de trabajo de los trabajadores a cargo del autónomo o la generación de un nuevo empleo, en su caso, para poder acogerse a esta modalidad.

Según esto, si en la modalidad de compatibilización anterior tan solo se hace referencia a los requisitos de acceso a la prestación (edad ordinaria y cuantía de prestación con un porcentaje del 100 %) y a la obligación de seguir cotizando –aunque reducidamente–, en este caso se añade un requisito adicional relativo a la contratación de un trabajador por cuenta ajena, de tal forma que el percibo del 100 % de la cuantía de la pensión queda supeitado al mantenimiento de la contratación de dicho trabajador.

En línea con lo anterior, cabe reseñar que, con respecto a la acreditación de tal requisito, desde el inicio surgieron diversas dudas interpretativas que obligaron a que la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (DGOSS) concretara el tenor literal de la ley. Así, el Criterio de gestión 26/2017, de 21 de noviembre, estableció que:

[...] de igual manera, se entenderá cumplido este requisito si el trabajador autónomo acredita la formalización, como empleador, de un contrato de trabajo que dé lugar a la inclusión del trabajador por cuenta ajena en el sistema especial de empleados del hogar.

Si bien dicho criterio de gestión duró poco en el tiempo, ya que, con fecha de 26 de julio de 2018, la DGOSS llevó a cabo algunas modificaciones de tipo restrictivo sobre el mismo, no solo con respecto a los términos de la contratación del trabajador por cuenta ajena, sino también relativos al propio trabajador por cuenta propia y a determinadas reglas de aplicación para el reconocimiento de dicha compatibilidad.

El nuevo criterio del año 2018 señaló que:

Únicamente se entenderá cumplido este requisito si el trabajador autónomo acredita la formalización, como empleador, de un contrato de trabajo –ya sea a jornada

completa o parcial– para el desempeño de un puesto de trabajo relacionado con la actividad o actividades por la/s que haya dado lugar a su alta en el sistema de Seguridad Social como trabajador autónomo.

Debe recordarse que es posible que este realice simultáneamente distintas actividades cuyo régimen de encuadramiento sea el RETA, pero con una única alta (art. 46.3 RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social). Por tanto, su modificación fue realizada en sentido restrictivo.

Asimismo, además del criterio interpretativo relativo a las empleadas de hogar, también aclaró la interpretación y amplitud del término trabajador por cuenta propia en términos de compatibilidad y jubilación activa, fijando otro nuevo criterio de tipo restrictivo, pues dispone que el cumplimiento del requisito de la contratación de un trabajador por cuenta ajena tan solo puede ser llevado a cabo por el autónomo que, actuando como persona física, se encuentre incluido en el campo de aplicación del RETA en virtud del artículo 305.1 de la LGSS. Luego, según esto, a efectos de compatibilización, solo el autónomo como persona física puede actuar como empleador de los trabajadores por cuenta ajena a su servicio, por lo que el resto de trabajadores encuadrados en dicho régimen con base en el apartado 2, es decir, por su condición de consejero, administrador, socio o comunero de sociedades, quedan excluidos de tal compatibilización. La misma restricción concurre para los trabajadores autónomos económicamente dependientes –encuadrados en el RETA por el apdo. 2 f) del art. 305 LGSS–, aunque, en este caso, la propia naturaleza de esta figura jurídica no permite tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena, salvo limitadas y justificadas excepciones que permiten la contratación de un único trabajador (art. 11.2 a) LETA).

En la misma línea restrictiva, se determinó que en el caso de que el trabajador contratado sea un familiar colaborador, para poder acogerse a la compatibilidad, este deberá tener la condición de trabajador por cuenta ajena. Si bien cabe considerar que, a tenor del artículo 12.1 de la LGSS, esta modalidad de contratación en el ámbito familiar es de carácter excepcional debido a que, salvo prueba en contrario, no tienen la consideración de trabajadores por cuenta ajena: el cónyuge, descendientes, ascendientes y demás parientes del empresario, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción cuando conviven en su hogar y estén a su cargo. Todo ello con la excepcionalidad prevista por el apartado 2 del mismo artículo, que permite la contratación de los hijos que, aun conviviendo con el trabajador por cuenta propia, sean menores de 30 años o, siendo mayores de esa edad, tengan especiales dificultades para la inserción laboral por tener reconocido un grado de discapacidad intelectual de al menos un 33 % o una discapacidad física o sensorial en un grado de al menos un 65 %.

Según lo anterior, si en el caso de los trabajadores autónomos incluidos en el RETA como personas físicas no existe controversia alguna, en el caso de quienes se encuadran

en tal régimen por su condición de administrador de una empresa con forma de sociedad, los conocidos como autónomos societarios, la respuesta no es tan clara.

En línea con el reseñado criterio de la DGOSS, la STSJ de Navarra de 25 de marzo de 2019 (rec. 101/2019) rechaza el criterio del Juzgado de lo Social número 4 de Navarra (proc. 226/2018) y sostiene que, si el jubilado trabaja, para cobrar el 100 % de la pensión ha de contratar a un trabajador como persona física, por lo que deniega al autónomo societario la posibilidad de compatibilizar el cobro de la totalidad de su pensión de jubilación con la continuidad al frente de su negocio. Así, coincide con el criterio ya utilizado por el mismo tribunal en la Sentencia de 14 de febrero de 2019 (rec. 44/2019) y por otros órganos judiciales como la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 6 de noviembre de 2018 (rec. 1179/2018), que sostiene que:

Aun cuando el artículo 214.2 de la Ley general de la Seguridad Social no distingue entre autónomo persona física y autónomo societario, sin embargo el espíritu de la Ley 6/2017 y su preámbulo es el de favorecer que no se extingan puestos de trabajo como consecuencia de la jubilación del empresario, y este aspecto negativo de la jubilación del empresario solo se produce en los casos en los que este es una persona física, pues la persona jurídica no puede despedir como consecuencia de la jubilación de uno de los socios o del gerente de la empresa.

Igualmente, la STSJ de Asturias de 26 de diciembre de 2018 (rec. 2239/2018).

No obstante la postura de la DGOSS y los criterios jurisprudenciales anteriores, y como muestra de la controversia existente en torno a la compatibilización del autónomo societario y la pensión de jubilación, cabe también señalar otro grupo de sentencias cuya argumentación y postura difiere. En este sentido, la Sentencia del Juzgado de lo Social de Oviedo de 17 de julio de 2018 (proc. 209/2018) reconoce a un autónomo el derecho a percibir el 100 % de su pensión de jubilación y compatibilizarla con su trabajo como gestor de su propia empresa.

En este caso, se trataba de un trabajador que solicitó pensión de jubilación activa, alegando que estaban encuadrados en el RETA su mujer y él, teniendo tres trabajadores por cuenta ajena. El Instituto Nacional de la Seguridad Social le denegó la pensión con base en el artículo 214.2 de la LGSS por entender que no tenía individual y personalmente contratado a ningún trabajador por cuenta ajena, sino que la entidad contratante era la sociedad (de la que el solicitante era socio mayoritario y administrador único). Interpuesta reclamación previa, con posterioridad le fue reconocida la jubilación en modalidad activa en cuantía del 50 %. Sin embargo, la sentencia considera que:

[...] el art. 214.2 TRLGSS no excluye a los trabajadores encuadrados obligatoriamente en el RETA por lo previsto en el artículo 305.2 b) del mismo texto legal, caso del demandante, solo excluye de la totalidad del articulado (art. 214) a los trabajadores que desempeñen un puesto de trabajo o alto cargo en el sector público

(apartado 7.2 del art. 214 TRLGSS). [...] [por otro lado] no se puede utilizar idéntico argumento –tener contratado solo puede imputarse a una persona individual y en el caso del demandante su inclusión en el citado régimen especial RETA viene determinada por su condición de socio mayoritario y administrador único de la mercantil, entidad con personalidad jurídica distinta a la del trabajador autónomo individual– para denegarle el reconocimiento de la pensión (incluso en el 50%) [...], y luego, con acogimiento parcial de la reclamación previa, pasar a reconocérsele la cuantía de la jubilación activa en el 50 por 100, pero denegándosele el 100 por 100 (Caballero, 2019).

En la misma línea la STSJ de Galicia de 28 de mayo de 2019 (rec. 398/2019), que se opone al criterio de la Sentencia del Juzgado de lo Social de Pontevedra de 19 de septiembre de 2018 (proc. 288/2017) y reconoce la compatibilidad del trabajo con el 100% de la pensión al autónomo societario que tiene contratado a un trabajador en una sociedad respecto de la que ostenta su control efectivo en los términos del artículo 305 de la LGSS.

Asimismo, cabe citar otro grupo de sentencias estimatorias, aunque con el elemento diferencial de que los trabajadores autónomos solicitantes de la jubilación activa con el percibo del 100% de la cuantía en lugar de estar constituidos como sociedades civiles o mercantiles lo están como comunidades de bienes, cuya diferente naturaleza jurídica y responsabilidad constituye el núcleo central para la estimación de la demanda. La STSJ de Madrid de 8 de noviembre de 2019 (rec. 455/2019) señala que:

Las comunidades de bienes, aunque figuran como potenciales empresarios de los trabajadores por cuenta ajena, se diferencian sustancialmente de las restantes modalidades de sociedad civil o mercantil, en la circunstancia de que las comunidades de bienes no poseen personalidad jurídica distinta a la de los comuneros o titulares de la comunidad; básicamente porque las comunidades de bienes no limitan la responsabilidad societaria a su patrimonio (dejando a salvo el patrimonio personal de los socios o partícipes), sino que la responsabilidad económica y laboral que pudiera imputarse a la comunidad de bienes alcanza a las personas físicas de los comuneros. Todo ello implica que los titulares de las comunidades de bienes han de estar encuadrados dentro del régimen especial de trabajadores autónomos de la Seguridad Social porque así lo impone el citado artículo 305.1 d) de la Ley general antes citada. Los trabajadores por cuenta ajena al servicio de la comunidad de bienes lo son realmente de las personas físicas titulares de dicha comunidad, de la que es cotitular el demandante. Queda, por consiguiente, cumplido el requisito del artículo 214.2 de la Ley general de la Seguridad Social para que el demandante tenga derecho a lucrar el 100 por 100 de la pensión de jubilación, al deberse de considerar empleador de trabajadores a su cuenta.

En el mismo sentido, las SSTSJ del País Vasco 2161/2018, de 6 de noviembre (rec. 1960/2018), y Castilla y León/Valladolid de 15 de mayo de 2019 (rec. 175/2019).

Así las cosas, la disparidad de criterios existente entre la entidad gestora y los órganos judiciales obliga a esperar a que dicha cuestión sea resuelta por el TS, si es que la cuestión llega al Alto Tribunal.

### 3. Conclusiones

Las opciones de envejecimiento activo del trabajador autónomo son de diverso tipo en función de los ingresos que le reporta la actividad que realiza con respecto al SMI y la contratación o no de un trabajador por cuenta ajena. Se trata de fórmulas que producen beneficios tanto para el Estado, por el aumento de las cotizaciones y disminución de los gastos en materia de pensiones de jubilación, como para el trabajador, que puede continuar trabajando a un menor coste y complementar los ingresos que le reporta la pensión. Aspecto que, en el caso de los autónomos, cuya cuantía de las pensiones con carácter general es más reducida que en el caso de los trabajadores por cuenta ajena, supone una gran ventaja.

Son numerosos los avances que se han producido en materia de acción protectora del trabajador autónomo. Si bien aún quedan algunos retos pendientes, tanto relativos a las problemáticas interpretativas señaladas con respecto a la compatibilización entre trabajo y pensión de jubilación, como a otros aspectos, tales como el desigual trato existente en materia de incapacidad permanente parcial por contingencia común, a la que el trabajador autónomo no tiene derecho, o el diferente grado de discapacidad exigido para el reconocimiento de dicha incapacidad por contingencia profesional con respecto a los trabajadores por cuenta ajena (50 y 33 %, respectivamente). Téngase en cuenta en este sentido que, al margen de que estos trabajadores tienen autonomía y no se encuentran bajo la dependencia u órdenes de otro para desarrollar su actividad, el hecho de tener algún tipo de limitación física que impida llevar a cabo determinadas tareas que, aunque no sean las fundamentales de su actividad, forman parte de la misma, puede afectar al desempeño de su actividad y, con ello, a sus ingresos, especialmente en el caso de aquellos que trabajan de manera individual y sin trabajadores a su cargo que les auxilien en dichas tareas. Situación que sin duda dificultaría la prolongación de la vida profesional y la compatibilización entre trabajo y jubilación. Y es que todas las medidas apuntan a la prolongación de la vida profesional de estos trabajadores, tanto retrasando la edad legal de jubilación, como creando figuras de compatibilización, si bien no parece tenerse en consideración que las capacidades físicas y aptitudes en edades de jubilación activa se encuentran reducidas, por lo que, dependiendo del estado físico de la persona y del tipo de actividad profesional que realice, la posibilidad de prolongar la vida laboral no siempre es un supuesto factible, o no por lo menos desde la perspectiva de un trabajo decente en términos de seguridad y salud laboral.

## Referencias bibliográficas

- Arrieta Ildiákez, F. J. (2016). Consecuencias del envejecimiento sobre la economía y el mercado laboral. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 183, 173-200.
- Barceló Fernández, J. (2016). [La protección de la salud laboral de los trabajadores de edad avanzada](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 397, 57-86.
- Blasco Lahoz, J. F. (2016). *El régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Caballero Pérez, M.<sup>a</sup> J. (2019). La jubilación activa plena y su aplicación a los trabajadores autónomos societarios: una cuestión controvertida tras la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de reformas urgentes del trabajo autónomo. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 146, 239-252.
- Cavas Martínez, F. (2017a). [La reforma 2017 del Estatuto del Trabajo Autónomo](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 417, 163-178.
- Cavas Martínez, F. (2017b). Requisitos de acceso a la pensión de jubilación activa. Comentario a la STS, Social, de 30 de mayo de 2017, roud. 2268/2015. *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, 13, 175-189.
- Comisión Europea. (2012). *Libro Blanco. Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles*. Bruselas. Recuperado de <<https://n9.cl/2u95d>>.
- Congreso de los Diputados. (2010). Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo. Recuperado de <[http://www.congreso.es/docu/comisiones/PactTole/153\\_000001\\_0000.pdf](http://www.congreso.es/docu/comisiones/PactTole/153_000001_0000.pdf)>.
- Federación Nacional de Trabajadores Autónomos (ATA). (2019). La jubilación activa duplica el número de autónomos mayores de 65 años en una década. Recuperado de <<https://cutt.ly/oyeeEvE>>.
- Goerlich Peset, J. M.<sup>a</sup> y García Ortega, J. (2017). La reforma del régimen de autónomos en la Ley 6/2017. *Revista de Información Laboral*, 12, 17-38.
- González Ortega, S. (2011). La jubilación ordinaria. *Temas Laborales*, 112, 133-163.
- Guindo Morales, S. (2019). Condiciones laborales de los trabajadores maduros: tiempo de trabajo y salud laboral. En J. L. Monereo Pérez y J. A. Maldonado Molina (Dir.), *Envejecimiento activo y vida laboral* (pp. 287-306). Granada: Comares.
- Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. (2015). *Estrategia española de seguridad y salud en el trabajo 2015-2020*. Recuperado de <<https://www.insst.es/-/estrategia-espanola-de-seguridad-y-salud-en-el-trabajo-2015-20-1>>.
- López Anierte, M.<sup>a</sup> C. (2003). El ámbito subjetivo del RETA. Problemas actuales con especial referencia a la «redefinición» jurisprudencial de la nota de habitualidad. *Documentación Laboral*, 69, 29-56.
- López Anierte, M.<sup>a</sup> C. (2012). Acerca de la compatibilidad entre percepción de la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta propia. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 156, 59-81.
- López Anierte, M.<sup>a</sup> C. (2014). Hacia el envejecimiento activo: análisis crítico del nuevo régimen de compatibilidad entre el trabajo y la jubilación. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 164, 55-86.
- López Gandía, J. y Toscani Giménez, D. (2011). *La reforma de la jubilación*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Maldonado Molina, J. A. (2017). La pensión de jubilación ordinaria. Conceptos, requisitos y cuantía. En J. L. Monereo Pérez (Dir.),

*Tratado de Derecho de la Seguridad Social* (tomo II, pp. 61-76). Murcia: Laborum.

Maldonado Molina, J. A. (2018). Los nuevos sistemas financieros de la Seguridad Social: la sostenibilidad de las pensiones. En J. L. Monereo, F. Túlio y H. Las Heras (Dir.), *El futuro del derecho del trabajo y de la Seguridad Social en un panorama de reformas estructurales: desafíos para el trabajo decente* (pp. 365-388). Murcia: Laborum.

Mercader, J. R., De la Puebla, A. y Muñoz, A. B. (2013). Compatibilidad entre el trabajo y las pensiones de jubilación. En J. R. Mercader Uguina (Dir.), *La compatibilidad de las prestaciones de Seguridad Social y el trabajo* (pp. 143-252). Valladolid: Lex Nova.

Mercader Uguina, J. R. y García-Perrote Escartín, I. (2018). Jubilación activa y trabajadores autónomos: un camino sembrado de interrogantes. *Información Laboral*, 11, 10-16.

Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. (2020). Recuperado de <<https://n9.cl/dc7p>>.

Monereo Pérez, J. L. (2010). El sistema de pensiones en el marco de la nueva revisión y actualización del Pacto de Toledo. *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, 15(3), 53-104.

Monereo Pérez, J. L. (2012). La reforma de la jubilación. *Revista General de Derecho del*

*Trabajo y de la Seguridad Social, número extraordinario*, 29-30.

Monereo Pérez, J. L. (2019). La garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores maduros. En J. L. Monereo Pérez y J. A. Maldonado Molina (Dir.), *Envejecimiento activo y vida laboral* (pp. 197-286). Granada: Comares.

Moreno Romero, F. J. (2018). La jubilación parcial como forma de compatibilidad de la pensión con el trabajo. En J. C. Álvarez Cortés (Dir.), *Trabajadores maduros y Seguridad Social* (pp. 161-181). Pamplona: Aranzadi.

Rodríguez Egío, M.<sup>a</sup> M. (2019). El trabajo autónomo en edad avanzada: aspectos preventivos y de Seguridad Social. *Revista Derecho Social y Empresa*, 10, 191-231.

Rodríguez Iniesta, G. (2016). Jubilación activa. En C. Sánchez Trigueros (Dir.), *Compatibilidad de prestaciones de Seguridad Social con trabajo* (pp. 399-412). Pamplona: Aranzadi.

Selma Penalva, A. (2013). Posibilidades de compatibilizar pensión de jubilación con el trabajo. *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, 2(6), 65-87.

Sempere Navarro, A. V. (2013). El debate sobre incompatibilidad entre pensiones y trabajo productivo. *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, 9(5), 15-32.

# El Real Decreto-Ley 4/2020, de 18 de febrero: una medida laboral urgente para garantizar el cumplimiento de los compromisos europeos, la seguridad jurídica y la protección de los colectivos vulnerables

**Miguel Ángel Gómez Salado**

*Profesor contratado doctor (acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Málaga*

## Extracto

El presente estudio pretende abordar tanto la evolución normativa del despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo como la reciente doctrina del Tribunal Constitucional que avala este despido, para posteriormente analizar con más detalle la derogación (por el RDL 4/2020, de 18 de febrero) del artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores: un precepto especialmente complejo –y ya tradicional– en el ámbito del derecho del trabajo que responde a la finalidad de combatir el absentismo laboral, cuya influencia negativa en la marcha normal de la empresa es evidente. Finalmente, tras el análisis anterior, se tratará de encontrar una respuesta adecuada a algunas cuestiones como la siguiente: ¿pueden recurrir a otras vías (como el despido disciplinario) los empresarios que a partir de ahora quieran despedir a un determinado trabajador por absentismo laboral?

**Palabras clave:** derecho a la no discriminación de las personas; despido disciplinario; despido objetivo; Estatuto de los Trabajadores; principio de seguridad jurídica; Real Decreto-Ley 4/2020, de 18 de febrero.

Fecha de entrada: 03-04-2020 / Fecha de aceptación: 19-04-2020

**Cómo citar:** Gómez Salado, M. Á. (2020). El Real Decreto-Ley 4/2020, de 18 de febrero: una medida laboral urgente para garantizar el cumplimiento de los compromisos europeos, la seguridad jurídica y la protección de los colectivos vulnerables. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 446, 79-108.



# Royal Decree-Law 4/2020 of February 18: an urgent labor measure to ensure compliance with european commitments, legal security and the protection of vulnerable groups

Miguel Ángel Gómez Salado

## Abstract

This study aims to address both the regulatory evolution of the objective dismissal due to lack of attendance at work and the recent doctrine of the Constitutional Court that supports this dismissal, to later analyze in more detail the repeal (by Royal Decree-Law 4/2020 of February 18) of article 52 d) of the Workers' Statute: an especially complex –and already traditional– provision in the field of Labor Law that responds to the purpose of combating absenteeism from work, whose negative influence on the normal course of the company is evident. Finally, after the previous analysis, an attempt will be made to find an adequate answer to some questions such as the following: Can employers who, from now on, want to fire a certain worker due to absenteeism, resort to other avenues (such as disciplinary dismissal)?

**Keywords:** right to non-discrimination of people; disciplinary dismissal; objective dismissal; Workers' Statute; principle of legal certainty; Royal Decree-Law 4/2020 of 18 February.

**Citation:** Gómez Salado, M. Á. (2020). Royal Decree-Law 4/2020 of February 18: an urgent labor measure to ensure compliance with european commitments, legal security and the protection of vulnerable groups. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 446, 79-108.





## Sumario

1. Introducción
2. La evolución normativa del despido objetivo por causa de absentismo laboral: del Real Decreto-Ley 17/1977 al Real Decreto legislativo 2/2015
3. Una aproximación a la reciente doctrina constitucional sobre el despido objetivo por absentismo laboral
  - 3.1. La doctrina sentada en la STC 118/2019, de 16 de octubre
  - 3.2. Un breve apunte sobre los votos particulares formulados por cuatro magistrados que disienten de la decisión adoptada por la mayoría del Pleno del TC: ¿es inconstitucional y discriminatorio el despido objetivo por absentismo laboral?
  - 3.3. Los duros reproches efectuados a nivel nacional contra la doctrina constitucional
4. Un análisis del Real Decreto-Ley 4/2020, de 18 de febrero: ¿el comienzo de la contrarreforma laboral que anulará la realizada en el año 2012?
  - 4.1. Algunas notas sobre el preámbulo: la derogación del artículo 52 d) del ET a efectos de garantizar el cumplimiento de los compromisos europeos, la seguridad jurídica y el derecho a la no discriminación de las personas
  - 4.2. El contenido del artículo único del RDL 4/2020
5. Algunas cuestiones que deben abordarse tras la derogación del artículo 52 d) del ET por medio del RDL 4/2020
  - 5.1. ¿Desde qué fecha no opera la causa de despido objetivo reconocida en el artículo 52 d) del ET?
  - 5.2. ¿Tiene carácter retroactivo la supresión de la causa de despido objetivo fundada en el llamado absentismo laboral?
  - 5.3. ¿Seguirá siendo posible el despido por faltas de asistencia (ya sean justificadas o injustificadas)?
  - 5.4. ¿Ha contribuido realmente la derogación de este precepto a impedir el uso mercantil de la salud?
6. A modo de conclusión

### Referencias bibliográficas

**Nota:** este estudio se ha realizado en el marco del Grupo de investigación consolidado PAIDI SEJ-347 sobre «Políticas de empleo, igualdad e inclusión social», financiado por la Junta de Andalucía. Asimismo, este trabajo se enmarca en una estancia de investigación de carácter posdoctoral en el Departamento de Derecho Público y Derecho Privado Especial (Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social) de la Universidad de Jaén.

## 1. Introducción

En este estudio se expone que la evolución del precepto legal que ha venido legitimando el despido objetivo por absentismo laboral (para profundizar en el análisis de este despido, *vid.* Arias, 2013; Gómez, 2019a; González, 1983; y Moreno y Romero, 2013), desde su redacción conforme al Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo<sup>1</sup> (RDLRT) (letra d) art. 39.1), hasta su configuración en la versión vigente del Estatuto de los Trabajadores (ET) (letra d) art. 52), aprobada por el Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre<sup>2</sup>, y pasando por las sucesivas modificaciones introducidas por las distintas reformas laborales, ha supuesto, en la práctica, la existencia de un singular y extenso repertorio de problemas aplicativos sin resolver, frente al cual se han revelado, de manera constante, la doctrina y la jurisprudencia.

A efectos simplemente aclaratorios y para centrar aún más el objeto de este trabajo, interesa señalar que no ha sido suficiente la reiterada doctrina de nuestros tribunales (a la que el primer art. del Código Civil<sup>3</sup> –CC–, si recordamos, confiere la función de complementar el ordenamiento jurídico al interpretar y aplicar la ley) para poder ofrecer una solución adecuada a las cuestiones conflictivas y a los problemas de aplicación que ha venido suscitando la escueta e imperfecta redacción del artículo 52 d) del ET.

Por otra parte, la ambigüedad y la poca claridad de los términos y expresiones empleados en la redacción de la disposición legal que se analiza hacen todavía más difícil la resolución de estos problemas interpretativos. En este sentido, tenemos que mencionar necesariamente la falta de respuesta por parte del legislador nacional, el cual ha visto innecesario intervenir para esclarecer por completo el régimen jurídico del despido objetivo por absentismo laboral –y oportunidades de intervenir ha tenido el legislador, a nuestro juicio, en las últimas reformas laborales–.

En este trabajo, en particular, se estudiará tanto la evolución normativa del despido objetivo por causa de absentismo laboral (puede estudiarse con más detalle esta cuestión en Gómez, 2019a, pp. 41-50) como la doctrina constitucional que avala este despido, para posteriormente analizar con más detalle la reciente derogación (por el RDL 4/2020, de 18

<sup>1</sup> BOE número 58, de 9 de marzo de 1977.

<sup>2</sup> BOE número 255, de 24 de octubre de 2015.

<sup>3</sup> Gaceta de Madrid número 206, de 25 de julio de 1889.

de febrero) del artículo 52 d) del ET: un precepto especialmente complejo –y ya tradicional– en el ámbito del derecho del trabajo, cuya finalidad no es otra que combatir el absentismo laboral. Finalmente, tras el análisis anterior, se tratará de encontrar una respuesta adecuada a algunas cuestiones como la siguiente: ¿pueden recurrir a otras vías (como el despido disciplinario) los empresarios que a partir de ahora quieran despedir a un determinado trabajador por absentismo laboral?

## 2. La evolución normativa del despido objetivo por causa de absentismo laboral: del Real Decreto-Ley 17/1977 al Real Decreto legislativo 2/2015

El primer texto legal que incorpora en nuestro ordenamiento jurídico la figura del absentismo laboral como causa del despido objetivo es el propio RDLRT de 1977. Este texto, que se inclina –en contraste con la Ley de contrato de trabajo– por establecer dos tipos diferenciados de despido (de un lado, el despido «de carácter disciplinario» y, de otro, «el derivado de la capacidad profesional del trabajador o de necesidades de funcionamiento de la empresa»; *vid.* exposición de motivos), establece expresamente en su artículo 39.1 d) –antecedente inmediato del art. 52 d) ET– que debían concurrir los tres requisitos siguientes para que pudiera operar esta causa de despido: que las ausencias «superaran en 1 año el 30 % de las jornadas laborales» –descontando, al tratarse de jornadas laborales, las jornadas no hábiles: festivos y jornadas de descanso–, lo que a efectos prácticos equivalía a hacer un sencillo cálculo matemático; que tales ausencias fueran intermitentes; y que no respondieran a accidente o enfermedad que produjeran incapacidad continuada de larga duración.

En nuestra opinión, el legislador de la transición introdujo esta causa de despido objetivo con el único propósito de hacer frente al absentismo producido por circunstancias estrechamente vinculadas con las enfermedades del trabajador de corta duración y de difícil comprobación. La redacción de la norma parecía apoyar esta interpretación, especialmente porque no excluía del cómputo de las ausencias expresamente ningunas otras que las que «respondan a accidente o enfermedad que produzcan incapacidad continuada de larga duración», pareciendo, por tanto, que las únicas ausencias excluidas del cómputo individual de absentismo eran aquellas que estaban relacionadas con la situación de incapacidad laboral transitoria (algunas sentencias así lo inferían, como, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 6 de julio de 1979).

Dicho esto, parece interesante señalar que una buena parte de la doctrina científica cuestionó la adecuación de este instrumento para hacer frente al absentismo laboral, entendiendo que el medio por el que se había optado no era apropiado ni eficaz y que, además, por su carácter generalizado, resultaba claramente injusto (entre otros autores de la época, Bayón y Pérez, 1977, p. 482; y González, 1983, p. 30).

Más tarde, la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores<sup>4</sup> (ET/1980 o versión originaria del ET), traslada a su artículo 52 d) el supuesto de extinción objetiva del contrato de trabajo por causa de absentismo laboral.

La redacción del artículo 52 d) del ET/1980 revela, en primer lugar, que del 30 % en 1 año que establecía el RDLRT se pasa al 20 % de las jornadas hábiles en 2 meses consecutivos, o al 25 % en 4 meses discontinuos dentro de un periodo de 12 meses. En segundo lugar, evidencia la introducción de un nuevo parámetro que ya no tiene que ver con las propias faltas de asistencia del trabajador individual, sino con la falta de asistencia global de la plantilla del centro de trabajo. En tercer y último lugar, identifica una serie de supuestos que se excluyen del cómputo del absentismo laboral: las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma; el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores; el accidente de trabajo; la maternidad; las licencias y vacaciones; y las ausencias motivadas por enfermedad o accidente no laboral, cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de 20 días consecutivos.

Posteriormente, el Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores<sup>5</sup> (ET/1995), reproduce íntegramente la redacción establecida por la versión originaria del ET.

Se puede destacar que el texto del artículo 52 d) del ET/1995 fue ampliado con la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (LCVFL)<sup>6</sup>, que integra en listado de supuestos que no computan el «riesgo durante el embarazo, y las enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia»<sup>7</sup>; y con la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (LOIVG)<sup>8</sup>, que excluye del cómputo del absentismo del artículo 52 d) del ET «las faltas de asistencia motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género»<sup>9</sup>.

Por otro lado, interesa señalar que la reforma laboral de 2010 operada por el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo<sup>10</sup> (RDL 10/2010), y después por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas

<sup>4</sup> BOE número 64, de 14 de marzo de 1980.

<sup>5</sup> BOE número 75, de 29 de marzo de 1995.

<sup>6</sup> BOE número 266, de 6 de noviembre de 1999.

<sup>7</sup> Este supuesto fue incorporado mediante el artículo 7.1 de la LCVFL.

<sup>8</sup> BOE número 313, de 29 de diciembre de 2004.

<sup>9</sup> Este supuesto fue incorporado mediante la disposición adicional séptima.6 de la LOIVG.

<sup>10</sup> BOE número 147, de 17 de junio de 2010. Disposición final tercera.

urgentes para la reforma del mercado de trabajo<sup>11</sup> (Ley 35/2010), proporciona una nueva redacción al artículo 52 d) del ET que revela la existencia de dos importantes novedades: en primer lugar, no se podrán computar, a los efectos del despido objetivo, las ausencias motivadas por el riesgo durante la lactancia –al respecto, la doctrina ha señalado acertadamente que esta «es una reforma más formal que otra cosa, pues debían ser muy pocos los que, antes de la reforma, estimasen que una suspensión por riesgo durante la lactancia no podía computarse, bajo ningún concepto, a los efectos del despido objetivo por excesiva morbilidad» (Gorelli, 2012, p. 98)– y por la «paternidad»<sup>12</sup>; y, en segundo lugar, se reduce el umbral de absentismo colectivo hasta el 2,5 % con el propósito principal de «dotar de mayor operatividad a una causa extintiva en desuso» (Alzaga, 2011; y Blasco, 2010, p. 94).

Más adelante, la reforma laboral de 2012, articulada primero por el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral<sup>13</sup> (RDL 3/2012), y luego por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral<sup>14</sup> (Ley 3/2012) (sobre dicha reforma, *vid.* Molina, 2012a; y Molina, 2012b), da una nueva redacción al artículo 52 d) del ET.

La primera modificación abordada por la reforma laboral de 2012 consiste en la eliminación de la exigencia del nivel de absentismo global para proceder al despido objetivo por faltas de asistencia del trabajador (en particular, se suprime de la norma la siguiente referencia: «siempre que el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo supere el 2,5 %»). Al respecto, la doctrina ha señalado que la reforma de 2012 «se circunscribe a la facilitación del despido y al aligeramiento de los requisitos del mismo mediante la supresión pura y simple del elemento de valoración colectivo que de más a menos ha venido integrando su causa» (Ruiz, 2012, p. 226).

La segunda modificación tiene que ver precisamente con la introducción de un nuevo requisito adicional (que «el total de faltas de asistencia en los 12 meses anteriores alcance el 5 % de las jornadas hábiles») para el supuesto en que se proceda al despido del trabajador cuando las ausencias alcancen el 20 % de las jornadas hábiles en 2 meses consecutivos<sup>15</sup>. De esta manera:

<sup>11</sup> BOE número 227, de 18 de septiembre de 2010. Disposición adicional vigésima.

<sup>12</sup> Estas dos nuevas situaciones excluidas del cómputo del absentismo, el riesgo durante la lactancia y la paternidad, se contemplaban expresamente tanto en el RDL 10/2010 como en la Ley 35/2010.

<sup>13</sup> BOE número 36, de 11 de febrero de 2012.

<sup>14</sup> BOE número 162, de 7 de julio de 2012.

<sup>15</sup> Hay que destacar que en la fase inicial de la reforma laboral de 2012 (RDL 3/2012) tan solo se hacía mención, para justificar el despido objetivo por absentismo laboral, al «20 % de las jornadas hábiles en 2 meses consecutivos», habiéndose añadido más tarde, es decir, a través de la Ley 3/2012, la siguiente exigencia: «siempre que el total de faltas de asistencia en los 12 meses anteriores alcance el 5 % de las jornadas hábiles».

[...] la pretensión legislativa es distinguir la toma en consideración de los periodos más cortos y los más largos, en el sentido que se permita comprobar el absentismo general de un trabajador concreto, al objeto de valorar el cumplimiento de la jornada el resto del año; razón por la que, aun cuando se ha eliminado el absentismo global de la plantilla, de algún modo no ha sido así en cuanto al absentismo global del trabajador individualmente considerado, que aún persiste (Cuba, 2013, p. 39).

Podemos observar, en tercer lugar, que se introduce en el artículo 52 d) del ET un tercer párrafo (no contemplado en la redacción del RDL 3/2012, pero sí previsto en la de la Ley 3/2012) con arreglo al cual no se podrán computar las faltas de asistencia «que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave». En este sentido, hay que recordar que dicha modificación responde a una enmienda<sup>16</sup> que señalaba, como justificación, que se trataba de una mejora técnica para evitar despidos por motivos de ausencias justificadas «al trabajo en atención a un tratamiento médico o por razón de un periodo muy concreto en que se pueda producir algún problema puntual de salud».

Podríamos terminar afirmando que el precepto analizado, en su última versión (aprobada por el RDleg. 2/2015, de 23 de octubre), permanece invariable y queda redactado de la siguiente manera:

El contrato podrá extinguirse: [...] d) Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 % de las jornadas hábiles en 2 meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los 12 meses anteriores alcance el 5 % de las jornadas hábiles, o el 25 % en 4 meses discontinuos dentro de un periodo de 12 meses.

No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de 20 días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda.

Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

<sup>16</sup> Enmienda número 649 presentada por el Grupo Parlamentario Popular. *Vid.* BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, número 4-6, de 27 de abril de 2012.

### 3. Una aproximación a la reciente doctrina constitucional sobre el despido objetivo por absentismo laboral

El despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo regulado en el artículo 52 d) del ET ha dado lugar en los últimos años a relevantes pronunciamientos judiciales, tanto por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) (Sentencia de 18 de enero de 2018, asunto Ruiz Conejero; sobre esta sentencia, *vid.* los trabajos de Gómez, 2019c; Martínez-Gijón, 2018; Monereo y Ortega, 2018; y Moreno, 2018) como del Tribunal Supremo (TS) (Sentencias de 19 de marzo –*vid.* Gómez, 2018– y 11 de julio de 2018, y de 28 de enero y 4 de febrero de 2019) y del Tribunal Constitucional (TC) (Sentencias de 26 de noviembre de 2018 –*vid.* Gómez, 2019b– y de 16 de octubre de 2019 –*vid.* Gómez, 2019d; y Moreno, 2020–).

No obstante, a lo largo de las siguientes páginas abordaremos exclusivamente el contenido de la Sentencia del TC (STC) 118/2019, de 16 de octubre, por la que se declara que el mencionado artículo 52 d) del ET no es contrario a la Constitución española (CE), al no vulnerar ni el derecho a la integridad física (art. 15 CE), ni el derecho al trabajo (art. 35.1 CE), ni el derecho a la protección de la salud (art. 43.1 CE).

#### 3.1. La doctrina sentada en la STC 118/2019, de 16 de octubre

En primer término, conviene señalar que el supuesto concreto que da origen a este importante pronunciamiento parte de los hechos siguientes:

Una empleada fue despedida por causas objetivas en virtud de lo establecido en el artículo 52 d) del ET, al haber acumulado las siguientes ausencias:

- Del 11 de abril de 2016 al 14 de abril de 2016: 4 días (3 días hábiles).
- Del 16 de abril de 2016 al 21 de abril de 2016: 6 días (4 días hábiles).
- 11 de mayo de 2016: 1 día (1 día hábil).
- Del 13 de mayo de 2016 al 17 de mayo de 2016: 5 días (1 día hábil).

Tomando en cuenta la información anterior, la empresa dispone en la carta de despido que la trabajadora se ha ausentado 9 días hábiles de los 40 hábiles en los 2 meses continuos que se han tenido en cuenta, lo que comporta que sus ausencias alcanzan el 22,5 % de las jornadas hábiles del periodo. Superan, por tanto, el 20 % que exige el precepto legal para que el empresario pueda alegar esta causa de despido objetivo. Igualmente, se expresa en la carta que sus inasistencias en los 12 meses anteriores alcanzan el 5 % de las jornadas hábiles. Concretamente, las faltas de asistencia que se han producido en los últimos 12 meses ascienden al 7,84 % y han sido las que siguen:

- Del 10 de marzo de 2016 al 11 de marzo de 2016: 2 días (2 días hábiles).
- Del 23 de marzo de 2016 al 24 de marzo de 2016: 2 días (2 días hábiles).
- Del 11 de abril de 2016 al 14 de abril de 2016: 4 días (3 días hábiles).
- Del 16 de abril de 2016 al 21 de abril de 2016: 6 días (4 días hábiles).
- 11 de mayo de 2016: 1 día (1 día hábil).
- Del 13 de mayo de 2016 al 17 de mayo de 2016: 5 días (1 día hábil).
- Del 7 de junio de 2016 al 9 de junio de 2016: 3 días (2 días hábiles).
- 14 de julio de 2016: 1 día (1 día hábil).

Descontenta con la situación, la trabajadora interpuso una demanda ante el Juzgado de lo Social número 26 de Barcelona, solicitando que se declarase la nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales. La demandante sostenía que el artículo 52 d) del ET entra en conflicto con algunos de los preceptos de la CE, ya que supone, en su opinión, «una evidente amenaza o coacción hacia el trabajador enfermo, al disuadirle de permanecer en situación de incapacidad temporal por temor a ser despedido». Solicitaba por ello el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

En vista de lo anterior, el Juzgado de lo Social número 26 de Barcelona, a través del Auto de 8 de abril de 2019, plantea una cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 52 d) del ET por posible vulneración de los artículos 15, 35.1 y 43.1 de la CE.

En el auto de planteamiento de la cuestión, en particular, el órgano judicial señala que la disposición legal cuestionada satisface los juicios de aplicabilidad y relevancia. Dispone que en el presente caso se han considerado probadas las ausencias en las que la empresa demandada sustenta su decisión extintiva. Así pues, en el caso de descartarse la vulneración de los derechos fundamentales invocados, y teniendo en cuenta que se consideran acreditadas las ausencias y correctos los periodos considerados y los cálculos de porcentajes expresados en la carta de despido, la validez de la norma cuestionada obligaría a desestimar la demanda y declarar la procedencia del despido. En caso contrario, si la disposición legal se declarase contraria a la CE, procedería estimar la demanda y declarar el despido nulo.

El juzgado fundamenta la duda de constitucionalidad, razonando que el precepto cuestionado permite a la empresa extinguir la relación laboral «por ausencias cuya causa no depende de la voluntad del trabajador; ausencias por enfermedad que no puede ni debe evitar, pues lo contrario podría comprometer su salud». Al respecto, recuerda que el propio artículo 6.1 del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (sobre la terminación de la relación de trabajo) dispone expresamente que la ausencia al trabajo por motivo de enfermedad o lesión no debe constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo.

Atendiendo a lo establecido en el artículo 52 d) del ET, las ausencias que pueden dar lugar a la aplicación de este precepto son, esencialmente, las derivadas de enfermedad o indisposición de corta duración, hayan dado lugar o no a partes de baja médica, con suspensión de la obligación de prestar servicios por incapacidad temporal. La norma excluye expresamente las derivadas de accidente de trabajo, las patologías de especial gravedad y las de duración de más de 20 días, atendiendo sin duda a que en estos casos se podría comprometer el derecho a la protección de la salud de los empleados.

Dicho lo anterior, señala el juzgado que no cuestiona el artículo 52 d) del ET por la eventual contradicción de la prohibición de discriminación por discapacidad (art. 14 CE; en relación con este precepto, *vid.* Quesada y Vila, 2020), atendiendo a la doctrina establecida por el TJUE en su Sentencia de 18 de enero de 2018 (asunto C-270/2016, Ruiz Conejero). La cuestión que plantea es más bien la posible contradicción del precepto legal con los derechos a la integridad física (art. 15 CE), al trabajo (art. 35.1 CE) y a la protección de la salud (art. 43.1 CE), valorando que la regulación legal del despido objetivo por absentismo podría condicionar el comportamiento de los trabajadores que, ante el temor de perder su puesto de trabajo, pudieran orillar la atención de su salud e integridad física o emocional, acudiendo a su puesto y asumiendo así un sacrificio en absoluto exigible, que incluso puede complicar la evolución de su enfermedad.

Asimismo, considera que el interés de combatir el absentismo laboral al que obedece el artículo 52 d) del ET, «aunque tiene un fundamento constitucional –el derecho a la libertad de empresa y, mediatamente, el derecho a la propiedad privada–, puede protegerse de forma igualmente eficaz por otros medios». Estima el juzgador que deberían considerarse exclusivamente las ausencias injustificadas, esto es, las que sí dependen de la voluntad de los trabajadores; no en cambio las ausencias debidas a una enfermedad, aun de breve duración, amparadas por baja médica expedida por los correspondientes servicios médicos oficiales.

Agrega también que las ausencias por baja médica normalmente ya implican una merma económica para el trabajador, que por sí misma desincentiva, pues, a salvo de los supuestos de complemento empresarial como mejora de Seguridad Social, el correspondiente subsidio por incapacidad temporal no siempre se devenga desde el primer día y nunca alcanza el 100 % de la base reguladora. En los casos más extremos, que además nunca podrían justificar un despido objetivo por absentismo, la relación laboral podría extinguirse bien por acceder el trabajador a la incapacidad permanente, bien por ineptitud sobrevenida, que es otra causa de despido objetivo.

El Pleno del TC, mediante providencia de 16 de julio de 2019, acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad número 2960-2019 (de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.1 c) Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional<sup>17</sup>), planteada por el Juzgado de lo Social número 26 de Barcelona en relación con el artículo 52 d) del ET,

<sup>17</sup> BOE número 239, de 5 de octubre de 1979.

por posible vulneración de diferentes derechos constitucionales relativos al empleo y a la salud del trabajador, como el derecho «a la integridad física» (art. 15 CE), el derecho «al trabajo» (art. 35.1 CE) y el derecho «a la protección de la salud» (art. 43.1 CE).

Al respecto, es importante subrayar que el «derecho a la vida y a la integridad física» es el único de los tres preceptos constitucionales mencionados que se encuentra comprendido en la denominada categoría de los «derechos fundamentales y libertades públicas», pero la estrecha vinculación existente entre este derecho, el derecho «al trabajo» y el derecho «a la protección de la salud» reconocidos al trabajador hace indispensable que los mismos se analicen en la sentencia de una forma conjunta.

El TC, en la Sentencia de 16 de octubre de 2019, comienza recordando que la regulación contenida en el artículo 52 d) del ET responde al objetivo legítimo de proteger la productividad de la empresa y la eficiencia en el trabajo, atendiendo a la singular onerosidad que las bajas intermitentes y de corta duración suponen para el empleador. Lo anterior, como se pone de manifiesto en la sentencia, encuentra fundamento en la libertad de empresa que reconoce el artículo 38 de la CE, que encomienda a los poderes públicos la garantía y protección de su ejercicio, así como «la defensa de la productividad». De esta manera, la naturaleza objetiva del despido regulado en el artículo 52 d) del ET obedece a la finalidad lícita de eximir al empleador de la obligación de mantener una relación laboral que ha devenido onerosa en exceso para la empresa, por las repetidas faltas de asistencia del trabajador a su puesto; esas ausencias intermitentes, aun cuando lo sean por causas justificadas, generan un incremento de costes laborales que la empresa no tiene por qué soportar.

Esa interpretación encontraría apoyo en la ya citada Sentencia del TJUE (STJUE) de 18 de enero de 2018, donde se señala que combatir el absentismo laboral constituye una finalidad legítima, dado que se trata de una medida de política de empleo, al incidir «en particular los costes directos e indirectos que han de soportar las empresas».

Entrando ya a examinar la duda de constitucionalidad planteada, el Alto Tribunal procede a referirse en primer lugar a la eventual vulneración del derecho a la integridad física (art. 15 CE), que aparece vinculada a la preservación de la salud del trabajador. Respecto a la posible vulneración de este derecho, reitera su consolidada doctrina sobre la materia y revela que el artículo 52 d) del ET «no genera un peligro grave y cierto para la salud de los trabajadores afectados por la decisión extintiva que a su amparo pueda adoptarse por el empresario, abonando la indemnización correspondiente».

En este sentido, dispone que la decisión de despedir a los trabajadores por alcanzar unos porcentajes de ausencias al trabajo intermitentes en un determinado periodo de tiempo, conforme a lo previsto en el precepto cuestionado, no comporta una actuación susceptible de afectar a la salud o recuperación del trabajador afectado, ni puede ser adoptada en el supuesto de enfermedades graves o de larga duración, ni en los restantes supuestos excluidos por el legislador, lo que permite descartar que el artículo 52 d) del ET pueda reputarse contrario al artículo 15 de la CE.

Por otro lado, por lo que respecta a la presunta contradicción con el derecho a la protección de la salud que reconoce el artículo 43.1 de la CE, interesa señalar que no descarta el TC que la regulación controvertida pueda condicionar en algunos casos la actuación del trabajador en el sentido de acudir a su puesto de trabajo, a pesar de que el facultativo lo desaconseje, para evitar incurrir en la causa de despido del artículo 52 d) del ET. Sin embargo, lo anterior no parece ser un motivo de enorme preocupación para el TC, ya que, tras ello, señala expresamente que «no cabe entender que con esa regulación el legislador esté desprotegiendo la salud de los trabajadores».

Asimismo, el Alto Tribunal señala que el precepto cuestionado se limita únicamente a regular la posibilidad de que el empresario extinga el contrato por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen unos determinados porcentajes, y que pueden derivar de enfermedades de corta duración del trabajador.

En definitiva, considera que el artículo 52 d) del ET no colisiona con el derecho a la protección de la salud que el artículo 43.1 de la CE establece, ni tampoco con el derecho de los trabajadores a la seguridad en el trabajo (art. 40.2 CE), ya que, a través del precepto cuestionado, lo que el legislador ha pretendido ha sido precisamente:

[...] mantener un equilibrio entre el legítimo interés de la empresa de paliar la onerosidad de las ausencias al trabajo, que se conecta con la defensa de la productividad (art. 38 CE) y la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores.

Respecto al tercer derecho examinado, el derecho al trabajo recogido en el artículo 35.1 de la CE, el TC dispone que el artículo 52 d) del ET no afecta a la vertiente del derecho al trabajo referida al acceso al empleo, sino a su conservación –o, si se prefiere, a la estabilidad en el empleo– y, en relación con ello, recuerda su propia doctrina constitucional con el único fin de declarar que, en el supuesto que se analiza, el derecho del artículo 35.1 de la CE se concreta con «la existencia de una reacción adecuada contra el despido». Además, señala que la norma legal cuestionada no prescinde del elemento de causalidad del despido, sino que dota a la definición de la concreta causa extintiva del contrato de trabajo que regula –el absentismo laboral– de objetividad y certidumbre, respaldando al trabajador con el abono de la indemnización legalmente prevista (art. 53.1 ET). Tras ello, declara el citado tribunal que el artículo 52 d) del ET contiene, en efecto, una limitación parcial del derecho al trabajo, en su vertiente de derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, pero esa limitación se encuentra justificada por el artículo 38 de la CE, que tiene que ver con la libertad de empresa.

A partir de lo expuesto, el TC concluye que el artículo 52 d) del ET no es contrario al artículo 35.1 de la CE y declara que:

[...] si bien es cierto que el legislador ha adoptado una medida que limita el derecho al trabajo, en su vertiente de derecho a la estabilidad en el empleo, lo ha hecho con una finalidad legítima –evitar el incremento indebido de los costes

que para las empresas suponen las ausencias al trabajo–, que encuentra fundamento constitucional en la libertad de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE).

Estas consideraciones llevan al Alto Tribunal a señalar que corresponde a la jurisdicción social:

[...] controlar que la decisión empresarial se ajusta a los presupuestos establecidos en el artículo 52 d) del ET y que la aplicación del precepto en el caso concreto no va más allá de lo necesario para alcanzar la finalidad legítima de proteger los intereses del empleador frente a las faltas de asistencia del trabajador a su puesto de trabajo, cuando alcancen la duración establecida por la norma.

Todo lo anterior lleva finalmente al TC a desestimar la cuestión de inconstitucionalidad y a ordenar que se publique sentencia en el BOE.

### 3.2. Un breve apunte sobre los votos particulares formulados por cuatro magistrados que disienten de la decisión adoptada por la mayoría del Pleno del TC: ¿es inconstitucional y discriminatorio el despido objetivo por absentismo laboral?

La sentencia analizada en las páginas anteriores se acompaña de los votos particulares que formulan cuatro magistrados (doña María Luisa Balaguer Callejón, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y don Juan Antonio Xiol Ríos) que disienten de la decisión mayoritariamente adoptada por el Pleno del TC, entendiendo, por las razones que de inmediato se expondrán, que la resolución debería haber resultado estimatoria de la cuestión de inconstitucionalidad por vulneración de varios preceptos constitucionales.

En primer lugar, el voto particular de la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón –desde nuestro punto de vista, el más interesante– apunta a que no se puede asumir que la libertad de empresa o la defensa de la productividad –con una más que discutible invocación del art. 38 CE– puedan ser antepuestas al derecho a la integridad física y moral de los trabajadores, y a un valor tan esencial como es la protección de la salud humana, que tan directa relación presenta con los derechos del artículo 15 de la CE. Casi con toda seguridad, según la opinión de la magistrada, ello ocurriría si se permite que puedan dar lugar a la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas al amparo del artículo 52 d) del ET aquellas ausencias justificadas derivadas de enfermedad o indisposición de corta duración, incluso existiendo bajas médicas; de hecho, ello empujaría a los trabajadores a prescindir del cuidado de su salud para no faltar al trabajo (especialmente a aquellos que más dificultad de reinserción en el mercado laboral presentan), pudiendo esta circunstancia producir graves perjuicios para su salud individual, aparte de ser susceptible además de generar serios riesgos de salud pública.

Las reflexiones anteriores llevaron a la magistrada a formular la siguiente cuestión: ¿qué es constitucionalmente más relevante entonces, la protección de la integridad física y de la salud individual, así como de la salud pública, o la defensa de la productividad de una empresa? Sin lugar a dudas, para la magistrada, la solución a la cuestión formulada no puede ser otra que la primera, esto es, «la protección de la integridad física y de la salud individual, así como de la salud pública».

También dispone la magistrada que, cuando acudimos a los datos estadísticos que nos facilitan el Instituto Nacional de Estadística (INE) y otros estudios oficiales, llegamos a la inequívoca conclusión de que existe una discriminación indirecta por razón de sexo en el artículo 52 d) del ET, por afectar en mayor medida a la mujer, debido a las negativas consecuencias que tiene su doble jornada, esto es, su mayor dedicación al cuidado de los hijos, de los discapacitados y los dependientes (ascendientes y descendientes), junto a su jornada laboral, lo que conlleva también una afección sobre su salud, incidiendo todas esas circunstancias de manera negativa en su actividad laboral.

Seguidamente, tras la revisión de distintos estudios, la magistrada concluye que los datos expuestos son expresivos de una clara realidad social que muestra que, aunque se haya producido una cierta evolución, con una mayor incorporación de la mujer al ámbito laboral, los roles tradicionales siguen manteniéndose, y que las mujeres sufren en mucha mayor medida que los hombres la carga de la doble jornada, laboral y familiar. Y esa situación, según la magistrada, repercute notablemente en su salud y en su actividad laboral, lo que, unido a sus condiciones fisiológicas, las deja expuestas en mucha mayor medida a sufrir bajas por incapacidad laboral de corta duración o a faltas de asistencia debidas a sus cargas familiares, que pueden quedar sometidas a la aplicación del artículo 52 d) del ET (en este sentido, *vid.* Burriel, 2016, p. 201).

Sobre la base de estas consideraciones, la magistrada concluye «que el citado precepto incurre en una clara discriminación indirecta por razón de sexo, lo cual debería haber conducido a este tribunal a declarar su inconstitucionalidad también (y especialmente) por este motivo».

Por otro lado, el voto particular que formula el magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré, al que se adhiere el magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón, se centra concretamente en la incompatibilidad entre el artículo 52 d) del ET y el derecho al trabajo reconocido en el artículo 35.1 de la CE. En este sentido, debe señalarse que el magistrado concluye que:

[...] si hay justificación de las ausencias y está en peligro el estado de salud, el despido por esa causa segrega, disuade al trabajador del derecho al cuidado de su salud y queda fundado solo en la existencia misma de la enfermedad. Y no puede haber causa justa en semejante escenario, contrario a la protección de la salud bajo amenaza de no mantenimiento del puesto de trabajo. Hay, por tanto, inconstitucionalidad por omisión, por lesión del artículo 35.1 de la CE al carecer la medida de justa causa (y también por la posible vulneración de otros derechos fundamentales).

Finalmente, cabe señalar que a los anteriores votos particulares se adhiere el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, cuarto y último magistrado discrepante con el fallo y con los razonamientos que lo sustentan.

### 3.3. Los duros reproches efectuados a nivel nacional contra la doctrina constitucional

La interpretación anterior del TC, pese a ser la que debía seguirse en todo momento, fue duramente criticada por la doctrina científica y acaparó numerosos titulares de las noticias de la prensa generalista. Algunos sindicatos, como CC. OO. y UGT, tacharon esta sentencia de «inhumana y despiadada» y manifestaron públicamente que recurrirían ante la justicia europea y ante la OIT y que, además, denunciarían a aquellas empresas que despidieran a sus trabajadores por acumular bajas justificadas. Del mismo modo, doña Magdalena Valerio Cordero, exministra de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, calificó de «injusta» esta sentencia del TC que avalaba el despido objetivo por causa de absentismo laboral y anunció que, en caso de mantenerse el Gobierno, se incluiría la regulación de este despido en la lista de los «aspectos lesivos de la reforma laboral» que serían objeto de debate para una hipotética y futura derogación.

Finalmente, la derogación del despido objetivo por absentismo laboral fue anunciada como una medida urgente, encaminada a la «derogación» de la reforma laboral del año 2012, en el texto del Acuerdo «Coalición progresista: un nuevo acuerdo para España», que se hizo público el pasado día 30 de diciembre de 2019 y que desarrollaba el contenido programático del preacuerdo alcanzado entre el PSOE y Unidas Podemos para conformar un «gobierno progresista de coalición que sitúe a España como referente de la protección de los derechos sociales en Europa, tal y como los ciudadanos y ciudadanas han decidido en las urnas».

Sin embargo, en estos tiempos acelerados y de ordenación-protección multinivel de los derechos sociales de los trabajadores, la llamativa, y muy bien razonada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Cataluña 274/2020, de 17 de enero, «decidió» adelantarse al programa de contrarreforma del Gobierno y declaró que el artículo 52 d) del ET se opone y es contrario a la normativa internacional, sea universal –Convenio núm. 158 OIT– sea europea –Carta Social Europea– (Molina, 2020a). Al respecto, se ha señalado que:

[...] no hay «rebelión judicial» alguna contra el Tribunal Constitucional en este caso, sino una correctísima aplicación de la propia doctrina del Alto Tribunal (STC 140/2018, de 20 de diciembre), que reconoce, conforme al artículo 96 de la Constitución española, la competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria para hacer el «juicio de convencionalidad» (Molina, 2020a).

## 4. Un análisis del Real Decreto-Ley 4/2020, de 18 de febrero: ¿el comienzo de la contrarreforma laboral que anulará la realizada en el año 2012?

El análisis anterior de la STC 118/2019, de 16 de octubre, nos lleva necesariamente a la elaboración de este cuarto epígrafe, donde se estudia y comenta el contenido del Real Decreto-Ley 4/2020, de 18 de febrero, por el que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52 d) del ET (RDL 4/2020).

Concretamente, en este cuarto epígrafe se da a conocer que el Gobierno ha desacreditado recientemente al propio TC –que había declarado la constitucionalidad del precepto legal analizado con dudosos razonamientos jurídicos y una fuerte polémica interna (recordemos los fundados, y severos, votos particulares)– y ha puesto fin, mediante el «látigo del real decreto-ley», a 40 largos años de existencia normativa, pese a su escaso uso en la práctica (Molina, 2020a).

### 4.1. Algunas notas sobre el preámbulo: la derogación del artículo 52 d) del ET a efectos de garantizar el cumplimiento de los compromisos europeos, la seguridad jurídica y el derecho a la no discriminación de las personas

Antes de nada, conviene señalar que el preámbulo de una norma es definido en el *Diccionario del español jurídico*<sup>18</sup> como la parte expositiva o el texto introductorio, carente de valor normativo, que antecede habitualmente al articulado de una norma jurídica (en este caso, al artículo único del RDL 4/2020). Además de lo anterior, se expone en la definición que en este texto «el legislador suele exponer las razones políticas y circunstancias coyunturales que han llevado a la elaboración y sanción de la norma, así como la finalidad que se persigue con la misma».

Concretamente, en la primera parte del preámbulo –de seis páginas– del RDL 4/2020, se dispone expresamente que el supuesto aplicativo del artículo 52 d) del ET, que legitima el despido objetivo por absentismo de las «personas trabajadoras» (llama la atención que tanto esta mención como las sucesivas referencias de la norma a quienes incurrir en faltas de asistencia al trabajo hacen alusión a las «personas trabajadoras»; ello denota, en nuestra humilde opinión, un enfoque en la terminología sensible al género), ha quedado reducido –tras la incorporación «de nuevas inasistencias que no admiten

<sup>18</sup> Elaborado gracias a un convenio entre el Consejo General del Poder Judicial y la Real Academia Española.

contabilización»<sup>19</sup>– a «las faltas de asistencia injustificadas y a las bajas por contingencias comunes de duración inferior a 20 días».

Posteriormente, se expone que también han tenido relevancia en la definición del supuesto otras modificaciones normativas operadas en el precepto, siendo especialmente reseñables las operadas por la reforma laboral del año 2012, que conllevaron, entre otras cosas, a la eliminación del «requisito de existencia de un absentismo general en la empresa de esta causa de despido objetivo». Desde esta reforma laboral de 2012, como se señala en el preámbulo:

[...] el despido por faltas de asistencia del artículo 52 d) del ET se aplica en España cuando se alcanzan los porcentajes de faltas de asistencia establecidos, sin que el precepto requiera expresamente que se realice en cada caso juicio de adecuación y proporcionalidad.

Además de lo anterior, se recuerda en esta primera parte que nuestro ordenamiento jurídico nacional «ya dispone de mecanismos para asegurar la sanción para la persona que tiene faltas de asistencia injustificadas» (a este respecto, *vid.* art. 54.2 a) ET).

En la segunda parte del preámbulo, en cambio, se ofrece una aproximación a la STJUE de 18 de enero de 2018, asunto Ruiz Conejero, y se reproduce su controvertido fallo. Pero antes de trasladar el fallo a estas líneas, debemos recordar que este pronunciamiento ofrece una solución a la siguiente cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social número 1 de Cuenca:

¿Se opone la Directiva 2000/78/CE a la aplicación de una norma legal nacional conforme a la que el empresario está facultado para despedir a un trabajador por causas objetivas, por falta(s) de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcance(n) el 20 % de las jornadas hábiles en 2 meses consecutivos siempre que el total de las faltas de asistencia en los 12 meses anteriores alcance el 5 % de las jornadas hábiles, o el 25 % en 4 meses discontinuos dentro de un periodo de 12 meses, en el caso de un trabajador al que se deba considerar discapacitado en el sentido de la directiva cuando la baja laboral fue causada por la discapacidad?

El siguiente texto –recogido en el preámbulo– reproduce íntegramente el fallo de la sentencia:

El artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para

<sup>19</sup> Suspensión por riesgo durante el embarazo o la lactancia, faltas de asistencia que derivan de una situación de violencia de género, etc.

la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de este al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente.

En la citada sentencia se establece, como se expone, la inadecuación del artículo 52 d) del ET a la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre (relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación), por considerarse que su formulación puede ser constitutiva de discriminación por razón de discapacidad, a menos que existan cauces de control de adecuación («finalidad legítima de combatir el absentismo») y proporcionalidad (que «no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad»).

Seguidamente, en la parte tercera, se pone de manifiesto que la cuestión del despido objetivo por absentismo laboral es de una gran relevancia porque obliga a ponderar los dos intereses en conflicto: por un lado, el «legítimo interés de la empresa a contar con la fuerza de trabajo necesaria para el desarrollo del proyecto empresarial y a no tener que asumir los costes derivados de su falta» y, por otro, el «derecho de las personas trabajadoras a no ser penalizadas por circunstancias personales de las que no son responsables, como son las relacionadas con la enfermedad».

Podría reprocharse al extenso argumentario del RDL 4/2020 –que deroga el art. 52 d) ET– que se enfoque casi por completo en la discriminación que sufren las personas con discapacidad como consecuencia de la aplicación de esta causa de despido, dado que ya se ha constatado en numerosas ocasiones que la aplicación de esta disposición legal no solo repercute negativamente en la situación de las personas discapacitadas, sino que también afecta de manera considerable en la situación de aquellos trabajadores que padecen enfermedades de larga duración, que tienen una edad avanzada o que se encargan del cuidado de los hijos menores o de otros miembros dependientes en el hogar (en este punto, se debe destacar que la mayor parte de las personas cuidadoras son mujeres).

No obstante, a pesar de que no se mencionen expresamente estas últimas situaciones, sí que se recalca en el preámbulo, aunque sea de manera muy difusa y apenas distinguible, que la aplicación de este precepto afecta, efectivamente, a más supuestos (ajenos a la situación de discapacidad) y que «también genera en la persona trabajadora que ve extinguido su contrato una situación de gran vulnerabilidad profesional, personal y social».

En esta parte del preámbulo se incluye una brevísima referencia a la ya comentada STC 118/2019, de 16 de octubre, y se recuerda que este pronunciamiento dictaminó que el artículo 52 d) del ET no era contrario a la CE, en la medida en que no vulneraba ni el derecho a la integridad física (art. 15 CE), ni el derecho al trabajo (art. 35.1 CE), ni el derecho a la protección de la salud (art. 43.1 CE).

Tras esta breve mención, vuelve a cobrar protagonismo la jurisprudencia del TJUE. De un lado, se recuerda que la STJUE de 18 de enero de 2018, asunto Ruiz Conejero:

[...] estableció que el artículo 52 d) del ET no se acomoda a la Directiva 2000/78/CE [...] por atentar al derecho a la no discriminación por razón de la discapacidad, admitiendo solo con carácter excepcional, limitado y condicionado su aplicación cuando existiera análisis de adecuación y proporcionalidad. En el fallo de la (sentencia), el tribunal advierte del carácter discriminatorio del precepto español entendiendo, no obstante, que, si el ordenamiento admite mecanismos de control de proporcionalidad y adecuación de la medida, cabría admitir su acomodación a la Directiva 2000/78/CE.

De otro lado, se dispone que el TJUE, en su Sentencia de 11 de septiembre de 2019, asunto Nobel Plastiques Ibérica, volvió de nuevo a establecer:

[...] que el despido al que se llegara como consecuencia de una situación de bajas médicas reiteradas podía ser constitutivo de discriminación por razón de discapacidad. Pero en esta sentencia el (tribunal) estableció, además, que el empresario está obligado a realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo antes de proceder al despido de la persona con discapacidad derivada, entre otros factores, de sus faltas de asistencia al trabajo.

En particular, de la doctrina del TJUE (contenida en los asuntos Ruiz Conejero y Nobel Plastiques Ibérica) se deriva que es obligatorio que existan mecanismos dirigidos a contraponer y evaluar la situación concreta caso por caso, a efectos de determinar si la medida es proporcionada; pero, en cambio, como se indica en el preámbulo, «esta previsión de análisis "ad hoc" no existe en el artículo 52 d) del ET, que se aplica con carácter automático cuando concurren los porcentajes de inasistencia que refiere». Tras ello, se subraya muy acertadamente que la situación originada a partir de la jurisprudencia referida «requiere la inmediata corrección normativa» a efectos de asegurar que se aplica adecuadamente en España la doctrina fijada por el TJUE.

La cuarta parte, que afronta las disparidades existentes entre la legislación española y la de otros países de nuestro entorno, establece precisamente que, a diferencia de la mayoría de los ordenamientos europeos (en los que únicamente existe un «concepto genérico de despido por justa causa» y en los que «son los tribunales los que llevan a cabo el análisis de justificación y proporcionalidad en atención a la situación concurrente en cada caso»), el ordenamiento español fija «un sistema de legitimación del despido objetivo en el que se establecen supuestos concretos y se especifican las circunstancias que deben concurrir para que el despido sea legal».

Lo anterior nos lleva, necesariamente, a la quinta parte del preámbulo, donde se proporcionan las referencias –acompañadas de un breve detalle– de diversas sentencias muy

polémicas (en concreto, las siguientes: 11 de julio de 2006, asunto Chacón Navas –sobre esta sentencia, *vid.* Molina, 2015–; 11 de abril de 2013, asunto HK Danmark; 18 de enero de 2018, asunto Ruiz Conejero –ya citada en diversas ocasiones–; y 1 de diciembre de 2016, asunto Daouidi) que vuelven a poner de manifiesto el papel tan destacado de la jurisprudencia del TJUE –en comparación con la jurisprudencia del TC, que apenas se menciona– en la justificación del RDL 4/2020 por el que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52 d) del ET. Seguidamente, se concluye que la legitimación de cualquier despido que pueda recaer con mayor frecuencia en personas discapacitadas o con enfermedades de larga duración:

[...] requiere de garantías más intensas de las que actualmente configura el actual artículo 52 d) del ET porque, tal y como advierte el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entra en juego el derecho a la no discriminación por razón de la discapacidad establecido en la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000.

En la sexta de las partes, en particular, se expone que existe también una razón adicional de gran trascendencia que debe ser tenida en cuenta: el despido objetivo por faltas de asistencia establecido en el artículo 52 d) del ET es susceptible de afectar especialmente a las mujeres, «dada la mayor participación de las mujeres en las actividades de cuidado, fundamentalmente por las dificultades de conciliación derivadas de factores múltiples». Para apoyar este razonamiento, el preámbulo se sirve de la STJUE de 20 de junio de 2013, asunto Riezniece, que estableció que el trato peyorativo dispensado a las personas que ejercitaran derechos de conciliación puede ser constitutivo de discriminación indirecta por razón de sexo si se constata la mayor afectación femenina. Seguidamente, se recuerda que los datos históricos y actuales del INE ponen de manifiesto que, pese a que la participación de los hombres en el cuidado de dependientes ha aumentado, «las mujeres siguen siendo las que mayoritariamente asumen las tareas de cuidado de dependientes». Con base en lo anterior, se afirma que «un despido objetivo como el establecido en el artículo 52 d) del ET puede ser constitutivo de discriminación indirecta por razón de género».

En relación con lo anterior, se establece en el preámbulo que en un contexto como el actual, en el que faltan todavía mecanismos que garanticen el derecho de las personas a las ausencias por fuerza mayor familiar y en el que, a pesar de los avances realizados en los últimos meses (al respecto, se cita el RDL 6/2019, de 1 de marzo<sup>20</sup>), existen obstáculos para la efectiva conciliación de responsabilidades en términos de corresponsabilidad, la figura establecida en el artículo 52 d) del ET «no solo puede servir para legitimar que se expulse del mercado de trabajo a las personas cuidadoras», sino que «también está lanzando el mensaje erróneo de que la cuestión de la conciliación recae tan solo en la persona y no en la

<sup>20</sup> BOE número 57, de 7 de marzo de 2019.

empresa y en la sociedad». A partir de ello, se concluye que la inmediata supresión de este precepto «resulta presupuesto imprescindible para la configuración de un nuevo contexto en el que la conciliación y la corresponsabilidad constituyan un referente imprescindible».

En resumen, en esta parte del preámbulo se subraya muy acertadamente que el mecanismo establecido en el artículo 52 d) del ET, entendido como procedimiento de aplicación automática que no permite el juicio de adecuación y proporcionalidad requerido por la jurisprudencia del TJUE, es un instrumento susceptible de provocar discriminación indirecta por razón de discapacidad y también de género.

Una vez expuesto lo anterior, se indica en la séptima parte del preámbulo que el presente RDL 4/2020 respeta los límites materiales fijados en el artículo 86.1 de la CE, que establece lo siguiente:

En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I, al régimen de las comunidades autónomas ni al derecho electoral general.

Luego, se señala, por un lado, que se trata de una reforma puntual «que incide únicamente en un precepto del ET, por lo que no lleva a cabo una regulación del régimen general de los derechos reconocidos en el título I de la CE», y, por otro, «que el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo no contraría el contenido o los elementos esenciales de ninguno de estos derechos». En este sentido, se declara que este real decreto-ley «no supone una "afectación" en el sentido constitucional del término, ni del derecho al trabajo del artículo 35 de la CE, ni de la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la CE».

A continuación se detalla con acierto que la extraordinaria y urgente necesidad se fundamenta en los tres siguientes motivos objetivos y de oportunidad política:

- En primer lugar, «garantiza(r) el cumplimiento de la normativa de la Unión Europea y, en concreto, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, cumpliendo así con el principio de primacía del derecho europeo».
- En segundo lugar, «responde(r) a la necesidad imperativa de evitar que se produzcan más resoluciones judiciales a nivel interno que resulten contradictorias entre sí». En los últimos años, como se expone, algunos órganos judiciales han interpretado el artículo 52 d) del ET conforme a la normativa y la jurisprudencia europeas, mientras que otros se han limitado a aplicar el porcentaje previsto en el citado precepto sin sujetarlo a un juicio de adecuación y proporcionalidad. De este modo, en favor de la defensa del principio de seguridad jurídica constitucionalmente

reconocido, el RDL 4/2020 clarifica los términos de la cuestión y evita que, en un futuro, se dicten resoluciones judiciales internas contrarias al espíritu y finalidad de la norma europea y de la interpretación dada por el TJUE al artículo 2.2 b), inciso i), de la directiva.

- En tercer lugar, evitar que se produzcan, como consecuencia de la aplicación de la disposición legal que se deroga, discriminaciones directas o indirectas para colectivos especialmente vulnerables que se hallan en un alto riesgo de exclusión profesional y social (por ejemplo, por razón de discapacidad o género).

En suma, el RDL 4/2020 «se inscribe en el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno» y, evidentemente, «supone una ordenación de prioridades políticas de actuación», que se «centra(n) en el cumplimiento de los compromisos europeos, la seguridad jurídica y la protección de los colectivos especialmente vulnerables de nuestra sociedad».

Finalmente, tras la explicación anterior, se concluye este preámbulo de seis páginas con una parte octava destinada a aclarar que el RDL 4/2020 se dicta de conformidad con lo establecido en el artículo 149.1.7.<sup>a</sup> de la CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación laboral sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las comunidades autónomas.

## 4.2. El contenido del artículo único del RDL 4/2020

Tras todo lo expuesto en el epígrafe anterior, interesa señalar ahora que el artículo único del RDL 4/2020 incorpora el siguiente texto: «Queda derogado el apartado d) del artículo 52 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre». En nuestra opinión, las dos líneas anteriores no merecen ninguna explicación añadida, sobre todo teniendo en cuenta que el texto es muy claro y que comporta precisamente la supresión de esta modalidad de despido objetivo, comúnmente conocida como «despido por absentismo», que en la práctica se venía utilizando especialmente en aquellos supuestos en los que los trabajadores acumulaban ausencias justificadas derivadas de enfermedad o indisposición de corta duración.

## 5. Algunas cuestiones que deben abordarse tras la derogación del artículo 52 d) del ET por medio del RDL 4/2020

Como se ha adelantado en la propia introducción, estudiaremos en este quinto epígrafe cuáles son las cuestiones que parecen plantear dudas tras la derogación del artículo 52 d) del ET por medio del RDL 4/2020, deteniéndonos en aquellas que nos resultan de particular interés.

## 5.1. ¿Desde qué fecha no opera la causa de despido objetivo reconocida en el artículo 52 d) del ET?

Pocas semanas después de que se declarase la constitucionalidad del precepto legal que regula el despido objetivo por causa de absentismo laboral (recordemos que en la STC 118/2019, de 16 de octubre, se dictaminó que el art. 52 d) ET no vulneraba ni el derecho a la integridad física –art. 15 CE–, ni el derecho al trabajo –art. 35.1 CE–, ni el derecho a la protección de la salud –art. 43.1 CE–), concretamente el día 18 de febrero de 2020, el Consejo de Ministros aprobó el RDL 4/2020, por el que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo reconocido en el artículo 52 d) del ET.

Una vez dicho lo anterior, conviene señalar ahora que en el BOE número 43, del pasado 19 de febrero, se publicó el citado real decreto-ley, estableciéndose de manera expresa en su disposición final segunda que «el presente real decreto-ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el BOE», es decir, el día 20 de febrero de 2020.

Por tanto, según los términos de la referida disposición final segunda, el RDL 4/2020 deroga, con efectos inmediatos, a partir del día siguiente al de su publicación en el BOE (20 de febrero de 2020), la causa de despido objetivo por ausencias al trabajo que viene respondiendo a la posibilidad de extinguir el contrato en aquellos supuestos en que los trabajadores incurren en una serie de faltas de asistencia, aun justificadas pero intermitentes, siempre que las mismas alcancen un determinado umbral significativo.

## 5.2. ¿Tiene carácter retroactivo la supresión de la causa de despido objetivo fundada en el llamado absentismo laboral?

Una segunda cuestión que se podría formular es si los procedimientos de reclamación judicial en curso o realizados hasta la fecha indicada deben resolverse de acuerdo con el nuevo derecho o de conformidad con lo establecido en la disposición legal ya derogada.

Por lo que respecta a esta cuestión, algún autor ha afirmado con gran acierto que tan expeditiva quiere ser la autoridad gubernamental-legislativa que ha omitido en el RDL 4/2020 (no se sabe si de una forma deliberada o no) la típica regla de derecho transitorio, «de modo que, pese a tenerse como adalid de la seguridad jurídica máxima, crea una fuente de incertidumbre en torno al ámbito temporal de aplicación» (Molina, 2020b). En este sentido, se ha señalado también que:

[...] ciertamente, no es un mal exclusivo de la norma que anotamos, sino, lamentablemente, un grave déficit endémico de calidad en la técnica legislativa. La propia reforma laboral que ahora se contrarreforma de manera radical, eliminando la causa por completo, ya adoleció de ese mal. Así lo evidenció la doctrina jurisprudencial. En ese caso, se negaba el efecto retroactivo por atribuírsele a la medida

un efecto restrictivo de garantías individuales (SSTS de 10 de diciembre de 2013, rec. 1041/2013, y 16 de junio de 2015, rec. 1590/2014). Ahora bien, la actual norma tiene un efecto evidentemente favorable a las razones de estabilidad en el empleo y, en consecuencia, ningún problema habría en dotarlo de efecto retroactivo máximo. En todo caso, al margen de la solución –que los tribunales zanjarán, o no–, el legislador debió aclarar la situación y si quería excepcionar la regla *tempus regis actum*, como parece, debió dedicar un poco de tiempo y espacio a hacerlo (Molina, 2020b).

En relación con esta cuestión, también se ha afirmado que el RDL 4/2020:

[...] no establece una prescripción expresa al respecto, pero la supresión de una causa de despido no solo supone la eliminación de una acción típica que ya no puede amparar la facultad de rescisión unilateral del contrato por parte del empresario, sino que además y por ello mismo implica un incremento de las garantías individuales del trabajador, conectadas de forma indudable con el derecho a la salud del mismo, de forma que a los procesos en marcha se debe aplicar la nueva normativa, sin posibilidad de negar efectos retroactivos a la norma prevista en el RDL 4/2020 (Baylos, 2020).

De este modo, se proponen argumentos que parecen razonables y viables para dotar de un grado de retroactividad máximo a la actual norma, al tener esta un efecto claramente favorable a las razones de estabilidad en el empleo.

Ahora bien, también parece coherente la interpretación que aboga por no reconocer los efectos retroactivos omitidos en la nueva norma, ya que, si la autoridad gubernamental-legislativa hubiese preferido establecer efectos retroactivos, sencillamente habría añadido esta referencia en el texto del RDL 4/2020. En esta misma línea, se puede sostener que, al no existir disposición alguna de retroactividad, se debe aplicar la regla general de irretroactividad del artículo 2.3 del CC, por lo que lo dispuesto en el RDL 4/2020 no puede afectar a los despidos que hayan sido efectuados conforme a la normativa anterior.

En todo caso, habrá que esperar hasta que los tribunales corroboren –o no– estas interpretaciones a través de nuevos pronunciamientos.

### 5.3. ¿Seguirá siendo posible el despido por faltas de asistencia (ya sean justificadas o injustificadas)?

Otra cuestión interesante que se puede plantear es la de determinar si aún sigue siendo posible despedir por faltas de asistencia al trabajo –ya sean justificadas o injustificadas–.

Esta cuestión nos lleva a considerar, por un lado, que la derogación de la fórmula del despido por faltas de asistencia al trabajo establecida en el artículo 52 d) del ET no ha

conllevado, de manera simultánea, la supresión del despido por absentismo laboral injustificado, que puede seguir siendo declarado procedente en virtud de lo dispuesto en el artículo 54.2 a) del ET. Al respecto, debemos recordar que este último precepto citado, que permite el despido disciplinario por faltas de asistencia injustificadas del trabajador, no ha sido modificado por medio del RDL 4/2020.

Igualmente, la presente cuestión nos conduce a señalar, por otro lado, que tampoco se ha prohibido el despido por absentismo laboral justificado, que seguirá siendo posible, si bien con la diferencia de que será declarado como improcedente (en esta misma línea, Molina, 2020b), salvo que exista alguna causa de nulidad. En este sentido, el empleador podrá seguir despidiendo a aquel trabajador que acumule faltas de asistencia justificadas con la única diferencia de que en este caso deberá hacer frente al pago de la máxima indemnización que el ET prevé para el empleado: concretamente «una indemnización equivalente a 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a 1 año, hasta un máximo de 24 mensualidades» (art. 56.1 ET). Al respecto, debemos recordar que para los contratos suscritos antes de la reforma laboral de 2012 se debe hacer un doble cálculo indemnizatorio, según el cual la indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados antes del 12 de febrero de 2012 se calculará de la siguiente forma: 45 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los periodos inferiores al año y hasta un máximo de 42 mensualidades, para el tiempo del contrato transcurrido hasta el 11 de febrero de 2012; y 33 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los periodos inferiores al año y hasta un máximo de 24 mensualidades, a partir del 12 de febrero de 2012.

Aunque en contra de esta posición anterior, existe también un sector de la doctrina que defiende la nulidad, empleando los siguientes argumentos:

El despido por absentismo justificado es [...] a partir de la derogación de la causa de despido, un despido disciplinario que castiga una conducta, la atención de los servicios de salud derivada de la enfermedad del trabajador, y que consecuentemente debe ser calificado como despido nulo al vulnerar el derecho a la vida y a la salud del trabajador que ha requerido de cuidados médicos ante su enfermedad. Ya no existe el título jurídico de lucha contra el absentismo que dio pie a la intervención del Tribunal Constitucional, de forma que decae también la justificación legal del «gravamen económico» que amparaba la causa de extinción objetiva recogida en la ley (Baylos, 2020).

Según esta doctrina:

[...] reivindicar la nulidad del despido por acumulación de faltas de asistencia justificadas por baja médica autorizada por los servicios de salud es una conclusión [...] más razonable que la de insistir en el mantenimiento de la improcedencia del despido. Posiblemente en esa opinión ha influido la importante Sentencia del

TSJ de Catalunya 274/2020, de 17 de enero (de la que fue ponente el magistrado Carlos H. Preciado), que ejercita un control de convencionalidad para eludir el juicio positivo de constitucionalidad que había establecido la STC 118/2019, y aplica el Convenio 158 OIT, además del Convenio 155 OIT y el artículo 24 de la Carta Social Europea, sobre cuya base declara el despido efectuado con arreglo al artículo 52 d) del ET improcedente. Una sentencia valiosa y también valiente, que tendría posiblemente pocas probabilidades de subsistir ante la casación por unificación de doctrina en el Tribunal Supremo, pero que estaba condicionada por la existencia de una causa justa de despido objetivo regulada en el artículo 52 d) del ET. Al decaer este motivo, la decisión empresarial no se sostiene y supone un acto de retorsión contra el ejercicio del derecho fundamental a la salud de las personas que trabajan que garantiza nuestra Constitución (Baylos, 2020).

## 5.4. ¿Ha contribuido realmente la derogación de este precepto a impedir el uso mercantil de la salud?

Una cuarta cuestión que podría ser planteada –muy estrechamente relacionada con la anterior– es precisamente si la supresión de la causa de despido establecida en el artículo 52 d) del ET puede ayudar a impedir lo que se conoce como el «uso mercantil de la salud» del trabajador.

A este respecto, entendemos que la derogación de esta polémica disposición legal no contribuye de forma decisiva a evitar «el uso mercantil de la salud» (en líneas similares, se ha manifestado algún autor, como el profesor Molina, 2020b), ya que este despido (en el que se incluye, como se sabe, el llamado despido por enfermedad) podrá reorientarse a otras causas que justifiquen la medida, como, por ejemplo, la ineptitud sobrevenida o la falta de adaptación del trabajador<sup>21</sup>. Para evitar que se produzca este uso mercantil, habría sido muy interesante que la autoridad gubernamental-legislativa hubiese incorporado expresamente –en el RDL 4/2020– el despido por enfermedad entre los llamados despidos prohibidos.

Las líneas anteriores nos llevan necesariamente a concluir que el RDL 4/2020 ha acabado finalmente con la letra d) del artículo 52 del ET, pero no así con la posibilidad de despedir por acumulación de faltas justificadas de asistencia debidas a enfermedad.

<sup>21</sup> En este punto, parece interesante subrayar que la derogación del artículo 52 d) del ET no afecta a las demás causas de despido establecidas en el artículo 52 del ET, ya que los empresarios podrán seguir despidiendo a sus trabajadores por las diferentes causas objetivas establecidas en los restantes preceptos del ET, entre las cuales se encuentran: la ineptitud del trabajador; la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo; las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; los despidos colectivos; y la insuficiencia de consignación presupuestaria para el mantenimiento del contrato de que se trate.

## 6. A modo de conclusión

De lo expuesto con anterioridad, puede concluirse que por medio del RDL 4/2020 se ha derogado finalmente el artículo 52 d) del ET: una disposición legal especialmente compleja, incómoda y ya tradicional en el ámbito del derecho del trabajo, que ha venido respondiendo –desde hace 40 años– a la finalidad de combatir el absentismo laboral justificado.

A través de este real decreto-ley, la autoridad gubernamental-legislativa no solo ha eliminado de nuestro ordenamiento jurídico-laboral desafortunados vestigios del pasado, sino que ha contribuido al logro de los siguientes objetivos: en primer lugar, garantizar el cumplimiento de la normativa de la Unión Europea y, en particular, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, cumpliendo así con el principio de primacía del derecho europeo; en segundo lugar, responder a la necesidad imperativa de evitar que se produzcan más resoluciones judiciales a nivel interno que resulten contradictorias entre sí (recordemos que en los últimos años, como se ha expuesto, algunos órganos judiciales han interpretado el art. 52 d) ET conforme a la normativa y la jurisprudencia europeas, mientras que otros se han limitado a aplicar el porcentaje previsto en el citado precepto sin sujetarlo a un juicio de adecuación y proporcionalidad); y, en tercer lugar, evitar que se produzcan, como consecuencia de la aplicación del precepto legal que se ha derogado, discriminaciones directas o indirectas para colectivos especialmente vulnerables que se hallan en un alto riesgo de exclusión profesional y social (por ejemplo, por razón de discapacidad o género).

No obstante, pese a que el RDL 4/2020 ha supuesto un notorio avance para la consecución de los objetivos previamente mencionados y ha acabado finalmente con la causa establecida en la letra d) del artículo 52 del ET, ello no es del todo suficiente, ya que dicha norma no ha acabado también con la posibilidad de despedir por acumulación de faltas justificadas de asistencia debidas a enfermedad.

## Referencias bibliográficas

Alzaga Ruiz, I. (2011). El absentismo del trabajador como causa de despido objetivo. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 150, 387-420.

Arias Domínguez, A. (2013). *Absentismo laboral*. Madrid: Civitas.

Baylos Grau, A. P. (24 de febrero de 2020). ¿Debe ser declarado improcedente el des-

pido por enfermedad tras la derogación del art. 52 d) del Estatuto de los Trabajadores? [Entrada de un blog]. Recuperado de <<https://baylos.blogspot.com/2020/02/debe-ser-declarado-improcedente-el.html>>.

Bayón Chacón, G. y Pérez Botija, E. (1977). *Manual de derecho del trabajo*. Madrid: Marcial Pons.

- Blasco Pellicer, Á. A. (2010). La reforma de la extinción del contrato de trabajo en la Ley 35/2010. En *La reforma laboral en la Ley 35/2010*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Burriel Rodríguez-Diosdado, P. (2016). Absentismo laboral y cuestiones de género. En *La incapacidad temporal en el trabajo. Régimen jurídico laboral y su configuración desde el punto de vista del absentismo*. Barcelona: Atelier.
- Cuba Vila, B. (2013). A propósito de la evolución legislativa y jurisprudencial del despido objetivo por absentismo. *Revista de Información Laboral*, 6, 37-44.
- Gómez Salado, M. Á. (2018). El despido objetivo por absentismo laboral y la determinación de la fecha a partir de la cual debe computarse el plazo de los «doce meses anteriores» que establece el art. 52 d) del ET. STS de 19 de marzo de 2018 (RJ 2018, 1517). *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 213, 317-324.
- Gómez Salado, M. Á. (2019a). *El absentismo laboral como causa del despido objetivo: puntos críticos en la redacción del artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores*. Granada: Comares.
- Gómez Salado, M. Á. (2019b). ¿Es compatible el cómputo, a efectos del artículo 52 d) del ET, de las ausencias motivadas por el ejercicio de un cargo público representativo con el derecho de participación política del artículo 23.2 de la CE? *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 52, 299-331.
- Gómez Salado, M. Á. (2019c). La adecuación del despido objetivo por absentismo al contenido de la Directiva 2000/78/CE. Un análisis al hilo de la STJUE de 18 de enero de 2018 (Caso Ruiz Conejero) y de la STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de abril de 2019. *Revista de la Unión Europea Aranzadi*, 12, 41-56.
- Gómez Salado, M. Á. (2019d). [La constitucionalidad del precepto legal que regula el despido objetivo por causa de absentismo laboral en la reciente doctrina del Tribunal Constitucional. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 118/2019, de 16 de octubre](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 441, 173-182.
- González Ortega, S. (1983). *Absentismo y despido del trabajador*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Gorelli Hernández, J. (2012). La reducción de los costes de despido en la reforma laboral española de 2010. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 14, 79-111.
- Martínez-Gijón Machuca, M. Á. (2018). Obediencia/discapacidad, absentismo y despido: el art. 52.D) ET pasa «rozando» el filtro de la Directiva 2000/78 (comentario a la STJUE de 18 de enero de 2018, asunto Ruiz Conejero). *Revista de Derecho Social*, 81, 141-152.
- Molina Navarrete, C. (2012a). [De las «reformas laborales» a un nuevo, e irreconocible, «Estatuto del Trabajo Subordinado»: comentario sistemático al Real Decreto-Ley 3/2012, de reforma del mercado de trabajo](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 348, 7-183.
- Molina Navarrete, C. (2012b). [La versión parlamentaria de la reforma laboral 2012: mayor flexibilidad, mejoras técnicas y «versos sueltos»](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 352, 5-120.
- Molina Navarrete, C. (2015). Discriminación por discapacidad y despido por absentismo. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 130, 135-159.
- Molina Navarrete, C. (13 de febrero de 2020a). Los tribunales «le roban la gloria» y se anticipan a dos compromisos del nuevo Gobierno: el despido por absentismo es

ya ineficaz por la prevalencia de la Carta Social Europea sobre la ley nacional. Recuperado de <<https://www.laboral-social.com/tribunales-roban-gloria-anticipan-dos-compromisos-nuevo-gobierno-despido-absentismo-prevalencia-carta-social-europea-sobre-ley-nacional.html>>.

Molina Navarrete, C. (19 de febrero de 2020b). Adiós al despido por absentismo justificado: expulsando, látigo jurídico en mano, a los mercaderes del templo de la salud, pero sin regla de derecho intertemporal y sin prohibición causal. Recuperado de <<https://www.laboral-social.com/adios-despido-absentismo-justificado-rdl-4-2020.html>>.

Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G. (2018). La «cosificación» del trabajador en la discriminación indirecta contra discapacitados en materia de absentismo laboral. Estudio jurídico crítico a propósito de la sentencia del TJUE de 18 de enero de 2018, asunto C-270/16: Ruiz Conejero, y el acervo comunitario sobre discriminación y discapacidad. *La Ley Unión Europea*, 57.

Moreno Gené, J. (2018). Los problemas de encaje de la extinción del contrato por ausencias

del trabajador en la Directiva 2000/78/CE. A propósito de la STJUE de 18 de enero de 2018. *Revista de Información Laboral*, 8, 61-89.

Moreno Gené, J. (2020). La extinción del contrato por absentismo: productividad empresarial versus derechos constitucionales reconocidos al trabajador. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 55, 62-106.

Moreno Gené, J. y Romero Burillo, A. M. (2013). *El despido del trabajador por motivo de sus ausencias al trabajo*. Barcelona: Atelier.

Quesada Segura, R. y Vila Tierno, F. (2020). Derecho a la igualdad y no discriminación: (art. 14 CE y normas concordantes). En J. L. Monereo, F. Vila y J. C. Álvarez (Dirs.) y B. M. López Insua (Coord.), *Derechos laborales fundamentales inespecíficos* (pp. 213-237). Granada: Comares.

Ruiz Castillo, M. M. (2012). La última modificación legal del despido por absentismo desde la nueva panorámica del despido en la reforma de 2012. *Revista de Derecho Social*, 57, 209-230.



# Tribunales virtuales y procedimiento *online*: solución de contingencia ante pandemias o evolución necesaria

**Javier Ercilla García**

*Magistrado.*

*Juzgado de lo Social número 10 de Las Palmas de Gran Canaria*

## Extracto

La evolución en las tecnologías de la información ha hecho posible que trabajos tradicionalmente presenciales o en grupo puedan desarrollarse y potenciarse a distancia. En el ámbito de la justicia, sin embargo, el empleo de estas tecnologías ha sido escaso. El presente artículo tiene por finalidad explorar las posibilidades que la tecnología puede ofrecer en el desempeño de la actividad jurisdiccional mediante la creación de tribunales virtuales a través de un procedimiento *online* en el que el justiciable pueda obtener de manera rápida y sin intermediarios una resolución conforme a derecho. Asimismo, tomando como ejemplo las plataformas distribuidas, los tribunales virtuales pueden cambiar el paradigma de la justicia mediante la creación de un auténtico tribunal de instancia de nivel estatal, en el que los procedimientos se tramiten por una inteligencia artificial que construya el procedimiento, lo depure, recopile la información y ofrezca al juzgador (elegido de forma aleatoria o mediante un sistema competitivo) un expediente virtual que se sirva de todas las ventajas de la digitalización. Los tribunales virtuales no son solo la solución a la paralización de la justicia en un supuesto de confinamiento, sino la herramienta más útil para escalar un sistema judicial que pueda responder a los aumentos puntuales en el volumen litigioso.

**Palabras clave:** inteligencia artificial (IA); justicia automatizada; juzgados virtuales centralizados y descentralizados; procedimiento *online*; vista en directo y en diferido; punto Schelling.

Fecha de entrada: 02-04-2020 / Fecha de aceptación: 02-04-2020

**Cómo citar:** Ercilla García, J. (2020). Tribunales virtuales y procedimiento *online*: solución de contingencia ante pandemias o evolución necesaria. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 446, 109-141.





# Virtual courts and online procedure: contingency solution to pandemics or necessary evolution

Javier Ercilla García

## Abstract

The evolution in information technologies has made possible that traditionally face-to-face or group work, to be developed and promoted remotely. In the field of justice, however, the use of these technologies has been scarce. The purpose of this paper is to explore the possibilities that technology can offer in the performance of jurisdictional activity through the creation of virtual courts through an online procedure in which the citizens can obtain a resolution quickly and without intermediaries. Likewise, taking distributed platforms as an example, virtual courts can change the paradigm of justice by creating an authentic court of instance at the state level, in which procedures are processed by an artificial intelligence that builds the procedure, debug and collect the information, and offer the judge (chosen at random or through a competitive system) a virtual file that uses all the advantages of digitization. The virtual courts are not only the solution to the paralysis of justice in a case of confinement, but also the most useful tool to scale a judicial system that can respond to specific increases in the volume of litigation.

**Keywords:** artificial intelligence (AI); automated justice; centralized and decentralized virtual courts; online procedure; live and deferred view; Schelling point.

**Citation:** Ercilla García, J. (2020). Virtual courts and online procedure: contingency solution to pandemics or necessary evolution. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 446, 109-141.





## Sumario

1. Introducción
2. Estado de alarma
3. *Smart courts*
4. Cuestiones legales
5. Las vistas
  - 5.1. Vistas en directo
  - 5.2. Vistas en diferido
  - 5.3. Ausencia de vistas
6. Propuestas de tribunales virtuales
  - 6.1. Opción centralizada
  - 6.2. Opción descentralizada
    - 6.2.1. Modelo ordinario
    - 6.2.2. Modelo *blockchain*
    - 6.2.3. Modo de retribución
  - 6.3. Tipos de procedimientos
  - 6.4. Acceso a la bolsa
  - 6.5. Configuración de la bolsa
  - 6.6. Coeficiente de dificultad
  - 6.7. Expediente virtual
7. Conclusiones



## 1. Introducción

El avance de la tecnología a la hora de comunicar a las personas ha permitido la multiplicación de los contactos interpersonales alrededor del globo, el crecimiento exponencial en el comercio, así como la posibilidad de que proyectos que antes requerían de la presencia de las partes puedan ahora desarrollarse de manera descentralizada.

Uno de los signos de este nuevo siglo es la descentralización, tanto en el archivo de datos (la *blockchain*), como en el desarrollo de un Gobierno corporativo (las DAO), como en el propio sistema monetario (las criptomonedas), e incluso en el ámbito de la justicia (la justicia descentralizada, con casos como [Kleros](#) o [Aragon](#)).

En definitiva, esta descentralización se sirve de las redes P2P (redes *peer-to-peer*, redes entre pares), de sistemas de comunicación a distancia, a través de videoconferencias, de bases de datos descentralizadas, y todo ello apoyado en internet.

En el ámbito de la justicia, únicamente hemos visto una evolución en este sentido en la posibilidad de llevar a cabo videoconferencias para la práctica de pruebas testificales o de pruebas periciales. Hasta el 15 de octubre de 2003, no existe en nuestra legislación mención alguna a la posibilidad de llevar a cabo videoconferencias en sede jurisdiccional. En dicha fecha, se publica en el BOE la [Declaración de aplicación provisional del Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000](#). En dicha declaración, su artículo 10 reconoce por primera vez la denominada «audición por videoconferencia» cuando una persona que se halle en el territorio de un Estado miembro deba ser oída como testigo o perito por las autoridades judiciales de otro Estado miembro.

Posteriormente, en fecha 24 de octubre de 2003, se modifica la Ley orgánica del poder judicial, por la Ley orgánica 13/2003, por la que se añade al artículo 229 el párrafo tercero, en el que se señala que las «declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas»:

[...] podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal.

Esta reforma tuvo lugar en el año 2003, sin embargo, no se ha producido ninguna evolución en las previsiones de celebración de juicios *online*, así como la incorporación de estos sistemas en los juzgados y tribunales ha sido lenta e ineficaz, con numerosos problemas de compatibilidad entre comunidades autónomas, con la necesaria creación de pasarelas de compatibilidad entre sistemas, con la imposibilidad general de llevar a cabo multiconferencias. En definitiva, dificultando la posibilidad de empleo de estas herramientas, con la consiguiente desincentivación de su uso y el resultado de un mayor costo para los justiciables y demás profesionales que se relacionan con la justicia.

La experiencia en otros países, en cambio, ha sido mucho más extensa, no solo normalizando el uso de videoconferencias, sino incluso creando jurisdicciones exclusivamente telemáticas. Así pues, tenemos entre otros el [Cibertribunal de Hangzhou](#), el [Beijing Internet Court](#) o el [Civil Resolution Tribunal](#) de Canadá (CRT).

Todos estos ejemplos suponen la plasmación a la realidad de un paso más allá de la videoconferencia, a saber, la resolución telemática de pleitos.

Con ello, se contempla la posibilidad de limitar la relación con los juzgados a pleitos exclusivamente *online*, sin personaciones, desplazamientos, ni complicados formularios, creando plataformas virtuales para la resolución de conflictos, en el seno del poder judicial. Dichas plataformas han agilizado y acercado la justicia al ciudadano, pudiendo él mismo obtener sin intermediarios la resolución de sus conflictos. Creando así un órgano judicial descentralizado y resiliente a los distintos avatares que pudieran suceder.

En los tiempos actuales, ante confinamientos decretados por el Gobierno, con la paralización de la actividad jurisdiccional, pero no de los conflictos interpersonales, se plantea la necesidad de que este tipo de tribunales virtuales se erijan, no solo como respuesta de contingencia ante situaciones extremas, sino como una solución usual a pleitos de menor complejidad que puedan resolverse de manera rápida y con un inferior coste para el ciudadano.

Consecuentemente, la creación de este tipo de tribunales en nuestro país habría de cumplir una triple finalidad: por una parte, servir de contingencia ante posibles situaciones excepcionales, en las que el Estado haya de limitar las relaciones sociales (estados de alarma, sitio o excepción); por otra parte, para acercar y facilitar la justicia al ciudadano, permitiendo que pequeños o medianos pleitos puedan ser resueltos sin desplazamiento, sin tener que citar y traer a personas a un lugar, esto es, destruyendo la concepción «centralizada» de la justicia, en un lugar físico determinado, para optar por una concepción «descentralizada y telemática» de la justicia; y, por último, como estructura dinámica y escalable con la que responder de manera eficaz a las situaciones transitorias de aumento en el volumen de asuntos.

## 2. Estado de alarma

El 17 de noviembre de 2019, un ciudadano chino de la provincia de Hubei fue diagnosticado como afecto de una neumonía de origen desconocido. A partir de dicha fecha, fueron ingresando con síntomas similares de 1 a 5 pacientes al día en esa región. En diciembre de 2019, médicos generalistas de la región de Lombardía comenzaron a detectar un «extraño tipo de neumonía». El 27 de diciembre, Zhang Jixian, médico del Hospital Provincial de Medicina Integrada China y Occidental de Hubei, comunicó a las autoridades sanitarias de China que la nueva neumonía que había aparecido se debía a un nuevo tipo de coronavirus.

A las 11:12 del 30 de diciembre de 2019, la inteligencia artificial (IA) [HealthMap](#)<sup>1</sup>, del Boston Children's Hospital, envió a los médicos una alerta de importancia 3 sobre 5, sobre casos de «neumonía de origen desconocido» en la ciudad china de Wuhan.

El 31 de diciembre de 2019, el algoritmo de la plataforma de noticias sobre la salud [BlueDot](#)<sup>2</sup> envió una alerta a sus clientes sobre un brote epidémico en Wuhan, para que evitaran dicha zona, calificada de riesgo. Posteriormente, ese 31 de diciembre de 2019, la Comisión Municipal de Salud y Sanidad de Wuhan (provincia de Hubei) informó sobre un grupo de 27 casos de neumonía de etiología desconocida, incluyendo 7 casos graves, con una exposición común al mercado mayorista de marisco de Huanan.

El día 30 de enero de 2020, el director general de la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró que el brote de SARS-CoV-2 constituía una emergencia de salud pública de importancia internacional (ESPII).

El 31 de enero de 2020, en España se diagnosticó el primer caso de coronavirus SARS-CoV-2, en la isla de La Gomera, un ciudadano alemán que había tenido un contacto estrecho con otro caso confirmado en Alemania.

El 13 de marzo de 2020, el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), el Ministerio de Justicia y la Fiscalía acordaron los servicios esenciales en la Administración de Justicia durante la fase de contención de la pandemia del SARS-CoV-2. En virtud de dicho acuerdo, se extendía a todo el territorio nacional el denominado «escenario 3», por el que se preveía

<sup>1</sup> HealthMap es una IA que monitoriza el tráfico de internet, analizando fuentes informales como agregadores de noticias en línea, informes de testigos oculares, debates elaborados por expertos e informes oficiales validados, para lograr una visión unificada y completa del estado mundial actual de las enfermedades infecciosas y su efecto en la salud humana y animal.

<sup>2</sup> BlueDot es una plataforma canadiense de vigilancia de la salud, que emplea un algoritmo de IA, que rastrea informes de investigadores, noticias, redes de enfermedades animales y vegetales, los informes oficiales etc., para identificar brotes epidémicos.

la suspensión de las actuaciones judiciales programadas y de los plazos procesales, garantizando los servicios esenciales siguientes:

- Cualquier actuación judicial que, de no practicarse, pudiera causar perjuicio irreparable.
- Internamientos urgentes del [artículo 763 de la Ley de enjuiciamiento civil](#) (LEC).
- La adopción de medidas cautelares u otras actuaciones inaplazables, como las medidas de protección de menores del [artículo 158 del Código Civil](#) (CC).
- Los juzgados de violencia sobre la mujer realizarán los servicios de guardia que les correspondan. En particular, deberán asegurar el dictado de las órdenes de protección y cualquier medida cautelar en materia de violencia sobre la mujer y menores.
- El Registro Civil prestará atención permanente durante las horas de audiencia. En particular, deberán asegurar la expedición de licencias de enterramiento, las inscripciones de nacimiento en plazo perentorio y la celebración de matrimonios del [artículo 52 del CC](#).
- Las actuaciones con detenido y otras que resulten inaplazables, como adopción de medidas cautelares urgentes, levantamientos de cadáver, entradas y registros, etc.
- Cualquier actuación en causa con presos o detenidos.
- Actuaciones urgentes en materia de vigilancia penitenciaria.
- En el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, las autorizaciones de entrada sanitarias, urgentes e inaplazables, derechos fundamentales cuya resolución tenga carácter urgente, medidas cautelarisimas y cautelares que sean urgentes, y recursos contencioso-electorales.
- En el orden jurisdiccional social, la celebración de juicios declarados urgentes por la ley y las medidas cautelares urgentes y preferentes, así como los procesos de ERE y ERTE.
- En general, los procesos en los que se alegue vulneración de derechos fundamentales y que sean urgentes y preferentes (es decir, aquellos cuyo aplazamiento impediría o haría muy gravosa la tutela judicial reclamada).

Estos servicios esenciales de los órganos jurisdiccionales representan entre un 5 y un 10 % de su trabajo usual, suponiendo, por tanto, la paralización del 90 % de la función jurisdiccional del Estado.

El 14 de marzo de 2020, se publica un BOE extraordinario (BOE núm. 67, pp. 25.390 a 25.400), con la aprobación del [Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo](#), por el que se declara

el estado de alarma, entrando en vigor el mismo día de su publicación. En su disposición adicional segunda, disponía:

1. Se suspenden términos y se suspenden e interrumpen los plazos previstos en las leyes procesales para todos los órdenes jurisdiccionales. El cómputo de los plazos se reanuda en el momento en que pierda vigencia el presente real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo.

2. En el orden jurisdiccional penal, la suspensión e interrupción no se aplicará a los procedimientos de *habeas corpus*, a las actuaciones encomendadas a los servicios de guardia, a las actuaciones con detenido, a las órdenes de protección, a las actuaciones urgentes en materia de vigilancia penitenciaria y a cualquier medida cautelar en materia de violencia sobre la mujer o menores.

Asimismo, en fase de instrucción, el juez o tribunal competente podrá acordar la práctica de aquellas actuaciones que, por su carácter urgente, sean inaplazables.

3. En relación con el resto de órdenes jurisdiccionales, la interrupción a la que se refiere el apartado primero no será de aplicación a los siguientes supuestos:

a) El procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona previsto en los artículos 114 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, ni a la tramitación de las autorizaciones o ratificaciones judiciales previstas en el artículo 8.6 de la citada ley.

b) Los procedimientos de conflicto colectivo y para la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas regulados en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

c) La autorización judicial para el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico prevista en el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil.

d) La adopción de medidas o disposiciones de protección del menor previstas en el artículo 158 del Código Civil.

4. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez o tribunal podrá acordar la práctica de cualesquiera actuaciones judiciales que sean necesarias para evitar perjuicios irreparables en los derechos e intereses legítimos de las partes en el proceso.

Esta última previsión implica una reducción aún mayor de las actuaciones que pueden llevarse a cabo por los órganos jurisdiccionales. Al fin y al cabo, los principios en los que se inspira el [Real Decreto 463/2020](#) son los de limitar al máximo las interacciones sociales, al objeto de evitar la mayor propagación del SARS-CoV-2, y, por ello, serían únicamente aquellas actuaciones indispensables, esenciales e inaplazables las que podrían celebrarse.

Siendo generosos, dichas actuaciones podrían representar un máximo de un 5 % del trabajo de un órgano judicial. Es cierto que, en el caso de los juzgados de guardia, estos siguen trabajando, no a pleno rendimiento, pero sí al menos en cuanto a los detenidos y urgentes. Por lo que dicho porcentaje mayor de los juzgados de guardia es el que hace subir a un 5 % el funcionamiento, en tiempos de estado de alarma, de los órganos jurisdiccionales de toda España. Ello implica, por tanto, que el 95 % de la labor jurisdiccional queda paralizada. Si tomamos los últimos [datos publicados por el CGPJ sobre la carga de trabajo y tasa de resolución de la justicia española](#), en el año 2018 ingresaron 5.993.828 asuntos, y se resolvieron 5.781.677 asuntos, si se toma la paralización del 95 % de la justicia durante 30 días, ello supondría que dejarían de resolverse un total de 457.716 asuntos, y si esta situación de estado de alarma se alargara a 60 días, dejarían de resolverse un total de 915.432 asuntos. Casi un millón de asuntos quedarían paralizados durante un estado de alarma de 2 meses y casi medio millón en 1 mes, y ello como consecuencia de que la limitación de las interacciones sociales implica limitar la celebración de juicios y reducir la acción de la justicia a las actividades más básicas y esenciales. En Wuhan, epicentro de la pandemia, la cuarentena, y por tanto el confinamiento de su población, duró desde el 23 de enero de 2020 al 8 de abril de 2020, a saber, 76 días, lo que supondría un total de 1.143.663 asuntos sin resolver.

### 3. *Smart courts*

Durante el XVIII Congreso Nacional del Partido Comunista de China, que comenzó en noviembre de 2012, el Tribunal Supremo del Pueblo incorporó en su «Estrategia global para una reforma profunda del sistema judicial» el desarrollo de una jurisdicción de internet.

Desde entonces, el Partido Comunista Chino ha invertido en el desarrollo de cuatro plataformas abiertas *online* para la publicación de información sobre procesos judiciales, audiencias o vistas judiciales, resoluciones judiciales y procedimientos de ejecución.

En octubre de 2016, el Tribunal Supremo del Pueblo lanzó una plataforma unificada de mediación *online* que abarca desde la admisión a trámite del procedimiento, clasificación del procedimiento, resolución y hasta retroalimentación. La plataforma tiene múltiples funciones, como la mediación antes y después de la presentación de la demanda, y la solicitud de homologación judicial del acuerdo alcanzado.

El 18 de agosto de 2017 comenzó a operar en la República Popular China el Cibertribunal de Hangzhou. Al igual que en España, ex [artículo 50.1 de la LEC](#), en China, la regla general es que la competencia territorial corresponderá al tribunal del domicilio del demandado. En la ciudad de Hangzhou tienen su domicilio social Alibaba y otras muchas empresas tecnológicas. El Grupo Alibaba es una de las mayores plataformas de comercio electrónico, por lo que los tribunales de Hangzhou experimentaron un aumento considerable del número de asuntos relacionados con el comercio electrónico, de 600 casos aceptados en 2013 a más

de 10.000 en 2016. A diferencia de lo que pasa en España con el comercio electrónico, ex [artículo 52.2 de la LEC](#), en virtud del cual, «en materia de contratos de prestación de servicios o relativos a bienes muebles cuya celebración hubiera sido precedida de oferta pública, será competente el tribunal del domicilio del asegurado, comprador o prestatario o el del domicilio de quien hubiere aceptado la oferta, respectivamente»<sup>3</sup>, en China, no hay excepción alguna, por lo que el tribunal competente sigue siendo el del domicilio del demandado. Dado los altos costos que podía significar para los usuarios litigar en Hangzhou, en vez de cambiar el sistema, mediante una reforma legal, optaron por solucionar la problemática real creando un cibertribunal y ahorrando con ello coste de transporte y personación.

El Cibertribunal de Hangzhou tiene competencia objetiva en materias civiles y mercantiles relacionadas con internet (sobre todo, el comercio electrónico) del área de Hangzhou<sup>4</sup>. Su competencia es exclusiva y excluyente, de tal manera que cualquiera que sea el domicilio del demandado en Hangzhou, las demandas habrán de presentarse ante el tribunal cibernético en vez de ante el tribunal de primera instancia de su distrito.

Para poder presentar las demandas y contestar a las mismas hay que registrarse en la web del cibertribunal. Para registrarse hay dos opciones, o acudir a Hangzhou y mostrar la identificación al secretario del tribunal –lo cual destruye la agilidad pretendida– o verificar la identidad a través de Alipay (el servicio de pagos del Grupo Alibaba). Alipay es admitida por el tribunal como una plataforma válida de verificación de identidad, dado que previamente a ello, para registrarse en Alipay, hay que estar registrado en Taobao, un portal de negocios de persona a persona (al estilo de Ebay), creado también por el Grupo Alibaba, que exige una verificación de la identidad ante la empresa para poder comerciar. En definitiva, el Cibertribunal de Hangzhou se asegura de que a través de este doble filtro –unido

---

<sup>3</sup> El Tribunal Supremo, amparándose en la [Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril](#), sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y en el [artículo 90.2 del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios](#), ha considerado que en los contratos celebrados por internet o a distancia, al producirse una oferta pública de venta de los productos, nos encontraríamos ante el supuesto de hecho del [artículo 52.2 de la LEC](#), y, por ende, el fuero sería el del domicilio del comprador.

<sup>4</sup> La lista de competencias es la siguiente:

- Disputas relativas a compras *online* de bienes, acuerdos de servicios *online* y pequeños contratos de préstamo *online*.
- Disputas relativas a la propiedad intelectual y la infracción de los «derechos de autor de internet».
- Infracción de los derechos personales (injurias y calumnias) a través de internet.
- Reclamaciones de responsabilidad por productos comprados *online*.
- Disputas de nombres de dominio.
- Disputas derivadas de la Administración basada en internet.
- Otros casos civiles y administrativos relativos a internet asignados al tribunal cibernético por un tribunal superior.

a la colaboración que el Grupo Alibaba tiene con el Gobierno chino– las identidades de los registrados son las correctas.

Una vez registrado, se podrá presentar la demanda, presentar la prueba y solicitar la celebración del juicio. Igualmente, para contestar a la demanda, se recibirá el oportuno *e-mail* comunicando la existencia del procedimiento y el tiempo para contestar. Dado que en su mayoría serán reclamaciones de compra por internet del propio grupo Alibaba, será este el que conteste a través de la plataforma. La vista se celebrará mediante videoconferencia, cuyos datos estarán encriptados (para asegurar la privacidad) usando tecnologías de seguridad proporcionadas por Alibaba Cloud.

En la demostración que se hizo ante los medios de comunicación, en agosto de 2017, la primera disputa que tuvo lugar fue por violación de los derechos de autor, entre un escritor y una empresa web. El juicio duró 20 minutos, siendo ese el tiempo que la propia web del cibertribunal señala como media de los procedimientos.

El juicio se desarrolla mediante una interfaz gráfica en la que a un lado se encuentra un avatar con forma de juez y al otro lado, en pantalla dividida, los litigantes que operan a través de videoconferencia. En dicho juicio, el avatar va haciendo una serie de preguntas estereotipadas acerca de la admisión de prueba y de su impugnación, la práctica de alguna prueba testifical y la conclusión del juicio.

Desde el año 2017, este tribunal ha admitido un total de 118.764 casos y ha resuelto 88.401 litigios.

El elemento más importante que hay que tener en cuenta a la hora de valorar este experimento judicial cibernético puesto en marcha por la Administración china es la [declaración de uno de los funcionarios del cibertribunal](#): «Poner funciones simples como esa en manos del juez virtual ayuda a aliviar la carga sobre los jueces humanos, que supervisan los procedimientos y hacen las principales resoluciones en cada caso».

La tramitación de todo el procedimiento se hace a través de una IA, cuya función es depurar la prueba, hacer constar las oposiciones a la misma y grabar diversas declaraciones. Al final de todo el proceso *online*, existe un juez humano que resuelve la controversia. Todos los casos son atribuidos a su resolución por un juez presidente (承办法官), que habrá de dictar la sentencia. La finalidad, por tanto, es la de aliviar la carga a los jueces humanos de celebrar vistas, recibir pruebas, oír testigos, etc., para que, una vez recibida, ordenada y clasificada por un tramitador IA toda la información, el juez pueda entrar a resolver. En el cibertribunal pueden aportarse las mismas pruebas que en un tribunal usual, a saber, las previstas en el artículo 63 de la LEC de la República Popular China<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Declaraciones de las partes, certificado documental, evidencia física, materiales audiovisuales, datos electrónicos, testimonio de testigos, opinión de expertos, reconocimiento judicial.

La crisis del SARS-CoV-2 en China no suspendió las vistas del cibertribunal, que siguió funcionando con normalidad entre enero y marzo de 2020.

El 28 de septiembre de 2018, a semejanza del Cibertribunal de Hangzhou, se puso en marcha la Corte de Internet de Guangzhou, en la provincia de Guangdong, para la resolución de litigios sobre propiedad intelectual en internet, pleitos de comercio electrónico, problemas de derechos de autor y préstamos *online*. Al igual que el cibertribunal, continuó funcionando durante la epidemia a su ritmo usual.

El 9 de septiembre de 2018, comenzó a impartir jurisdicción el [Beijing Internet Court](#). Las bases de funcionamiento de dicha corte son las mismas que las del Cibertribunal de Hangzhou y Guangzhou, a saber, en palabras de su vicepresidente, Li Jingwei, «el juez de IA ayudará a los jueces del tribunal a completar el trabajo básico repetitivo, incluida la recepción de litigios, lo que permitirá a los profesionales centrarse mejor en su trabajo de valorar la prueba».

La agilidad del sistema se encuentra en que es una IA la que tramita todo el procedimiento y al juez solo le queda entrar a resolverlo. En definitiva, lo que se trata es de automatizar la tramitación de procedimientos, agilizar y adelantar la celebración de las vistas y ahorrar costes a los justiciables, tanto de personación, representación, etc., siendo así que el juez no está presente en las vistas, sino que las mismas están dirigidas por un juez avatar IA.

Como señalaba [Zhang Wen](#), presidente del Beijing Internet Court, del 3 al 20 de febrero de 2020, durante el periodo más intenso de la epidemia, cuando casi todos los ciudadanos permanecían confinados en sus hogares, el tribunal recibió 2.681 asuntos, con un promedio diario de 150 asuntos, básicamente el mismo volumen que antes del brote epidémico. Asimismo, añadió que:

La emergencia de salud pública sin precedentes del COVID-19 ha empujado a los tribunales de todo el país a comenzar a probar juicios en línea. El Tribunal de Internet de Beijing puede compartir la experiencia de nuestras prácticas pioneras y ayudar a establecer protocolos de litigios en línea en el ciberespacio.

Al hilo de lo señalado por Zhang Wen, a raíz del estallido de la epidemia de SARS-CoV-2 en enero de 2020, con el objetivo de controlar la epidemia y frenar la propagación del virus, la mayoría de las instituciones de China, incluidos los tribunales, dejaron de operar en sus oficinas. Así, la gran mayoría de los ciudadanos chinos, incluidos los jueces, los abogados y las partes, tuvieron que quedarse en sus domicilios, a semejanza de lo que ocurrió en España a raíz de la declaración del estado de alarma el 14 de marzo de 2020. Para continuar con la actividad jurisdiccional y no paralizarla o reducirla a los servicios esenciales, como ocurrió en España, todos los tribunales chinos de la provincia de Hubei se convirtieron de un día para otro en «tribunales de internet», a semejanza de los tribunales de Hangzhou, Beijing y Guangzhou. Muchos tribunales pusieron a disposición de los justiciables servicios de

litigación *online* (China Mobile WeCourt [中国移动微法院] de WeChat), tratando con ello de mimetizar las funciones y forma de proceder de los tribunales de Hangzhou, Beijing y Guangzhou. Los tribunales tuvieron que comenzar a improvisar vistas y juicios *online*, a través de distintas herramientas existentes, como WeChat, para poder celebrar vistas, dictar sentencias y comunicarlas, así como servicios como Alipay, para hacer los correspondientes abonos de las condenas y transferencias a los acreedores. Uno de los casos es el del juez [Zhu Haifeng](#), quien resolvió uno de muchos litigios a través del microtribunal móvil, una plataforma creada para los tribunales de Hangzhou, Beijing y Guangzhou, para resolver litigios a través de una plataforma para *smartphones*, resolviendo, entre otros, pleitos sobre adeudo de salarios. En sus declaraciones sobre la experiencia, comentó: «Los microtribunales móviles son rápidos y fáciles, ¡nos ahorran mucho tiempo! ¡Son impresionantes!»<sup>6</sup>. Son otros muchos los casos de juicios telemáticos celebrados a consecuencia del confinamiento, como el del juez Li Wanjun, que a través de la misma plataforma de microtribunal móvil efectuó un careo entre las partes a través de una videollamada múltiple, logrando que los litigantes alcanzaran un acuerdo de conciliación, o el del juez [Huang Wenjuan](#), del Tercer Tribunal de Ningbo Yinzhou, quien celebró a través del microtribunal móvil, en una mañana, tres juicios con partes que se encontraban cada una a miles de kilómetros, estando las mismas recluidas en sus domicilios.

En definitiva, la experiencia adquirida y el laboratorio de ideas que supuso la creación de los tribunales de Hangzhou, Beijing y Guangzhou permitieron que durante la cuarentena por el SARS-CoV-2 los tribunales de Hubei pudieran seguir funcionando, celebrando juicios y dictando resoluciones. El Tribunal Supremo del Pueblo en 2015 hizo mención por primera vez a los denominados «*smart courts*», en los cuales se combinan distintas tecnologías de la denominada «Cuarta Revolución Industrial», a saber, la digitalización íntegra de los expedientes, pruebas residenciadas en una *blockchain*, asistentes inteligentes para el manejo de casos y trabajos administrativos (análisis de riesgos en la presentación de las demandas, como los porcentajes de estimación, costos medios asociados, etc., identificación de la complejidad de los casos, reconocimiento de texto de archivos digitalizados, transcripción de voz a texto, elaboración inteligente de perfiles de elementos del caso, recomendación precisa de leyes conexas y casos similares de referencia, generación automática y corrección de documentos judiciales, etc.). Ello ha permitido no solo la creación de tribunales más rápidos, sino también la cercanía de los mismos a una sociedad que valora la «portabilidad», como un elemento esencial en sus vidas, para poder litigar a través de sus *smartphones* sin intermediarios, y, por último, la existencia de tribunales resilientes a situaciones que puedan implicar el confinamiento de la población.

Otro ejemplo de tribunal *online* resiliente a una pandemia es el [British Columbia Civil Resolution Tribunal](#) (CRT) de Canadá. Dicho tribunal *online* es un tribunal administrativo que

<sup>6</sup> Cita original: «移动微法院方便快捷·为我们节省了很多时间！很赞».

forma parte del sistema de justicia pública canadiense, sus miembros son independientes y neutrales, y están obligados a aplicar la ley y dictar resoluciones ejecutables. Este tribunal tiene competencia objetiva para resolver litigios sobre lesiones en accidentes de tráfico hasta 50.000 dólares canadienses, reclamaciones civiles de cantidad hasta 5.000 dólares canadienses, litigios sobre propiedad horizontal de cualquier cantidad y litigios societarios de cualquier cantidad. A diferencia del Cibertribunal y la Corte de Internet de China, su jurisdicción no es exclusiva y excluyente, sino que es voluntaria, pudiendo las partes a elección acudir o no a ella. Las pruebas en dicho tribunal han de ser presentadas todas en formato digital. Así, las declaraciones de testigos y peritos han de hacerse por escrito, y habrán de ser firmadas, fechadas y enviadas a la persona que solicita la declaración.

En el CRT de Canadá, las declaraciones testificales han de ser siempre por escrito, sin que se admita una declaración testifical en archivo de vídeo (los archivos de vídeo sirven únicamente para probar circunstancias materiales del caso, daños, defectos, lesiones, etc.). Sus resoluciones son impugnables bien ante el Tribunal Provincial de la Columbia Británica o bien ante el Tribunal Superior de Justicia de la Columbia Británica, dependiendo del caso y de la fecha de la resolución.

El CRT de Canadá sí precisa de una oficina de tramitación, a diferencia de los Cibertribunales de Hangzhou, Beijing y Guangzhou en los que un tramitador IA se encarga de recopilar las pruebas, acordar la celebración de las vistas en las que se practican las pruebas en vídeo y remitir el expediente entero al juez presidente (承办法官) encargado de resolver. En el CRT, la demanda es *online*, para ello el actor pasa por un «explorador de demandas», en el que se le hacen una serie de preguntas para poder concretar de qué se trata su reclamación, si el tribunal es competente y ofrecerle un «*smart-form*» o formulario inteligente, en el que rellenará los datos necesarios para formular la demanda. Una demanda por tanto estereotipada, con los elementos necesarios para que el demandado conozca los hechos por los que se acude contra él y para que el juez pueda finalmente resolver. En dicha demanda, será necesario hacer constar los datos esenciales del demandado que permitan su citación. La citación se hará al modo tradicional, a saber, por correo, si bien la respuesta del demandado podrá hacerse en papel o en línea. La jurisdicción del CRT es exclusiva, pero no excluyente, de tal manera que, si un demandado no quiere litigar en el CRT, deberá invocar las razones (una de las cuales es que la forma *online* de la disputa podría generar indefensión en la parte) y solicitar la exención al Tribunal Superior de Justicia de la Columbia Británica (Corte Suprema) para que el asunto sea conocido por los tribunales provinciales. En definitiva, el CRT es un fuero que exige sumisión de las partes expresa o implícita, pero voluntaria, para la resolución de los asuntos atribuidos a su competencia. En suma, es un tribunal arbitral *online* de sumisión voluntaria.

A raíz de la pandemia por el SARS-CoV-2, el CRT continuó operativo, tomando las medidas oportunas para la protección de la salud de las partes, el personal y el público no remoto. El tribunal siguió funcionando con normalidad y no se adoptaron medidas de extensión de prescripción, prevista en la Limitation Act, así como tampoco el plazo procesal de oposición

formal a monitorios. Medidas estas que no fueron acordadas por el Poder Legislativo, y que, por ende, el CRT no podía adoptar. Ahora bien, sí se permitió extender el plazo de contestación ordinario a la demanda, o cualquier otro plazo en el seno de un proceso que no fuera de reclamación menor (semejante al monitorio), para lo cual las partes habían de contestar directamente al CRT que resolvería conceder o no prórrogas en los plazos *uti singuli*, todo ello en virtud de la regla 1.2(2) del CRT, conforme a la cual: «En circunstancias excepcionales, el tribunal puede renunciar a la aplicación de una regla o cronograma para facilitar la resolución justa, asequible y eficiente de las controversias».

Asimismo, se decidió no tramitar solicitudes de resolución y demandas hasta, al menos, el 1 de mayo de 2020.

## 4. Cuestiones legales

Del examen de los distintos casos expuestos *ut supra*, lo que se aprecia claramente es que la presencia del juez como testigo directo de las actuaciones judiciales queda reducida al mínimo, cuando no eliminada. El principio de inmediación, por tanto, queda seriamente mermado.

Así pues, de los ejemplos expuestos, apreciamos dos modelos de justicia virtual, la opción china, en la que los juicios se celebran ante un juez IA, un avatar que se encuentra presente durante la «vista», pero que tiene una labor puramente pasiva, da la palabra a las partes, sanea el proceso y son los litigantes quienes hacen las preguntas oportunas a terceros intervinientes (testigos, peritos, etc.). A continuación, esa IA empaqueta toda la información sobre el procedimiento y se la pasa al juez presidente (承办法官), quien emite la resolución oportuna. La IA puede tener mínimas intervenciones en el procedimiento, dado que es quien dirige el mismo, así en la prueba al público que se hizo en 2017, el juez avatar IA preguntó a las partes: «¿Tiene el demandado alguna objeción a la naturaleza de las pruebas judiciales de *blockchain* presentadas por el demandante?», de lo que se deduce, por tanto, que el juez avatar IA se limita a dirigir el procedimiento y constatar lo que acaece en el mismo, para que el juez presidente dicte la resolución. En definitiva, se elimina el trabajo de «sala» y se potencia el trabajo de «despacho». Todo ello permite ahorrar en espacios físicos, en auxilios, tramitadores y gestores. Por ende, la oficina judicial, en este tipo de asuntos, queda reducida a un espacio físico necesario para ubicar a los servidores y a los ingenieros informáticos que continúen desarrollando y depurando el código de la IA.

La opción canadiense se limita a digitalizar la totalidad del procedimiento y, en aquellos casos que no sea posible, a que la oficina judicial lo digitalice. El ciudadano no debe acudir a una vista, ni siquiera esta tiene lugar, sino que cada parte aporta sus pruebas, en su caso las solicitadas por la contraparte, y una vez que todos los elementos se reúnen en la causa, por una oficina judicial «física», esta es pasada al juzgador para que resuelva. No hay una

audiencia o vista, por lo que igualmente se prescinde de ese espacio físico que existiría en el supuesto de una pluralidad de juzgados, en su lugar, igualmente existirán servidores, pero, al no haber una IA detrás que tramite el procedimiento, el aspecto de programación se limita al mantenimiento del *frontend* de la web del tribunal.

En ambos casos, no hay un acto físico en el que el juez perciba de manera «inmediata» las pruebas. En el caso chino, las testificales o periciales se recibirán en un archivo video-gráfico (art. 299.2 LEC), en el caso canadiense, las testificales o periciales serán necesariamente por escrito, quedando reservada la prueba videográfica a la exposición de daños, defectos, lesiones y otros elementos semejantes al «reconocimiento judicial»; en definitiva, el caso canadiense, al convertir toda testifical en una declaración documental, implica volver a un procedimiento semejante al de la LEC de 1881.

Ambos casos, como posibles configuraciones de una futura jurisdicción telemática, *online* o virtual, nos obligan a hacer un estudio sobre los principios constitucionales que resultan afectados, a saber, el de oralidad y el de intermediación. Si se examina la [exposición de motivos de la LEC 1/2000, de 7 de enero](#), resultan de interés las menciones que se hacen en torno a estos principios. Así pues, en su parte I, se dispone que:

La efectividad de la tutela judicial civil debe suponer un acercamiento de la justicia al justiciable, que no consiste en mejorar la imagen de la justicia, para hacerla parecer más accesible, sino en estructurar procesalmente el trabajo jurisdiccional de modo que cada asunto haya de ser mejor seguido y conocido por el tribunal, tanto en su planteamiento inicial y para la eventual necesidad de depurar la existencia de óbices y falta de presupuestos procesales [...], como en la determinación de lo verdaderamente controvertido y en la práctica y valoración de la prueba, con oralidad, publicidad e intermediación.

La [Ley de 7 de enero de 2000](#) parte de un espíritu de enfrentamiento al modelo de 1881, un procedimiento esencialmente escrito, lento y en el que el ciudadano difícilmente llegaba a tener un contacto con el juzgador, más allá de las resoluciones que el mismo emitía. Se percibía, por tanto, una lejanía de los jueces respecto de los justiciables y, por ende, una valoración ajena de sus pruebas y una ajenidad en las funciones de saneamiento del proceso y valoración de la prueba. De ahí que la exposición de motivos continúe señalando:

Así, la realidad del proceso disolverá la imagen de una justicia lejana, aparentemente situada al final de trámites excesivos y dilatados, en los que resulta difícil percibir el interés y el esfuerzo de los juzgados y tribunales y de quienes los integran.

Es decir que la [Ley de 7 de enero de 2000](#) es una solución a esa percepción, un proceso más acorde con los principios constitucionales, pero sin implicar que la anterior regulación fuera contraria a dichos principios. Un justiciable que puede ver cómo el juez o magistrado

realiza su labor en sala, admitiendo e inadmitiendo prueba, valorando la misma, estimando y desestimando en vista los recursos, etc., puede apreciar «el interés y esfuerzo» del mismo. En la parte IX de la exposición de motivos se insiste en la idea de la intermediación, de la «presencia» del juez o magistrado, al señalar:

Cabe destacar un singular énfasis en las disposiciones sobre la necesaria publicidad y presencia del juez o de los magistrados –no solo el ponente, si se trata de órgano colegiado en los actos de prueba, comparecencias y vistas. Esta insistencia en normas generales encontrará luego plena concreción en la regulación de los distintos procesos, pero, en todo caso, se sanciona con nulidad radical la infracción de lo dispuesto sobre presencia judicial o intermediación en sentido amplio.

La presencia del juzgador, por lo tanto, se concibe como necesaria para que la oralidad, constitucionalmente contemplada, tenga virtualidad. Ello, no obstante, lo cierto es que en los últimos tiempos se han dado pasos hacia la eliminación, al menos en la jurisdicción civil, de dicho principio de oralidad, por lo que, haciendo una interpretación amplia y teniendo en cuenta algunas excepciones ya existentes, podría plantearse el desarrollo de un procedimiento de este tipo, a saber, con una tramitación *online* y automatizada. En primer lugar, el principio de oralidad ha sido formulado en el [artículo 120.2 de la Constitución española](#) (CE), estableciéndose que «el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal». La nueva LEC optó por estructurar la primera instancia bajo dicho principio, a través de la técnica de las audiencias, dos en el caso del juicio ordinario (audiencia previa y juicio) y una en el caso del juicio verbal (vista). Sin embargo, la [Ley 42/2015, de 5 de octubre](#), de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, introdujo una modificación en los juicios verbales. Aparte de añadir la contestación por escrito, contempló la posibilidad de no celebrar vista en los juicios verbales, así señala su exposición de motivos:

Del mismo modo, siempre que el tribunal lo considere pertinente, se otorga a las partes la posibilidad de renunciar a la celebración del trámite de vista y se exige que se anuncie con antelación la proposición de la prueba del interrogatorio de la parte.

Consecuentemente, como opción voluntaria de las partes, y siempre que pase el tamiz de pertinencia del juzgador, puede concluirse el procedimiento de forma exclusivamente escrita. Consecuentemente, sería posible, en aquellos pleitos en los que las partes estuvieran conformes en no celebrar vista, que los mismos se desarrollaran a través de una plataforma *online* con un tramitador IA, que llevara a cabo las labores de recopilación, saneamientos y constatación de las objeciones respectivas del acervo probatorio a valorar. En definitiva, se pasaría de un procedimiento esencialmente escrito en el que el trámite se haría por un funcionario humano a un procedimiento escrito digitalizado donde el trámite lo llevara una IA. A efectos de tutela judicial efectiva, el resultado sería el mismo.

Ahora bien, la problemática vendría de la mano de las testificales, esto es, la imposibilidad de practicar las mismas cumpliendo con el principio de intermediación. En el CRT de Canadá, las declaraciones testificales han de ser siempre por escrito, sin que se admita una declaración testifical en archivo de vídeo (los archivos de vídeo sirven únicamente para probar circunstancias materiales del caso, daños, defectos, lesiones, etc.). En nuestro sistema procesal, no obstante, también tenemos excepciones a la oralidad de las declaraciones. Por ejemplo, el carácter escrito del interrogatorio al Estado, comunidad autónoma, entidad local u otro organismo público, en cuyo caso su declaración se efectúa por escrito ([art. 315.1 LEC](#)). Igualmente, el principio de oralidad también sufre una limitación relevante en los recursos, tanto en el de apelación como en los extraordinarios por infracción procesal y casación, dado que en todos ellos solo se permite la oralidad en el supuesto de celebrarse una vista ([arts. 464, 475 y 486 LEC](#), respectivamente). Consecuentemente, una reforma legal que abogara por la posibilidad de efectuar declaraciones por escrito (o en archivo de vídeo), de partes, testigos y peritos (más allá del contenido de su pericia, aun cuando resultara redundante), podría permitir un sistema análogo al del CRT de Canadá, el Cibertribunal de Hangzhou o la Corte de Internet de Pekín. Esta reforma debería, asimismo, establecer una excepción al [artículo 137.1 de la LEC](#), dado que el mismo es tajante a la hora de señalar que:

Los jueces y los magistrados miembros del tribunal que esté conociendo de un asunto presenciarán las declaraciones de las partes y de testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos, así como la crítica oral de su dictamen y cualquier otro acto de prueba que, conforme a lo dispuesto en esta ley, deba llevarse a cabo contradictoria y públicamente.

En el mismo orden de cosas, la posibilidad de celebrar una vista o audiencia previa, en la que presentar las pruebas y manifestar lo que se tuviera por conveniente respecto de las aportadas por la contraparte, encontraría el óbice de la regulación actual ante una IA, a menos que se admitiera dentro del término «el juez o los magistrados» del [artículo 137.2 de la LEC](#)<sup>7</sup> la posibilidad de un juez avatar IA, que, en todo caso, no sería más que un tramitador IA encargado de recibir, recopilar, clasificar y presentar la información al juez humano.

En todo caso, cabría plantearse qué diferencia ontológica existe entre una videoconferencia practicada en el seno de una vista, ante un juez que puede tener una posición «pasiva» en el procedimiento, como en civil, y, por ende, no efectúa preguntas a las partes, testigos o peritos; y una grabación de un interrogatorio, testifical o pericial, practicada en un momento dado, con preguntas y repreguntas de las partes litigantes, en cuyo desarrollo el juez ha tenido la misma porción de actividad, ninguna. Es decir que un interrogatorio

<sup>7</sup> Artículo 137.2 de la LEC: «Las vistas y las comparecencias que tengan por objeto oír a las partes antes de dictar una resolución se celebrarán siempre ante el juez o los magistrados integrantes del tribunal que conozca del asunto».

testifical o pericial grabado puede copar las mismas cotas de oralidad e intermediación que un interrogatorio testifical o pericial efectuado por videoconferencia en la que el juez no efectúe pregunta alguna. Y siendo así que en civil, ex [artículo 217 de la LEC](#), la distribución de la carga de la prueba resuelve los problemas de ausencia probatoria, una configuración del proceso al modo de los Cibertribunales de Hangzhou, Beijing y Guangzhou podría hallar encaje constitucional en nuestro país.

En definitiva, la posibilidad de crear tribunales virtuales que conozcan de determinadas materias en jurisdicciones distintas a la penal tiene encaje constitucional, ahora bien, para ello, la regulación contenida en el [capítulo III](#) («De la intermediación, la publicidad y la lengua oficial») de la LEC (de aplicación supletoria al resto de jurisdicciones ex [art. 4 LEC](#)) debería ser reformada para poder adaptarse y posibilitar la celebración de juicios en plataformas *online*, con pruebas testificales, interrogatorios o periciales escritas o en soporte videográfico, siendo lo más conveniente la adopción de dicho sistema con limitación por materias y cantidad.

## 5. Las vistas

La creación de tribunales virtuales y, por ende, de procedimientos *online* presenta como único elemento controvertido la celebración de «vistas». Los escritos de demanda y contestación no plantean problemas, como tampoco las conclusiones, cuya formulación por escrito está ampliamente aceptada en según qué ocasiones. Sin embargo, las «vistas» o «audiencias» son aquellos elementos que más reticencias pueden suponer a la hora de crear un procedimiento *online* en un futuro tribunal virtual. Las soluciones a esta cuestión pueden ser diversas, si bien parten de la distinción entre «vistas en directo», «vistas en diferido» y ausencia total de vistas.

### 5.1. Vistas en directo

Las «vistas en directo» son una de las soluciones adoptadas por China, en ellas tiene lugar una videoconferencia múltiple entre las partes, presidida por el juez. En dicha «vista telemática», una vez formulados los distintos escritos de demanda y contestación, se sanea el procedimiento, se admiten pruebas, se formulan las objeciones a las mismas, se practican *in situ* estas y se emiten las conclusiones. Es decir, todo ocurre en un mismo acto –principio de unidad de acto– y de manera simultánea.

Durante el confinamiento de la provincia de Hubei, los jueces y magistrados hicieron uso de los microtribunales móviles, una plataforma creada para los Cibertribunales de Hangzhou, Beijing y Guangzhou, para resolver litigios a través de una plataforma para *smartphones*, basada en la aplicación WeChat. Los jueces presidían la vista a través de videoconferencias

múltiples y conectaban con las distintas partes, testigos, peritos y demás intervinientes, resolviendo posteriormente a través de dicha aplicación el pleito. Ahora bien, esta fue la solución adoptada en China por los jueces y magistrados como opción de contingencia, sin embargo, las vistas celebradas por los Cibertribunales de Hangzhou, Beijing y Guangzhou no siempre están presididas por el juez presidente (承办法官). En dichos cibertribunales, las vistas pueden estar ora presididas por el juez presidente, ora por un avatar IA que represente a un juez, siendo este juez presidente el que finalmente dicte la resolución una vez recibida la grabación de la vista; este segundo caso es el de las «vistas en diferido».

## 5.2. Vistas en diferido

Las «vistas en diferido» son aquellas en las que la producción simultánea de actos procesales tiene lugar sin que haya un juez humano presidiendo los mismos, sino que la intermediación del juez tendrá lugar en un momento posterior. Esta opción choca de frente con la previsión del [artículo 137.1 de la LEC](#), conforme al cual los jueces y magistrados «[...] presenciarán las declaraciones de las partes y de testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos [...]».

Es decir, en China tienen lugar «vistas en directo» y «vistas en diferido», dependiendo del asunto de que se trate. Frente a estas segundas, en ellas no hay una intermediación del juez, este no las preside y las dirige de manera inmediata, sino de forma mediata a través de un avatar de IA que se limita a dar la palabra a las partes para cada una de las finalidades propias de una audiencia previa ([arts. 414 a 429 LEC](#)), así como para la práctica de la prueba y conclusiones. Dada la posición pasiva del juez en el procedimiento chino, su labor, perfectamente estructurada en las leyes rituales y, por ende, asumible por un algoritmo, es desarrollada por un avatar con imagen de juez, movido por una IA.

Por tanto, las «vistas telemáticas» pueden ser con presencia de un juez humano (en directo) o con presencia de un juez artificial y posterior visionado por el juez humano (en diferido). La opción por una u otra alternativa parte de la necesaria intervención humana en el procedimiento, y por la mayor o menor celeridad que quiera darse a la tramitación y resolución de los litigios. Si procesalmente el juez tiene una posición muy activa en las vistas, la sustitución del mismo por una IA se hace difícil, si no imposible. Igualmente, si la posición del juez es la de un mero moderador, repartidor de la palabra y recopilador de la información que se vierte en la vista, una IA podría asumir dicha posición y «librar» al juez del tiempo de esa vista y, sobre todo, de los tiempos de espera entre una vista y otra, con el consiguiente ahorro de tiempo y aprovechamiento del mismo para el dictado de resoluciones. A ello se refieren los propios funcionarios del Cibertribunal de Hangzhou, cuando señalaban que: «Poner funciones simples como esa en manos del juez virtual ayuda a aliviar la carga sobre los jueces humanos, que supervisan los procedimientos y hacen las principales resoluciones en cada caso».

### 5.3. Ausencia de vistas

La ausencia de vistas es la opción adoptada por el CRT de Canadá. En dichos procedimientos, las declaraciones de las partes, testigos o peritos habrán de hacerse por escrito, el cual habrá de ir firmado por el suscribiente. Este procedimiento se acerca bastante al que en su día regía bajo la vigencia de la LEC de 1881, si bien con la rapidez y dinamismo que aporta una plataforma *online* cuyo acceso es universal y móvil. Una opción como la del CRT limita la posibilidad de efectuar preguntas a dicho testigo por las contrapartes, lo que limita demasiado el derecho de defensa y, en definitiva, la tutela judicial efectiva.

En suma, de estas tres opciones, la más cercana a nuestra legislación actual y la más factible sería la primera, la más lejana y problemática sería la tercera, y la más ágil, atrevida y prometedora sería la segunda. Centrándonos en esta última, la finalidad es obtener un procedimiento rápido, que permita eliminar los «lags» o tiempos vacíos en el trabajo de un juzgador, centrar su labor en aquello que aporta valor –siempre que el procedimiento se convierta en un mero trámite o escenario del que recopilar la información que las partes quieran volcar– y, con todo ello, lograr una respuesta rápida y eficaz de los tribunales al ciudadano. Un procedimiento que se elabore solo a través de automatismos y que se ofrezca «construido» al juzgador, para que este entre a estudiarlo y resolverlo, permite evitar los tiempos de espera improductivos, acudir a aquellos elementos que interesan al juzgador y resolver en plazos óptimos.

## 6. Propuestas de tribunales virtuales

La posibilidad de crear tribunales virtuales se erige no solo como una necesidad en tiempos de pandemia y confinamiento, sino como una evolución lógica al objeto de adaptar los tribunales a una sociedad «móvil» y «portable», en la que impera la «inmediatez», la ausencia de «intermediarios» y la «descentralización». Pero incluso más allá de las dos soluciones que han aportado este tipo de tribunales en sus países de origen, a saber, evolución necesaria en China y Canadá, para adaptar la justicia a las nuevas tecnologías, y herramienta de contingencia para no paralizar la justicia durante el confinamiento en China; además, en el caso español, este tipo de tribunales puede erigirse como una exigencia ante la avalancha litigiosa que devendrá tras la conclusión del estado de alarma y la aparición de sus consecuencias sociales, económicas y, por ende, jurídicas.

El corolario que devendrá tras el estado de alarma supondrá la necesidad de adoptar soluciones creativas ante un escenario litigioso que se antoja numeroso, y que puede chocar con el cuello de botella de la oficina judicial primero y de los juzgadores después. En consecuencia, una reorganización de los medios humanos de resolución y la adopción de soluciones IA en la tramitación podrían solventar, mediante la descentralización, lo que en términos informáticos podría devenir en un ataque DDos, o de denegación de servicio. Esto es, cuando el exceso de peticiones a un servidor hace que el mismo se caiga y deje de prestar servicios.

## 6.1. Opción centralizada

Una primera solución podría ser la elección del modelo chino, así, pues, podrían crearse tribunales virtuales centralizados (TVC) en aquellos lugares en los que el exceso de determinado tipo de asuntos podría hacer necesaria la creación de tribunales virtuales que den salida a reclamaciones litigiosas determinadas. Dichos asuntos podrían ser fijos, un *numerus clausus* de pleitos concretados, o variables, un *numerus apertus* que permita añadir –en función de los porcentajes de entrada de cada tipo de asunto en el partido judicial– el conocimiento de nuevos asuntos, para liberar a los juzgados «físicos».

Estos tribunales tendrían una jurisdicción exclusiva, pero no excluyente, es decir, su fuero sería de sumisión voluntaria por las partes, al igual que en el CRT de Canadá. Consecuentemente, si el demandado considera que la tramitación de la causa a través de un medio telemático podría generarle indefensión, alegado así por el mismo, el procedimiento automáticamente pasaría a reparto entre los juzgados «físicos». Ahora bien, una vez contestada la demanda por el demandado, y aportadas las pruebas, el mismo no podría oponerse a la continuación hasta sentencia del asunto, a menos que se presente un acuerdo entre las partes para su homologación.

La jurisdicción de estos tribunales estaría limitada territorialmente al partido judicial en el que tuviera el tribunal su sede, si bien dicha sede tendría una significación puramente administrativa, dado que todo el trámite se haría telemático. Así pues, en el caso del Cibertribunal de Hangzhou, este solo tiene competencia territorial dentro del partido judicial de Hangzhou, lugar donde tienen su sede la mayor parte de las empresas tecnológicas y de comercio electrónico de China.

Para fomentar su uso, debería dotarse de plantilla judicial suficiente para que la diferencia de plazos entre un juzgado virtual y un juzgado «físico» hiciera más atractivo al primero, así como la posibilidad de prescindir de dirección y asistencia letrada, y de representación procesal por procurador, con el consiguiente ahorro de costes para las partes. En definitiva, se ofrece a los justiciables la oportunidad de obtener una resolución en menor tiempo que el habitual, así como prescindir de intermediarios para obtener una resolución judicial.

Se trataría de tribunales formados por miembros exclusivos de los mismos, con plaza en dichos tribunales, que no ejercieran jurisdicción en otros órganos, salvo en caso de comisiones de servicios o sustituciones voluntarias. En definitiva, se trataría de jueces y magistrados con plaza en dichos tribunales.

Las resoluciones que dictaran estos tribunales tendrían forma de sentencia y auto, con la misma validez y ejecutabilidad que cualquier sentencia o auto que pudiera dictar un tribunal «físico». La ejecución de las resoluciones también se realizaría por un tribunal «virtual» de ejecuciones, especializado, de tal manera que los titulares de los TVC solo tendrían que dictar sentencias y autos, sin preocuparse de la ejecución, para facilitar el trabajo directo.

Estos tribunales tendrían como estructura básica una plataforma *online* con versión para navegador web de PC y de *smartphone*. La movilidad es esencial a la hora de dotar de eficacia y accesibilidad al tribunal virtual, de tal manera que cualquier persona pueda con su *smartphone* obtener todas las pruebas documentales (fotografía con OCR de los documentos), todas las pruebas testificales (archivo de vídeo de las mismas) y demás acervo probatorio. Para poder interponer una demanda, habrá que darse de alta en la plataforma, lo cual implicará automáticamente darse de alta en LexNET, para que las comunicaciones con la Administración de Justicia se hagan a través de la misma. Esta plataforma *online* guiará al futuro accionante para la elaboración del escrito de demanda. Al igual que en la web del CRT de Canadá, la plataforma del tribunal virtual ofrecerá un «explorador de demandas», un formulario sucesivo al demandante, para poder concretar cuáles son los elementos esenciales de su demanda (art. 399 LEC). Estos elementos esenciales deberán ser tanto los subjetivos del actor y del demandado, como los hechos y el *petitum*. En definitiva, se trata de «automatizar» y «estereotipar» una demanda sucinta, con la posibilidad de ofrecer al actor ejemplos de casos previos semejantes al suyo, en los que se han narrado los hechos y se ha hecho el *petitum* de una forma determinada, para que el accionante pueda tener un ejemplo del que partir. Al igual que en la demanda sucinta de juicio verbal (art. 437 LEC), no será necesaria la consignación de los fundamentos de derecho.

En este punto, la [Ley 42/2015, de 5 de octubre](#), de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, por la que se reforman los juicios verbales, es muy interesante por las referencias que se contienen en su exposición de motivos. Así, se señala que:

[...] no se ha logrado una aplicación generalizada de los medios electrónicos como forma normal de tramitación de los procedimientos judiciales y de relacionarse la Administración de Justicia con los profesionales y con los ciudadanos. Por ello, constituye una necesidad imperiosa acometer una reforma en profundidad de las diferentes actuaciones procesales para generalizar y dar mayor relevancia al uso de los medios telemáticos o electrónicos, otorgando carácter subsidiario al soporte papel.

Y por ello la exposición de motivos de la [Ley 42/2015](#) es la guía teleológica esencial de la que se ha de partir para la creación de los tribunales virtuales en nuestro país. La reforma operada por la [Ley de 5 de octubre de 2015](#) es la que posibilitó los juicios verbales sin vista, la que introdujo la contestación por escrito y la que simplificó trámites en dichos juicios verbales y en la demanda sucinta. De ahí que haya que partirse de un espíritu semejante para, por una parte, simplificar algunos procedimientos judiciales (civiles, contenciosos o sociales) y, por otra parte, ofrecer una alternativa rápida y directa de resolución de asuntos.

Una vez formulada la demanda, se procederá a la notificación de la misma al demandado. Para la notificación al demandado podría partirse de dos soluciones, una primera sería acudir al correo ordinario, como se hace actualmente, una segunda sería la de imponer la obtención de una cuenta de LexNET a todo ciudadano, cuenta que estaría vinculada con

el DNI. Consecuentemente, la notificación de la demanda se haría a través de LexNET a cualquier ciudadano demandado. Actualmente, desde el 1 de enero de 2017, las personas físicas pueden elegir la sede judicial electrónica para comunicarse con la Administración de Justicia en aquellos procedimientos que no requieran abogado, procurador o graduado social. Ahora bien, es una opción y no una obligación, por lo que el cambio hacia esta segunda alternativa haría factible mantener la forma digital de todo el trámite. De tal manera que la plataforma *online* de los tribunales virtuales estaría vinculada a una plataforma de sede electrónica ya existente.

Centrándonos en la primera opción, la notificación a través de correo electrónico, esta se haría a través de un RPA (*robotic process automation*) que estaría conectado directamente con la empresa adjudicataria de correos. En definitiva, toda la plataforma de los tribunales virtuales sería un RPA. Los RPA son piezas de *software* que llevan a cabo la automatización de procesos. Estos *bots* llevan a cabo la automatización de tareas que generalmente están ya digitalizadas. Los RPA suelen ser híbridos o desatendidos, de tal manera que, según el tipo de organización, estos *bots* están destinados esencialmente a tareas rutinarias, reiterativas y de carácter administrativo, por lo asumen labores propias de trabajadores de categoría profesional «auxiliar administrativo» o «administrativo». La finalidad es que el RPA de la plataforma de los tribunales virtuales evolucione de híbrida a desatendida, de tal manera que, recibidas a través de la página web la demanda y las pruebas, el RPA automáticamente envíe toda esa documentación y datos telemáticamente a la empresa de correos a través de un archivo que, impreso, se constituya en sí como una carta, cuyo contenido sea un código QR. El código QR permitiría acceder a aquella parte de la sede judicial electrónica en la que se encuentran la demanda y la prueba aportada. Obligaría al demandado a darse de alta en LexNET, para que a partir de dicho momento todas las comunicaciones se realicen a través de LexNET, así como para ir ampliando la base de ciudadanos –personas físicas– dados de alta en este sistema, para futuros procedimientos *online*.

El demandado contestaría a la demanda igualmente a través de una serie de formularios, con la posibilidad de efectuar una contestación que prescindiera de los mismos. Con la contestación, el demandado aportaría las pruebas que tuviera por conveniente, así como las requeridas por el actor, igualmente podría requerir del actor las pruebas que obraran en su poder.

Si no fuera posible la notificación, de ninguna forma, al demandado, el procedimiento pasaría a reparto a un juzgado «físico».

Evacuados los trámites de demanda y contestación, el actor podrá efectuar los pronunciamientos que tenga por oportuno sobre la prueba aportada por el demandado. Por lo que hace a la admisión e inadmisión de pruebas o incluso de preguntas, lo cierto es que la valoración que de las pruebas se haga por el juzgador implicará una admisión o inadmisión implícita de cada una, sin perjuicio de que en caso de que se hicieran a las partes, testigos

y peritos preguntas que gocen de la impugnación de la contraparte, el juzgador, a la hora de resolver el pleito, pueda hacer constar la no valoración de la respuesta por considerar impertinente o inútil (art. 368 LEC) la pregunta.

Evacuados todos los trámites, el RPA empaquetaría el procedimiento en un archivo codificado que solo podría descodificarse con la tarjeta profesional del juez al que por reparto se hubiera atribuido el asunto, quien, tras el examen del asunto en un «expediente virtual», resolvería conforme a derecho. La sentencia sería comunicada vía LexNET a las partes.

Esta solución centralizada de tribunales virtuales sería efectiva en aquellos partidos judiciales en los que se concentrara una gran litigiosidad y pendencia en determinados asuntos.

Sin embargo, la opción centralizada implica crear juzgados allá donde es necesario y concentrar los esfuerzos en un punto en concreto, lo que hace menos dinámico a este tribunal virtual y lo viene a convertir en un tribunal de juicios «rápidos» celebrados por internet. Sin embargo, el mayor reto, y el que supone un cambio de paradigma en la configuración actual de los tribunales, sería el tribunal virtual descentralizado (TVD).

## 6.2. Opción descentralizada

Como se señaló previamente, la creación de los tribunales virtuales tiene, en definitiva, una triple finalidad: la primera y más obvia, la posibilidad de continuar ejerciendo jurisdicción en una época de confinamiento, y, por ende, posibilitar el denominado «teletrabajo»; la segunda sería la de responder a las necesidades de una sociedad en cambio, que prefiere optar por soluciones más sencillas y directas, que ahorren tiempo y traslados al justiciable y que se obtengan a «golpe de clic»; la tercera y que puede atender a una necesidad transitoria pero acuciante es la de responder a una miríada litigiosa que se avecina en un escenario económico adverso tras el estado de alarma. Esta tercera plantea un escenario negativo desde el punto de vista económico, que tendrá su reflejo en los tribunales. Ante esta situación, se hace necesario replantearnos conceptos y aportar soluciones creativas que permitan una reorganización de los medios. Esta opción podría ser la de los TVD, cuya conceptualización se va a exponer.

La centralización y la descentralización son conceptos atinentes a la forma en que se organiza el poder en una sociedad. Si se crean diversos TVC en distintos partidos judiciales, estos tribunales solo atenderán los asuntos de dichos partidos, por lo que, en ocasiones, algunos tribunales podrán estar sobreexplotados, en tanto otros podrán estar infrautilizados, todo dependerá del nivel de asuntos de cada partido judicial.

Sin embargo, el propio concepto «virtual» se refiere a la inexistencia de un lugar físico determinado, así como a la ubicuidad de ese elemento.

Un TVC, afincado en un partido judicial concreto, pierde la esencia de ubicuidad y, por tanto, de inexistencia de un lugar físico determinado. Consecuentemente, la creación de un tribunal virtual que verdaderamente atienda a las necesidades de la justicia y que cumpla con su característica ontológica de ubicuidad habría de comprender no un partido judicial, sino la totalidad de los existentes en el Poder Judicial. La configuración, por tanto, de un TVD sería la de un tribunal con competencia en toda España.

Para poder explicar cómo operaría este TVD, cabría señalar que su funcionamiento, de cara al justiciable, sería el mismo que el expuesto en el epígrafe anterior, sin embargo, sería la elección del juez encargado de resolver la que resultaría afectada.

El TVD operaría de la misma forma, sin embargo, no tendría miembros propios, sino que los jueces y magistrados de este TVD serían todos los jueces y magistrados del Poder Judicial que voluntariamente optarán a integrarse en su bolsa o lista. A diferencia del TVC, en el que sus miembros optarían al mismo como una plaza más, el TVD estaría formado por los jueces y magistrados que se unieran a la bolsa. Los justiciables presentarían sus demandas y contestarían a las mismas, si bien el asunto se repartiría para su resolución a cualquiera de los jueces o magistrados integrados en las listas. El hecho de contar con una bolsa de 5.400 posibles miembros garantizaría la rapidez en la resolución de los asuntos, unido ello a que los asuntos a resolver, como se verá en el siguiente epígrafe, no podrían ser de gran complejidad.

Al tratarse de una jurisdicción cuyo fuero es de sumisión voluntaria, se estaría prescindiendo de las normas de competencia territorial, dado que el tribunal que conociera del asunto no sería el de un lugar concreto, sino un tribunal ubicuo, esto es, situado tanto en el domicilio del actor, como del demandado, como del lugar donde se celebró el contrato, se ejecutó o se prestó el servicio. Asimismo, al ser la competencia nacional, se coparía cualquier elemento territorial. La razón ontológica de la competencia territorial es, entre otras, acercar la justicia al ciudadano, y que sea el juez del lugar más cercano a los hechos el que conozca de los mismos, dado que la lógica impone que ello facilitará la disponibilidad de las pruebas y el ahorro de costes al justiciable. Sin embargo, este concepto parte de un mundo desconectado, analógico. La digitalización del proceso y la conexión de las partes a través de redes permiten deslocalizar territorialmente al juez que haya de conocer del caso. Conceptos como la competencia territorial o la cercanía del juez al lugar de los hechos y de las partes implicadas se difuminan cuando hablamos de tribunales virtuales, en los que los términos territorio y cercanía tienen una naturaleza física ajena a la naturaleza de internet. En este sentido, la cercanía de los justiciables al proceso no se mide en kilómetros, sino en la disponibilidad de una red wifi o de cobertura 5G.

Dado que se trataría de procedimientos semejantes a los juicios verbales sin vista, el asunto podría ser repartido al juez o magistrado una vez contestada la demanda y hechas las valoraciones por el actor de la prueba presentada por el demandado. Ahora bien, ese reparto de los asuntos podría llevarse a cabo de diversa manera.

### 6.2.1. Modelo ordinario

Los procedimientos podrían ser repartidos de manera aleatoria entre los miembros de la bolsa del TVD. El algoritmo en virtud del cual fueran repartidos los asuntos sería público (código abierto), cual norma de reparto de un decanato, para asegurar que no se hace un reparto interesado de algún asunto. Igualmente, podrían incorporarse indicaciones en el algoritmo para alejar los asuntos a resolver lo más posible de su lugar de origen, de tal manera que los jueces o magistrados «ponentes» estuvieran destinados en juzgados o tribunales «físicos» lejanos al lugar del pleito, garantizando con ello la imparcialidad.

### 6.2.2. Modelo *blockchain*

La *blockchain* o cadena de bloques es la tecnología que da vida y forma al *bitcoin*. Para crear cada bloque nuevo, en el que se insertan las transacciones hechas de la moneda, los mineros llevan a cabo una carrera contrarreloj para obtener un *hash* determinado que inicie con un número consecutivo de ceros, lo que implica una mayor o menor complejidad. Solo el minero que logre en primer lugar dicho *hash* podrá introducir en nuevo bloque en la cadena y, por ende, recibir la recompensa de 50, 25 o 12,5 *bitcoins*. Un sistema de reparto de asuntos en el TVD tipo *blockchain* implicaría que todos los miembros de la bolsa o lista tendrían acceso a todos los casos, pero solo el primero de ellos que dictara la sentencia podría publicarla y, por ende, recibir la «recompensa». Este sistema implicaría la necesidad de que las identidades de las partes fueran anonimizadas, lo cual supondría añadir más dificultad a la plataforma, si bien un diseño en este sentido desde el principio no resultaría excesivamente complicado. Una configuración de reparto de asuntos de este tipo implicaría la resolución casi inmediata de los mismos o, al menos, en el menor tiempo posible. La competición a la hora de resolver los pleitos llevaría a que la asunción de cualquiera de ellos por los miembros de la bolsa lo fuera con vocación de resolución efectiva y no de un planteamiento a largo plazo. La finalidad del TVD no solo es la «portabilidad», sino también la «inmediatez» y la «rapidez» en la resolución de los conflictos interpersonales, por lo que un modelo tipo *blockchain* garantizaría esa prontitud en la respuesta judicial.

Como inconvenientes, podríamos asistir a una forma «atropellada» de resolver, que produjera en los miembros de la bolsa una voluntad negligente por resolver cualquier cosa y de cualquier forma. Para ello, también podemos acudir al diseño original de la *blockchain*, introduciendo validadores *ex post* a la sentencia emitida en primer lugar. Cuando se mina un bloque en la *blockchain* de *bitcoin*, el primer minero que logra resolver el *hash* con un número consecutivo de ceros comunica al resto de mineros dicho bloque en el que ha conseguido el *hash*, y el resto de los mineros verifican –entre otras cosas– que las transacciones que contiene ese bloque son correctas y, por tanto, el bloque es válido. Una vez obtenida esa validación, el bloque se puede añadir a la cadena y, con ello, percibir el minero «ganador» su «recompensa».

Para garantizar la calidad mínima de las resoluciones emitidas por el juzgador que en primer lugar hubiera resuelto el pleito, debería pasarse dicha resolución a todos los miembros de la bolsa para que, en un periodo de 24 horas, pudieran emitir su validación de la resolución. Dicha validación no podría entrar a valorar o examinar el contenido de la resolución, sino la corrección formal de la misma (que efectivamente resuelve lo que se pide y que no hace valoraciones probatorias arbitrarias, irracionales o absurdas). La sentencia no obtendría, por tanto, su «publicación» si obtuviera un 51 % de votos emitidos en contra.

### 6.2.3. Modo de retribución

Para que el modelo descentralizado o distribuido tuviera éxito, sería necesario que la lista de miembros fuera amplia. La ventaja de un modelo descentralizado frente a un modelo centralizado sería la «escalabilidad» del sistema. Si los tribunales virtuales tuvieran un cierto éxito y, por ende, un creciente ingreso de asuntos, la capacidad de respuesta no sería la misma en un modelo centralizado que descentralizado.

En un modelo centralizado, sería necesario crear más plazas para poder atender a más asuntos; en el modelo descentralizado, la entrada y salida en la bolsa es voluntaria y no precisaría una modificación de la [Ley 38/1988, de 28 de diciembre](#), de demarcación y de planta judicial.

En un modelo centralizado, aun cuando se asumiera la posibilidad de dotarlo de miembros no natos, sino por listas voluntarias, al estar centrado en un ámbito territorial determinado, tendría un grupo de posibles miembros menor que al ser descentralizado, en el que los posibles miembros serían todos los que integran el Poder Judicial. No es lo mismo contar con un total de 1.000 jueces (en Andalucía en 2020 hay un total de 954 jueces y magistrados) que con un total de 5.400 (en el año 2020 hay un total de 5.341 jueces y magistrados en activo). En suma, el número objetivo de miembros posibles en un TVC es menor, al abarcar un solo partido judicial, que en un TVD, que abarca todo el país.

Para que la bolsa de miembros de los TVD esté compuesta por el mayor número de jueces y magistrados posibles, será necesario que la participación en los mismos esté ligada a una retribución determinada. Dicha retribución habría de tener en cuenta dos extremos: el primero de ellos, el número y tipo de resoluciones dictadas; el segundo, las verificaciones que han hecho de otras resoluciones.

Por lo que hace al número y tipo de resoluciones, únicamente serían valorables a efectos de retribución las sentencias publicadas y, por ende, declaradas válidas. La mejor manera de efectuar la retribución sería en virtud de la ponderación que de cada asunto se ha hecho en el [Acuerdo de 29 de noviembre de 2018, del Pleno del CGPJ](#), por el que se aprueba el Reglamento 2/2018, para el cumplimiento de la Ley 15/2003, de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal, en lo relativo a las

retribuciones variables por objetivos de los miembros de la carrera judicial. Esta forma de valorar sería el punto de partida, si bien habría que calcular el valor que se atribuiría a la hora de trabajo de todo juzgador, así como el número máximo de resoluciones que un juez o magistrado podría dictar al mes, dado que la retribución por participar en el TVD debería ser mensual.

Por lo que hace a la verificación que se ha hecho de otras resoluciones, para que su valoración a efectos retributivos tuviera lugar, se utilizaría la teoría del «punto Schelling». De tal manera que el verificador solo percibiría la retribución cuando su valoración de la sentencia «publicable» coincidiera con el de la mayoría. Para evitar que los jueces y magistrados realizaran valoraciones sobre las sentencias sin llevar a cabo un estudio de las mismas, sino simplemente limitándose a puntualizar a favor o en contra de estas, su valoración solo se tendrá en cuenta –a efectos retributivos– cuando coincida con la valoración de la mayoría. Por lo que, si la mayoría ha considerado que la sentencia del primero en resolver el pleito es «válida», y el sujeto ha emitido una valoración de «inválida», no se tendrá en cuenta dicha valoración para el cómputo general de la retribución.

Lo que trata el «punto Schelling» es de incentivar la cooperación tácita y castigar el engaño. En su obra, *La estrategia del conflicto*<sup>8</sup>, el economista Thomas Schelling analiza la existencia de una «coordinación tácita», en virtud de la cual, ante un mismo dilema, dos personas incomunicadas habían de llegar a una misma solución. Si llegaban a la misma solución, ambos ganaban, si lograban soluciones distintas, ambos perdían. El «punto Schelling» se inserta dentro de la teoría de juegos y es un «equilibrio de Nash»<sup>9</sup>.

Asimismo, la retribución de las verificaciones favorece que efectivamente se efectúen las mismas y ello implique un control efectivo sobre la calidad de las resoluciones que emita el TVD. La retribución por verificación sería menor a la de una resolución, y ello en virtud del problema P frente a NP, conforme al cual es más difícil encontrar una solución a un problema que comprobar si esa solución es correcta. Los problemas P (polinómicos) son los que se pueden resolver en un tiempo razonable. Los problemas NP (no deterministas en tiempo polinómico) son aquellos que, aunque sea difícil encontrarles solución, una vez hallada se puede comprobar en un tiempo razonable su corrección. La cuestión por valorar, desde un punto de vista de la teoría de juegos, sería calcular qué orden de porcentajes representaría resolución frente a una verificación, para fomentar tanto la competitividad en el dictado de resoluciones, como la participación en actividades de verificación que garanticen la calidad de las sentencias.

<sup>8</sup> Schelling, T. (1960). *The Strategy of Conflict*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

<sup>9</sup> Un ejemplo típico de esta teoría sería el de situar a dos personas en extremos opuestos de París, con el objetivo de que ambas, sin comunicarse, se encuentren a una hora concreta en un lugar concreto de la ciudad. La respuesta usual es a las 12:00 en la Torre Eiffel. En definitiva, se trata de una solución del juego natural e intuitiva que favorece una cooperación tácita en favor de un objetivo común.

### 6.3. Tipos de procedimientos

Para poder hacer factibles los tribunales virtuales, tenemos que partir de los mismos principios que inspiraron la reforma de la LEC por la [Ley 42/2015](#), a saber, la agilización procesal y el empleo de los medios telemáticos, así como la introducción de la «contestación» por escrito en los procedimientos de los que haya de conocer el tribunal virtual.

Los procedimientos que hubiera de conocer el tribunal virtual, ya centralizado o descentralizado, deberían ser aquellos que no tuvieran posibilidad de recurso, así como tampoco la necesidad de representación procesal ni dirección letrada. En el ámbito civil, nos encontraríamos, por tanto, ante los juicios verbales de reclamación de cantidad de menos de 2.000 euros. En el ámbito contencioso-administrativo, los procedimientos del [artículo 81.1 a\) y b\) de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa](#). Y en el ámbito social, podríamos estar ante los juicios del [artículo 191.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#), ahora bien, como se ha venido señalando, estos procedimientos deberían habilitar la posibilidad –en la jurisdicción social– de efectuar contestación por escrito.

Asimismo, para fomentar la agilidad de este tipo de procedimientos, además de permitir la práctica de testificales, interrogatorio de partes o periciales mediante una «vista en diferido», en la que sean las propias partes quienes formulen las preguntas, repreguntas y respuestas, habría de limitarse el número de pruebas de este tipo. Es decir, al objeto de hacer un juicio ágil, no podrían admitirse más de dos testigos y peritos en total, e interrogatorio de cada parte. De tal manera que, a lo sumo, existieran seis declaraciones orales. Lo mismo cabría señalar de la duración de las declaraciones, que no podrían ser superiores a 10 minutos cada una, para que en total cada procedimiento tuviera, a lo sumo, 60 minutos de declaraciones orales.

En conclusión, los procedimientos a resolver por los tribunales serían aquellos que gozaran de menor complejidad y en los que no cupiera el recurso. Razón esta última –la ausencia de recurso– aquella por la que el legislador considera que se trata de procedimientos menos complejos.

### 6.4. Acceso a la bolsa

El acceso a la bolsa por parte de los jueces y magistrados habrá de estar condicionado a la inexistencia de una pendencia considerable de asuntos de más de 1 año. El acceso a la bolsa supone un aumento de los ingresos a cambio de la realización de resoluciones y verificaciones, por lo que no pueden centrarse los esfuerzos en el desempeño de labores para el tribunal virtual a costa del tribunal «físico» en el que se encuentra destinado el juez o magistrado.

## 6.5. Configuración de la bolsa

La configuración de la bolsa sería nacional y sin distinción de jurisdicciones. Consecuentemente, en un modelo de reparto ordinario, se repartiría a cada juez o magistrado asuntos de cualquiera de las jurisdicciones civil, social o contenciosa que habría de resolver (con independencia de la jurisdicción en que el juez o magistrado estuviera destinado en su tribunal «físico»). En el caso de un reparto *blockchain*, serían los propios miembros de la bolsa los que optarían por resolver los asuntos pendientes, por lo que cada uno optaría por resolver los de su especialidad respectiva o aquellos que más sencillos le resultasen. La finalidad es, por tanto, la de ampliar el número efectivo de juzgadores que pueden asumir la resolución de conflictos de distintas jurisdicciones.

## 6.6. Coeficiente de dificultad

Para asegurar la competitividad, el interés y la rapidez por resolver los pleitos, la retribución que cada caso tendría sería inversamente proporcional al tiempo de pendencia que llevara. Es decir, partiendo de que cada procedimiento tendría una valoración tasada por el [Acuerdo de 29 de noviembre de 2018, del Pleno del CGPJ](#), por ejemplo, «Otros derechos laborales y reclamaciones de cantidad» (2 h 45 min), esta valoración iría aumentando conforme a la antigüedad del procedimiento. Esto es, cuanto mayor fuera el tiempo en que un procedimiento no estuviera resuelto, mayor sería la «recompensa» por su resolución, lo que evitaría que quedasen procedimientos irresueltos y promovería la solución de los mismos.

## 6.7. Expediente virtual

Al confiar la tramitación del procedimiento y, en definitiva, la configuración y estructura de los tribunales virtuales a un RPA dotado de IA, lo que se pretende es ahorrar tiempo, costes de personal y, sobre todo, ofrecer al juzgador un «expediente virtual» que goce de los beneficios y ventajas que el soporte digital ofrece. Así pues, el expediente sería modular, por lo que gozaría de tantos elementos como escritos y pruebas existieran, pudiendo ampliarse o reducirse en función de los elementos que el juez tenga por conveniente para resolver el pleito (admisión o inadmisión de pruebas). El expediente, para ser útil, habrá de gozar de una serie de elementos que hagan del mismo una herramienta de trabajo tan manejable como un expediente físico, pero al que se le añadan las ventajas propias de lo digital. En primer lugar, la demanda y la contestación habrían de presidir el expediente, y del mismo poder tener acceso a las distintas pruebas. Así, si en la demanda se habla de un hecho en concreto, la IA del RPA deberá vincular ese hecho concreto de la demanda con la parte correlativa de la contestación y con el minuto y segundo concreto de las declaraciones de partes, testigos y peritos sobre tal hecho en concreto, tanto con el vídeo como con su transcripción, y, por último, la referencia que a tal hecho se haga en las respectivas

conclusiones. De tal manera que un hecho concreto controvertido dé lugar a un árbol de recursos a los que el juzgador acudirá para su examen y valoración. En definitiva, limitar la actividad del juzgador, para que no haya de «escudriñar» o «bucear» en el expediente, sino que la IA le haya ordenado la información y se la muestre. En segundo lugar, todas las declaraciones habrán de ser transcritas por la IA con la minutación y la opción de clicar en la frase concreta para que aparezca el vídeo en el momento oportuno de su pronunciación. En tercer lugar, las referencias (no obligatorias, al tratarse de demandas sucintas sin fundamentos de derecho) que se hagan a las leyes o jurisprudencia tendrán un enlace automático a la base de datos del Cendoj para su examen. Y, en cuarto lugar, la IA habrá de ofrecer una relación de casos semejantes al examinado, organizados en estimados y desestimados.

En definitiva, el expediente ha de facilitar la labor del juzgador, que nunca podrá tener un expediente físico, por lo que el expediente virtual habrá de ofrecer todas las facilidades posibles y potenciar aquellas herramientas que facilitan y favorecen la productividad.

## 7. Conclusiones

La creación de los tribunales virtuales responde a una triple necesidad: la de atender al signo evolutivo de los tiempos en una sociedad cada vez más virtual y conectada, la de continuar prestando servicio en crisis que precisen de confinamiento y, la más importante y cercana, la de atender a los excesos de litigiosidad a través de un sistema escalable y sin necesidad de cambios en la planta judicial.

La configuración de los procesos *online* tiene encaje constitucional, si bien precisa de modificaciones o excepciones en las distintas leyes rituales. Asimismo, para que la finalidad de los tribunales virtuales se haga efectiva, es necesario que los procedimientos cuyo conocimiento se atribuya sean reformados atendiendo a principios semejantes a aquellos que inspiraron la reforma del juicio verbal por la [Ley 42/2015](#), esto es, contestación por escrito y posibilidad de prescindir de la vista; así como añadir una posibilidad extraña en nuestro sistema, la «vista en diferido» o la reducción de las declaraciones de partes, testigos y peritos a redacción escrita (lo que también se obtiene mediante la transcripción automática de los archivos de vídeos de las «vistas en diferido»).

Asimismo, el conocimiento de estos procedimientos podría hacerse bien creando tribunales virtuales allí donde la pendencia y el volumen litigioso así lo requirieran, con las posibles consecuencias de ineficacia por la pequeña escalabilidad, o crear un tribunal virtual de competencia en todo el territorio cuyos miembros fueran voluntarios de una bolsa, lo que favorece la escalabilidad y la mejor respuesta ante incrementos bruscos de la litigiosidad. Asimismo, esta bolsa de miembros del tribunal podría gestionarse mediante unas normas de reparto que atribuyeran aleatoriamente a cualquiera un asunto para resolver o que se adoptara un modelo de «competitividad» en el que publicaría la sentencia el primero que la concluyera y obtuviera la verificación del resto de miembros.

La creación de estos tribunales implicaría un beneficio retributivo para los que participan de los mismos, tanto mediante la redacción de sentencias, como mediante la verificación de las demás.

Igualmente, dicho tribunal tendría competencia en todas las jurisdicciones a excepción de la penal, y cualquiera de sus miembros habría de resolver asuntos de cualquiera de dichas materias. Ello multiplicaría la capacidad de respuesta y la rapidez de la misma de cada jurisdicción, sobre todo de la social y la contencioso-administrativa, que gozan de una planta inferior que la civil, y que, sin embargo, se ven desbordadas tras cada escenario de crisis económica.

En definitiva, se trata de atribuir a los tribunales virtuales aquellos procedimientos que, a raíz de la [Ley 42/2015](#), no precisan más que de tramitación, antes de entrar a ser resueltos por el juzgador. Igualmente, formular las reformas procesales oportunas para que algunos procedimientos puedan gozar de contestación por escrito (al igual que se hizo con el verbal por la [Ley 42/2015](#)) y que se prescindiera de vista. Y, por último, permitir la existencia de una «vista en diferido» en aquellos procedimientos en los que las partes pretendan más prueba a parte de la documental, y que dicha prueba se practique mediante videoconferencias múltiples en las que la dirección de los debates se efectúe por una IA. Asimismo, la tramitación se hará por un RPA dotado de IA, lo que supondrá un ahorro en tiempo y en costes.

La plataforma que se construyera para poder plantear las demandas y las contestaciones estaría vinculada al sistema de comunicación LexNET, potenciando que las personas físicas se den de alta en dicha plataforma para que las comunicaciones con la Administración de Justicia se vayan haciendo a través de la misma.

Los tribunales virtuales, por su configuración inicial, tienen como finalidad descargar de asuntos menos complejos, pero abundantes, a los juzgados «físicos», permitiendo a estos últimos un mayor margen de maniobra para el examen y resolución de los asuntos complejos. Ello no impide, sin embargo, que, en un futuro, este tipo de tribunales vaya asumiendo asuntos de mayor envergadura –recurribles– y la configuración decimonónica de la justicia vaya tornando en una concepción más actualizada de lo que debe ser la justicia.



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

# El empate técnico se deshace en Madrid a favor de la laboralidad de la relación de los repartidores de las plataformas digitales de reparto

Comentario a las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 1155/2019, de 27 de noviembre, 40/2020, de 17 de enero, y 68/2020, de 3 de febrero

**Luis Pérez Capitán**

*Director del Servicio de Estudios de la Confederación UGT  
Inspector de Trabajo y Seguridad Social  
Profesor asociado doctor de la Universidad Pública de Navarra*

## 1. La inexistencia de un marco normativo y judicial claro

### 1.1. Un conflicto jurídico sin resolver con posiciones encontradas

Sin duda, uno de los asuntos más controvertidos y de mayor exposición pública del derecho del trabajo en los últimos tiempos ha sido el de la calificación de la relación jurídica de los trabajadores de las plataformas digitales de reparto. Desde la aparición en el mercado de este tipo de negocios, su desarrollo y existencia han ido indisolublemente ligados a una continua discusión acerca de la naturaleza jurídica de la relación de aquellos que efectúan materialmente los encargos, los repartidores conocidos en la jerga periodística como *riders*. El enconamiento en la controversia ha sido realmente único. Las posiciones de cada una de las partes, las resoluciones judiciales, las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) y los diversos incidentes que han podido acontecer a lo largo de estos 3 años han encontrado su eco en los medios de comunicación de forma casi instantánea. La división de la doctrina laboralista en una triple o quádruple posición respecto a la conveniencia del encuadramiento a futuro de la relación ha ido acompañada de un posicionamiento dual de la doctrina judicial, manteniéndose un equilibrio al respecto que parece haberse roto con las sentencias que aquí vamos a comentar.

**Cómo citar:** Pérez Capitán, L. (2020). El empate técnico se deshace en Madrid a favor de la laboralidad de la relación de los repartidores de las plataformas digitales de reparto. Comentario a las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 1155/2019, de 27 de noviembre, 40/2020, de 17 de enero, y 68/2020, de 3 de febrero. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 446, 143-152.

## 1.2. Las diferentes posiciones judiciales

Con anterioridad a las sentencias que aquí se comentan de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid, la situación entre las dos posiciones, relación laboral o mercantil por cuenta propia, estaba muy igualada, incluso la propia Sala de lo Social del TSJ de Madrid se había pronunciado en contra de la laboralidad en la [Sentencia 715/2019, de 19 de septiembre](#).

A favor del carácter mercantil se han pronunciado las Sentencias:

- [205/2019, de 29 de mayo](#), del Juzgado de lo Social número 24 de Barcelona.
- [316/2019, de 26 de abril](#), del TSJ de Cantabria.
- [284/2018, de 3 de septiembre](#), del Juzgado de lo Social número 39 de Madrid.
- [715/2019, de 19 de septiembre](#), del TSJ de Madrid, confirmando la Sentencia del Juzgado de lo Social número 39 de Madrid, con un voto particular en contra a favor de la laboralidad de la relación.

A favor del carácter laboral, Sentencias:

- [244/2018, de 1 de junio](#), del Juzgado de lo Social número 6 de Valencia.
- [53/2019, de 11 de febrero](#), del Juzgado de lo Social número 33 de Madrid, cuyos términos, literalmente reproducidos, hacen suyos las Sentencias 128/2019, 130/2019 y 134/2019 del Juzgado de lo Social número 1 de Madrid.
- [61/2019, de 20 de febrero](#), del Juzgado de lo Social número 1 de Gijón.
- [193/2019, de 11 de junio](#), del Juzgado de lo Social número 31 de Barcelona.
- [1818/2019, de 25 de julio](#), del TSJ de Asturias.

Sin embargo, la lectura de las sentencias que se inclinan hacia el carácter mercantil de la relación entre el repartidor y la plataforma nos muestra que la posición de los tribunales está en gran parte condicionada por el juego de la prueba. Las sentencias que se muestran favorables a la mercantilidad de la relación se suelen ceñir a la explícita voluntad de las partes expresada en el contrato, siempre redactado unilateralmente por la empresa y aceptado en masa por los trabajadores sin cambio alguno.

El mantenimiento de la relación laboral plantea otro problema que hasta ahora no había sido abordado en la mayor parte de las sentencias anteriores y que sí resuelve para el caso concreto de la cronológicamente última de las sentencias del TSJ de Madrid, la de [3 de febrero de 2020](#): el convenio colectivo aplicable. Es cierto que ya algunos convenios

colectivos, de forma preventiva o como una manifestación de voluntad, habían incluido en su ámbito a los trabajadores en las plataformas digitales de reparto, pero estábamos ante una cuestión dudosa, ya que las empresas afectadas no habían formado parte del proceso negocial y no discutían esa asignación, porque rechazaban la mayor, la propia existencia de la relación laboral. En suma, son dos las cuestiones que analiza el TSJ de Madrid: la primera de ellas del Pleno, respecto al caso de los repartidores de las plataformas en las sentencias que aquí comentamos, la laboralidad de la relación, y, una vez aceptada esta, el convenio colectivo aplicable.

## 2. Los supuestos de hecho y asuntos analizados por el TSJ de Madrid

### 2.1. Los supuestos de hecho en conflicto

Las sentencias analizan tres supuestos de hecho diferentes:

- En la Sentencia del Pleno de la Sala [1155/2019, de 27 de noviembre](#), se dilucida la existencia o no de relación laboral de un repartidor de Glovo como elemento previo para determinar si existe o no despido por la plataforma al extinguir la relación con este.
- En la [Sentencia 40/2020, de 17 de enero](#), se dirime la legalidad del acta de liquidación practicada por la ITSS a Deliveroo, por la cual se incluye en el régimen general de la Seguridad Social y se liquidan las cantidades adeudadas entre los meses de octubre de 2015 y junio de 2017 correspondientes a los repartidores que han prestado sus servicios durante ese periodo, siendo 531 los trabajadores afectados.
- La [Sentencia 68/2020, de 3 de febrero](#), decide sobre el despido de un repartidor de Glovo, previamente a lo cual debe dilucidar, frente al recurso de la empresa, si existe o no relación laboral. En esta resolución, se reiteran, transcribiéndolos, los argumentos jurídicos de la [Sentencia del TSJ de Madrid de 27 de noviembre de 2019](#).

### 2.2. Los asuntos abordados

En cuanto a los asuntos a tratar, dos son claves: la existencia o no de relación laboral entre los repartidores y la plataforma, de existir la norma colectiva aplicable, y otro incidental pero ciertamente importante por el cual empezaremos, alguna especialidad acerca de la toma de prueba por la ITSS a efectos de su consideración judicial.

### 2.2.1. La actuación probatoria de la ITSS

La cuestión referida a la ITSS es de importancia en cuanto gran parte de las actuaciones efectuadas en materia de falsos autónomos, o declaraciones de laboralidad por los tribunales, devienen de actuaciones inspectoras. Como ya conocemos, la ITSS goza, respecto a los hechos que refleja en ciertas actuaciones (actas de infracción, actas de liquidación, etc.), de lo que se denomina una presunción de certeza con el carácter *iuris tantum*, que admite prueba en contrario. Todo ello, en la actualidad, de conformidad con los artículos 23 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, ordenadora del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y 53, apartados 2 y 3, del Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social. En el caso concreto, la empresa impugna la resolución judicial, argumentando que se fundamenta sobre los hechos advertidos en una actuación inspectora irregular. Considera la empresa impugnante que una parte fundamental de la práctica de la prueba, la entrevista a los 68 repartidores, ha sido obtenida de forma anómala, por que:

[...] el contenido de las entrevistas debería haberse recogido por la inspectora en las oportunas diligencias por escrito, como exigiría el artículo 21.6 de la Ley 23/2015, de modo que pudiera comprobarse el modo como se realizaron las entrevistas, las preguntas que se formularon, las respuestas que se dieron, etc.

Frente a esta consideración de la empresa, relativa a la exigencia de unos requisitos formales inexistentes en la norma para la obtención de prueba por la ITSS, el tribunal considera sencilla y claramente que «las consideraciones expuestas en el acta tienen en cuenta los elementos materiales, documentales y de manifestaciones del personal, todos ellos percibidos directa e inmediatamente por la Inspección actuante». La importante conclusión es que frente a la exigencia de unos requisitos formales inventados por la impugnante para la actuación probatoria de la ITSS, la sala estima suficiente para tener en cuenta la misma el reflejo de los hechos percibidos directamente por los funcionarios actuantes.

### 2.2.2. La laboralidad de los servicios de los repartidores de plataforma. Criterios

La consideración de la existencia de relación laboral viene determinada a partir del seguimiento de la evolución de la doctrina jurisprudencial más clásica del Tribunal Supremo (TS) acerca de las nociones de dependencia y ajenidad. El TSJ de Madrid citará ejemplos de supuestos cercanos en el tipo de actividad –mensajeros, transportistas– y otros menos próximos fácticamente –traductores–, pero que también muestran una gran flexibilidad a la hora de considerar la existencia de control, subordinación y ajenidad, concretados en una serie de indicios determinantes a la hora de advertir la existencia de estas nociones. Desde la perspectiva empresarial (argumentos reflejados en la Sentencia del TSJ –TSJ– de Madrid de 17 de enero de 2020), no existe relación laboral dado que los repartidores:

- No tienen que acudir a un centro ni lugar de trabajo.
- No tienen una jornada preestablecida, ni siquiera pactada, no debiendo hacer un número máximo ni mínimo de horas.
- No tienen que hacer un número máximo ni mínimo de pedidos o repartos.
- No están sujetos a un horario concreto.
- Pueden elegir los días y franjas horarias así como las zonas de prestación de servicios.
- No tienen que informar a la empresa de sus vacaciones, permisos ni demás circunstancias personales o profesionales.
- No están sujetos al poder disciplinario de la empresa.
- Los medios para el desarrollo de la actividad son decididos por ellos, pudiendo hacer el reparto en diferentes medios de transporte por ellos elegidos, y aportando tales medios los propios repartidores.
- No tienen deber de exclusividad.

### 2.2.2.1. Necesidad del sometimiento a la libre voluntad de las partes expresada en el contrato mercantil

Algunos de los argumentos, como el sometimiento a la libre voluntad de las partes expresada en el contrato, conforme a los artículos 1.254 y 1.255 del Código Civil, desconocen instituciones básicas del derecho del trabajo como el *nomen iuris* y la cita de las correspondientes Sentencias del TS (SSTS), por todas la de [19 de julio de 2018 \(rec. 472/2017\)](#): «la naturaleza jurídica de las instituciones viene determinada por la realidad de su contenido y [...] la misma debe prevalecer sobre el *nomen iuris* que errónea o interesadamente puedan darle las partes». Y es que los contratos «son lo que son y no lo que las partes quieren que sean» (SSTSJ de Madrid de [27 de noviembre de 2019](#) y [3 de febrero de 2020](#)). Por tanto, el alta en el régimen especial de trabajadores autónomos, la elaboración de facturas para la plataforma, el cumplimiento de las obligaciones fiscales atribuidas como tales, las declaraciones formales en el contrato que abundan en la libertad y naturaleza mercantil de la relación no desdican, y aquí el TSJ de Madrid (Sentencias de [27 de noviembre de 2019](#) y [3 de febrero de 2020](#)) acude a la [STS de 11 de febrero de 2015 \(rec. 2353/2013\)](#), sino que «no son más que elementos tradicionalmente característicos del fraude simulatorio y a los que la jurisprudencia de esta sala, tan antigua y reiterada que ni hay que citar, ha desprovisto de todo valor definitorio».

A continuación, vamos a reflejar, de forma ordenada, los criterios que las tres sentencias del TSJ de Madrid han utilizado para considerar como laboral la relación de los repartidores, seleccionando, no obstante, aquellos aspectos más reveladores o significativos para

evitar reiteraciones sin sentido. En algún caso, advertimos que el tribunal considera que algunas de las notas y contenidos del contrato mercantil de los repartidores con la plataforma están diseñados con el único propósito de ocultar la realidad de la relación laboral y justificar una mercantilidad a todas luces inexistente. Así acaece con la formal posibilidad de sustitución que:

[...] más parece una cláusula destinada a desfigurar la verdadera naturaleza laboral del contrato que un pacto trascendente a la realidad del servicio, sin duda por no obedecer, por razones obvias, al interés de los trabajadores, ni al de la empresa que demanda también una cierta regularidad en la ejecución del servicio (SSTSJ de Madrid de [27 de noviembre de 2019](#) y [3 de febrero de 2020](#)).

O con la libertad de jornada y horario, «mero efecto de la configuración que la empresa pretende dar al contrato para eludir la calificación de laboral» ([STSJ de Madrid de 3 de febrero de 2020](#)).

En todo caso, la lectura de estas sentencias nos conducirá a la visión de notas de dependencia y ajenidad de una forma no habitual en otros modelos de negocio y relaciones de trabajo, pero que ya habían sido advertidas por los tribunales como indicios de laboralidad –v. gr., la exigencia de comunicación previa de las vacaciones–, junto a otros que se acomodan a la nueva realidad comercial y tecnológica que suponen las plataformas de negocio –el control y parametrización del trabajo a través de los medios tecnológicos de la plataforma–.

#### 2.2.2.2. Carácter personalísimo o *intuitu personae* de la prestación

Se analizan aquí dos cuestiones de importancia:

- La posibilidad de sustitución. En los primeros modelos de contratos elaborados por las plataformas se prohibía la subcontratación de la actividad de reparto, pero después, aun admitiéndose, esta no se hace realidad. La sala recoge la jurisprudencia del TS, elaborada en un ámbito muy similar, y que, en su momento, fue igualmente conflictivo, el de los mensajeros ([Sentencia de 26 de febrero de 1986](#)), pues la situación debe considerarse similar a la que se producía en el caso allí contemplado:

Lo que reconoce la empresa al mensajero es una posibilidad de sustitución que no ha tenido virtualidad en la ejecución del contrato, pues el trabajo lo han realizado siempre los demandantes de modo directo y personal, por lo que tal posibilidad, la de realizar el servicio por medio de otras personas, más parece una cláusula destinada a desfigurar la verdadera naturaleza laboral del contrato que un pacto trascendente a

la realidad del servicio, sin duda por no obedecer, por razones obvias, al interés de los trabajadores, ni al de la empresa que demanda también una cierta regularidad en la ejecución del servicio.

La conclusión es que sí existe carácter personalísimo o *intuitu personae* en la prestación de servicios por el repartidor para la plataforma (STSJ de Madrid de 17 de enero de 2020).

- El deber de exclusividad. La ausencia de deber de exclusividad no descarta la relación laboral, pues en todo contrato de trabajo puede pactarse que no haya deber de exclusividad, sin que ello impida la relación laboral. En tal sentido, procede recordar lo señalado por el TS en su [Sentencia 263/1986, de 26 de febrero](#): «la posibilidad de compatibilizar el trabajo en otras empresas es algo que, debidamente autorizado, no desnaturaliza el contrato, según cabe deducir de los artículos 5 d) y 21.1 del Estatuto de los Trabajadores» (STSJ de Madrid de 17 de enero de 2020).

### 2.2.2.3. Retribución del trabajo prestado

A lo largo del tiempo, conforme a diferente metodología y sistema, los repartidores han visto retribuida la prestación de sus servicios de manera diversa, que puede o no reflejarse en los diferentes modelos contractuales que elabora la empresa. De esta forma, los repartidores en una primera fase entregan unas facturas en el modelo que proporciona la empresa, percibiendo su retribución por producto entregado, conforme a los precios y tarifas fijados, y, en algún modelo, se aseguraba incluso el pago del tiempo transcurrido entre reparto. En todo caso, se trata de un modelo de retribución salarial variable, principalmente por unidad de obra o servicio, típico dentro del marco de una relación laboral por cuenta ajena.

Por otro lado, que parte de la compensación se destine a gastos de mantenimiento y amortización del vehículo «no tiene otra consecuencia que no se considere tal parte de la compensación como salario, sino como gasto de la empresa suplido por el trabajador, como previene el artículo 26.2 del Estatuto de los Trabajadores» (SSTSJ de Madrid de 27 de noviembre de 2019 y 3 de febrero de 2020).

### 2.2.2.4. Notas que caracterizan la dependencia

- La pretendida autonomía del trabajador supuestamente reflejada en la libertad a la hora de elegir la franja horaria en la cual presta su trabajo o en la posibilidad de rechazar o aceptar pedidos se desvanece ante la realidad: «si no se encuentra disponible [...], en caso de rechazar pedidos el repartidor, no se le garantizarán los pedidos mínimos, e incluso podrá prescindirse de sus servicios» (STSJ de Madrid de 17 de enero de 2020). Para argumentar la existencia de un vínculo

laboral, el TSJ de Madrid recurre en las tres sentencias a la doctrina del TS, esta vez a una Sentencia más reciente de [16 de noviembre de 2017 \(rec. 2806/2015\)](#), en la cual se consideró la existencia de relación laboral de traductores e intérpretes jurados que podían asumir o no el encargo efectuado por la empresa, «pero que lo cierto [es] que, dada la relación establecida entre las partes, si no acude, corre el riesgo de que no se le vuelva a llamar».

- Es la plataforma la que decide el precio de los servicios del repartidor sin que este participe de forma alguna en la fijación del mismo, como tampoco en el precio de los servicios que ofrece a los clientes finales:

[...] en función de numerosas circunstancias, tales como el día de la semana de que se trate, si es festivo o no, la hora del día en que se haga el pedido, las inclemencias del tiempo, el volumen de la demanda, entre otras, variables que el algoritmo se encarga de procesar en atención a los datos facilitados (SSTSJ de Madrid de [27 de noviembre de 2019](#) y [3 de febrero de 2020](#)).

- El repartidor «debe atenerse estrictamente a las instrucciones que le imparte la citada mercantil en lo que toca a la forma en que tiene que llevar a cabo su prestación, la cual, como vimos, ha de completar como máximo en 60 minutos». Nótese, además, que la empresa, merced al sistema de geolocalización instalado, ejerce un control efectivo y continuo sobre la actividad que el mismo desempeña.
- La empresa controla la actividad del trabajador a través de la aplicación telemática «conociendo la hora de inicio y terminación de su prestación de servicio, su localización mediante GPS, y los tiempos de reparto» ([STSJ de Madrid de 17 de enero de 2020](#)). Se valora y evalúa la actividad del repartidor y si esta no se adecua a las exigencias de la plataforma en un plazo determinado se le da de baja.
- El repartidor no posee su propia organización:

[...] porque con los únicos medios o elementos aportados por este (bicicleta, motocicleta y teléfono móvil) no podía haber realizado una actividad como la que los «riders» venían haciendo, de servir habitualmente pedidos desde los restaurantes a los consumidores. Esta actividad solamente podía realizarse mediante la incardinación de los repartidores en la organización o estructura propia de Roofoods Spain SL, que venía dada:

a) por los múltiples acuerdos comerciales suscritos entre esta y una gran cantidad de restaurantes, y

b) por la compleja plataforma y aplicación telemática que ponía en relación a la propia empresa, a los repartidores o «riders», a los restaurantes y a los consumidores ([STSJ de Madrid de 17 de enero de 2020](#)).

La «capacidad de autoorganización [...] se demuestra prácticamente inexistente, [...]» (SSTSJ de Madrid de [27 de noviembre de 2019](#) y [3 de febrero de 2020](#)).

- Si bien no hay sometimiento formal, en el contrato, al poder disciplinario empresarial, no es menos cierto que en el mismo se contienen reglas que incluyen un sentido análogo, como es la previsión de suspensión o extinción del contrato ante ciertas conductas o situaciones (por ejemplo, ausencias aun justificadas) del repartidor.

Todos estos argumentos conducen al tribunal a concluir que no estamos ante un trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE), dado que este, al contrario que los repartidores de los supuestos analizados, no tiene dependencia laboral, sino económica, derivada de la vinculación a un solo cliente de forma mayoritaria.

#### 2.2.2.5. Ajenidad: en los medios, en los frutos, en el mercado o en los riesgos

Existe ajenidad en el riesgo:

[...] su retribución depende de su resultado; se limita fundamentalmente a aportar su actividad y a percibir la retribución que por ella le corresponde, que devenga por el hecho de realizarla. El que responda, no de los riesgos del transporte, sino de los perjuicios causados por su negligencia, no es más que una consecuencia del incumplimiento del deber que impone el artículo 5 a) del Estatuto de los Trabajadores; deriva de las normas generales del derecho de obligaciones ([STSJ de Madrid de 3 de febrero de 2020](#)).

El hecho de que no se cobre el reparto que no se realice es una consecuencia del tipo de retribución, por unidad de obra ([STSJ de Madrid de 17 de enero de 2020](#)). El tribunal de nuevo recurre al TS, a la [Sentencia de 15 de octubre de 2001 \(rec. 2283/2000\)](#): «no es una responsabilidad del buen fin de las operaciones sino el no percibo de las correspondientes comisiones cuando la operación no tenía éxito o de alguna forma quedaba anulada».

Hay también ajenidad en los frutos: «quien hace suyos los importes abonados por los restaurantes para la prestación del servicio de distribución de sus productos es la empresa, no el repartidor» ([STSJ de Madrid de 17 de enero de 2020](#)).

La ajenidad en los medios se pone de manifiesto en el desequilibrio enorme entre la importancia de la marca de la plataforma «como señal de identidad en el mercado» y la estructura informática que esta posee y pone en juego en el negocio y «los escasos elementos materiales, a su vez de limitado valor» (teléfono móvil y una bicicleta o motocicleta) (SSTSJ de Madrid de [27 de noviembre de 2019](#) y [3 de febrero de 2020](#)).

También existe ajenidad en el mercado «puesto que el trabajador no asume los riesgos ni los beneficios del contrato de transporte existente entre la empresa y el cliente, no interviene en la fijación del precio del mismo» (SSTSJ de Madrid de [27 de noviembre de 2019](#) y [3 de febrero de 2020](#)), «es la empresa quien acuerda con los distintos establecimientos y comercios concertados los precios que estos le abonan» y, asimismo, «fija unilateralmente las tarifas que el repartidor lucra por los recados que efectúa, incluidas las sumas adicionales por kilometraje y tiempo de espera».

La concurrencia de todas estas notas determina la existencia de relación laboral.

### 2.2.3. El convenio colectivo aplicable

La tercera y última cuestión abordada por el tribunal es la del convenio aplicable, cuestión dilucidada únicamente por la [Sentencia de 3 de febrero de 2020](#). La argumentación del tribunal es sencilla. Frente a la pretensión de la empresa de aplicar el Convenio colectivo del mercado vario, en tanto la plataforma intermedia «de forma accesoria en la entrega de los productos al consumidor», el tribunal, cotejando los ámbitos funcionales de ambos convenios, confirma la tesis de la representación legal del repartidor. Es de aplicación el Convenio colectivo de logística, paquetería y actividades anexas al transporte de la Comunidad de Madrid, en tanto estamos ante:

[...] un servicio logístico concebido para servicios solicitados en proximidad y tiempo breve, a través de una plataforma, que, una [vez] aplicado el sistema de petición del producto, desemboca en la entrega del mismo al cliente peticionario por quien se encarga del reparto.

## 3. Conclusión: el avance de la laboralidad

La cuestión de la laboralidad de la prestación de servicios de los repartidores de las plataformas digitales es un interrogante que, especialmente durante este último periodo, ha suscitado múltiples debates con mayor o menor rigor técnico. Es cierto que las sentencias del TSJ de Madrid no cierran de forma definitiva el mismo, pero, salvo sorpresas en el ámbito del TS, la contundente posición de aquel y la última STSJ de Cataluña de 21 de febrero de 2020 (rec. 5613/2019), en la misma línea, revocando la Sentencia del Juzgado de lo Social número 24 de Barcelona de 29 de mayo de 2020, anuncian una resolución jurídica judicial cada vez más próxima.

# Las razones organizativas y económicas de la empresa como límite a la concreción horaria: la reducción de jornada por necesidades de conciliación

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas 243/2020, de 14 de febrero](#)

**Sarai Rodríguez González**

*Profesora contratada doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Instituto Universitario de Estudios de las Mujeres. Universidad de La Laguna*

## 1. Marco normativo y jurisprudencial de referencia

La promoción y garantía del disfrute de los derechos de conciliación de la vida personal y laboral, especialmente los de vertiente presencial (adaptaciones y reducciones de jornada), ha sido considerada como una necesidad prioritaria en aras de la consecución de los objetivos de igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y a la igualdad de trato en el trabajo.

Precisamente por su contribución al logro de la igualdad real y efectiva, los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral deben reconocerse y ejercitarse garantizando la protección contra la discriminación o contra cualquier trato menos favorable. Tal garantía cuenta con amparo en disposiciones internacionales como el artículo 11 de la [Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de las mujeres](#) (CEDAW), aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1979 (ratificada por España en 1984), y el artículo 3.1 del [Convenio número 156 de la OIT](#) sobre los trabajadores con responsabilidades familiares de 1981 (ratificado por España el 11 de septiembre de 1985). Asimismo, aparece contemplada en el considerando 40 y en el artículo 11 de la [Directiva 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio](#), relativa a la conciliación de la vida

**Cómo citar:** Rodríguez González, S. (2020). Las razones organizativas y económicas de la empresa como límite a la concreción horaria: la reducción de jornada por necesidades de conciliación. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas 243/2020, de 14 de febrero. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 446, 153-159.

familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo (aún no traspuesta por España); y se reproduce en idénticos términos en nuestro ordenamiento interno, concretamente, en el [artículo 44 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo](#), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH) en concordancia con lo previsto en el [artículo 14 de la Constitución española](#) (CE).

En la Unión Europea, desde la convicción de que la «política social moderna [debe] asentarse sobre la inversión en capital humano basada en la igualdad de oportunidades», el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral se erige en uno de los principios fundamentales (principio 9) del [Pilar europeo de derechos sociales](#), proclamado por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión el 17 de noviembre de 2017, en el que se reconoce, entre otros aspectos, el derecho a unas condiciones de trabajo flexibles a las personas con responsabilidades asistenciales.

Lo dispuesto en el Pilar social supone dar continuidad a la línea de tendencia marcada por las directivas europeas sobre permisos parentales –[Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio](#), y [Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo](#)–, que venían reconociendo que las medidas para conciliar la vida profesional y familiar deben fomentar la introducción de nuevos modos flexibles de organización del trabajo y del tiempo que tengan en cuenta a la vez las necesidades de las empresas y de las personas trabajadoras.

En la misma dirección apunta la [Directiva 2019/1158](#), que, en su considerando 10, puntualiza que «[u]n factor importante que contribuye a la infrarrepresentación de las mujeres en el mercado de trabajo es la dificultad para conciliar las obligaciones laborales y familiares». A tales efectos, precisa que:

[...] Las mujeres, cuando tienen hijos, se ven obligadas a trabajar menos horas en empleos retribuidos y a pasar más tiempo ocupándose de responsabilidades en el cuidado de familiares por las que no reciben remuneración. Se ha demostrado que tener un familiar enfermo o dependiente también repercute negativamente en el empleo femenino, con el resultado de que algunas mujeres abandonan por completo el mercado de trabajo.

Precisamente por ello, y con el fin de evitar que las mujeres cuidadoras (de menores o familiares dependientes) se aparten por completo del mercado laboral por necesidad de atender a familiares dependientes, la [directiva](#) potencia las fórmulas de trabajo flexibles –definidas en el art. 3.1 f) y en el art. 8– entre las que se encuentran la reducción de jornada.

En nuestro ordenamiento interno, el [artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET), en su redacción vigente tras la reforma introducida por el [Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo](#), recoge la regulación del derecho a la reducción de jornada como derecho laboral a la conciliación de la vida familiar y laboral. Esta reducción de jornada por conciliación constituye un derecho individual de las personas trabajadoras a la reducción de la jornada de

trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario, entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella en los casos en que la persona trabajadora se encuentre en una de las siguientes circunstancias: tener, por razones de guarda legal, a su cuidado directo algún menor de 12 años o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida; o bien, precisar encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

La reducción de la jornada por necesidades de conciliación precisa de una concreción horaria. Es el apartado séptimo del [artículo 37 del ET](#) el que se ocupa de determinar que «[l]a concreción horaria de la reducción de jornada corresponde a la persona trabajadora dentro de su jornada ordinaria». A ello añade que:

[...] los convenios colectivos podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada [...], en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de la persona trabajadora y las necesidades productivas y organizativas de las empresas. La persona trabajadora, salvo fuerza mayor, deberá preavisar al empresario con una antelación de 15 días o la que se determine en el convenio colectivo aplicable, precisando la fecha en que iniciará y finalizará el permiso de cuidado del lactante o la reducción de jornada.

La concreción horaria y la determinación de los periodos de disfrute de la reducción de jornada no siempre son cuestiones que se gestionan de forma pacífica entre la empresa y la persona trabajadora; de ahí que se contemple que las posibles discrepancias que pueden surgir al respecto se resuelvan por el procedimiento establecido en el [artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre](#), reguladora de la jurisdicción social. El mencionado precepto, además, prevé que la negativa o limitación empresarial injustificada al disfrute del derecho a la conciliación laboral y familiar puede generar daños morales indemnizables de forma adicional.

En el estudio de la presente sentencia y, concretamente, sobre el derecho a la reducción de jornada y la correspondiente concreción horaria, conviene traer a colación los criterios interpretativos fijados por el Tribunal Constitucional (TC) en las Sentencias (SSTC) [3/2007, de 15 de enero](#), y [26/2011, de 14 de marzo](#), que en términos casi idénticos concluyen que:

[...] la dimensión constitucional de todas aquellas medidas normativas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo o por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE) como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa en cada caso concreto, habida cuenta de que el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar constituye una finalidad de relevancia constitucional en nuestro ordenamiento [...].

La integración de la perspectiva de género en el razonamiento jurídico es un signo distintivo de otros pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Canarias/Las Palmas en materia del derecho a reducción y concreción horaria por cuidados familiares tales como la [Sentencia de 15 de diciembre de 2017 \(rec. 1249/2017\)](#) y las Sentencias de 12 de marzo de 2019 (recs. [19/2019](#) y [1596/2018](#)) (*vid.* [Poyatos, 2019, pp. 213-219](#)), en las que se insiste en que el deber internacional de diligencia debida exige del Estado, a través de todos sus poderes (incluido el judicial), respetar, proteger y garantizar el cumplimiento efectivo del derecho para lograr la igualdad *de facto* (arts. 2 f) y 5 a) [CEDAW](#), en relación con las Recomendaciones núms. [28](#) y [33](#) Comité CEDAW, y arts. [10.2](#) y [96](#) CE).

## 2. Síntesis del supuesto de hecho

La [sentencia](#) que aquí se examina resuelve el recurso de suplicación parcial interpuesto por una trabajadora frente a la Sentencia 306/2019, dictada el 19 de septiembre de 2018 por el Juzgado de lo Social número 5 de Las Palmas de Gran Canaria, que desestima la demanda presentada por la trabajadora entendiendo que concurren dificultades organizativas que imposibilitan a la empresa poder ofrecer la concreción horaria solicitada (franja matinal fija) de la reducción de jornada por cuidado directo de familiar solicitada.

Los hechos fundamentales que motivan estas sentencias son los que se expresan seguidamente:

Una trabajadora, monitora de unas instalaciones deportivas, presta servicios desde abril de 2013 con contrato laboral indefinido a tiempo parcial de 36 horas semanales con sujeción al siguiente horario: lunes, miércoles y viernes de 14:30 a 22:00 horas, martes de 14:30 a 19:45 horas y jueves de 20:30 a 22:00 horas. Ante la necesidad de atender al cuidado de su madre con enfermedad grave (párkinson atípico), plantea la reducción de jornada en 32 horas semanales en turno de mañana, proponiendo un horario de lunes a viernes de 7:00 a 13:30 horas, o bien de 8:00 a 14:30 horas.

Respondiendo a la solicitud planteada, la empresa, en un primer momento, ofrece a la trabajadora dos propuestas alternativas: a) un turno de piscina de mañana de 8:30 a 11:30 de lunes a viernes; b) un turno de mañana en la sala de musculación. Sin embargo, en una comunicación posterior, le aclara que no dispone de vacantes en el turno matinal, pues las personas trabajadoras que prestan servicios en la piscina y en la sala de musculación en ese turno tienen, por antigüedad, los turnos consolidados; de modo que la única opción disponible que puede ofrecerle es el turno de 3 horas de mañana en piscina de 8:30 a 11:30 horas, lo que implica cubrir una jornada de trabajo de 15 horas semanales matinales, y no de 32 horas como solicita la trabajadora.

Los hechos descritos coinciden temporalmente con el proceso de licitación de la explotación del servicio por vencimiento del contrato. Esta coyuntura, lejos de ser una circunstancia

accesoria, va a resultar decisiva en el fallo de la sentencia, pues, a pesar de que la celebración del juicio (septiembre de 2019) es anterior a la adjudicación del contrato de explotación del servicio (11 de octubre de 2019), será trascendental el hecho de que la empresa omitiera toda referencia al nuevo pliego de prescripciones técnicas particulares establecidas por el ayuntamiento y que iban a regir en la nueva contratación del servicio de actividades físico-deportivas, de recepción y de mantenimiento en el centro deportivo.

### 3. Claves de la doctrina judicial de la sentencia

La [sentencia del TSJ de Canarias examinada](#) estima el recurso de suplicación planteado por la trabajadora al concluir que la empresa no ha probado objetivamente las razones organizativas o productivas que la han llevado a denegar a la trabajadora su derecho a la concreción horaria en turno fijo matinal.

El razonamiento de la sentencia se centra en resolver la colisión de dos derechos: de un lado, el derecho de la empresa a su propia organización y producción y, de otro, el de la trabajadora a la conciliación de la vida familiar y laboral. A tal fin, la sala procede a la aplicación de la normativa y la doctrina judicial oportuna y recuerda que, al ser la conciliación uno de los derechos implicados, la ponderación de los derechos debe realizarse con perspectiva de género ([art. 4 LOIEMH](#)) y con una interpretación normativa favorable a la efectividad del derecho fundamental. A estos efectos, recuerda que la dimensión constitucional del derecho a la reducción de jornada ([art. 37.6 y 7 ET](#)) y, en general, de todas las medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras ([art. 44 LOIEMH](#)), tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo ([art. 14 CE](#)) como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia ([art. 39 CE](#)), debe prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa ([STC 3/2007, de 15 de enero](#)). Y, además, insiste en que la ponderación debe regirse por el principio pro persona, que exige una interpretación garantizadora y favorable en su protección, 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, al tener la práctica de cuidar un impacto de género desproporcionado.

La sala efectúa un exhaustivo análisis de los hechos, pondera las circunstancias concurrentes para compatibilizar las necesidades en juego y se detiene a valorar una circunstancia que podía haber pasado inadvertida, como es el hecho de que la empresa tenía perfecto conocimiento de la existencia de un aumento sustancial en las horas de servicio del contrato (2019-2022) que se estaba licitando en el momento en que la trabajadora presentó la solicitud. En consecuencia, considera que la empresa «debió en sus propuestas alternativas, dentro de la "negociación" abierta con la trabajadora, hacer referencia a ello y posibilitar a la trabajadora la cobertura de las nuevas horas de servicio coincidentes en franja matinal que solicitaba», añadiendo que:

Por ello, y ante el inminente aumento del servicio contratado, las razones organizativas y productivas esgrimidas por la empresa son inexistentes porque no se ajustan a la realidad presente, sino, en su caso, a las condiciones vigentes hasta la finalización de la contrata anterior.

Con base en lo expuesto, el TSJ de Canarias estima el recurso de suplicación, reconociendo el derecho de la trabajadora a una jornada laboral reducida de 32 horas semanales con la correspondiente reducción salarial, en horario de 7:00 a 13:30 horas, o bien de 8:00 a 14:30 horas (a determinar por la empresa).

La estimación del derecho se acompaña de la condena a la empresa a una indemnización paralela por daño moral, al calificarse su conducta, siguiendo el criterio fijado por la [STC 246/2006, de 24 de julio](#), como infracción grave (arts. 7.5.º y 40.1.º b) RDleg. 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social). La sala cuantifica el montante de la indemnización, modulada en su grado medio, en 3.125 euros, tras ponderar las dimensiones de la empresa, que se trata de un servicio contratado por el ayuntamiento y que asegura un ingreso anual, con independencia de la productividad. Con todo, la sala insiste en recordar, tal como lo ha hecho en pronunciamientos anteriores (Sentencias de 30 de septiembre de 2015, rec. 489/2015; 15 de febrero de 2016, rec. 1251/2015; y [15 de diciembre de 2017, rec. 1249/2017](#)), que:

[...] nunca los efectos restitutivos anudados a la declaración de nulidad de la decisión podrán devolver a la actora el tiempo que no pudo dedicar a la atención de su progenitora. Es una cuestión de afectos, cercanía y dedicación inconmensurables. Junto a ello la angustia ante la situación de incertidumbre que origina la decisión empresarial que obliga a un replanteamiento de la vida familiar y laboral, el desasosiego por litigar contra la empresa, y de ver desconocidos los que son sus derechos fundamentales.

## 4. Trascendencia de la doctrina

Mejorar la conciliación de la vida privada, familiar y la vida profesional de las personas trabajadoras y el reparto de las responsabilidades asistenciales son elementos esenciales para abordar las diferencias entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo y prosperar en una economía con igualdad de género en el sentido apuntado por la [Estrategia europea para la igualdad de género 2020-2025](#).

La feminización de las tareas de atención y cuidado de familiares dependientes continúa siendo una de las principales causas de la brecha de género en la participación en el mercado laboral, impidiendo a muchas mujeres incorporarse al mercado de trabajo y, especialmente, permanecer en él. La necesidad de atender responsabilidades asistenciales

suele condicionar la decisión de las mujeres de si trabajar o no y de cómo trabajar. Una de las medidas de conciliación más eficaces para evitar el abandono del mercado laboral por personas con responsabilidades asistenciales son las fórmulas de trabajo flexible entre las que se encuentran las reducciones y las adaptaciones de duración y distribución de la jornada. La gestión flexible del tiempo de trabajo potencia la vertiente presencial de los derechos de conciliación permitiendo a las personas trabajadoras cumplir con sus responsabilidades familiares y su jornada de trabajo ordinaria. Con voluntad inequívoca de reforzar la configuración de los derechos de conciliación orientados a garantizar el «derecho a la presencia» de las personas trabajadoras con responsabilidades familiares, la reforma legal del [artículo 34.8 del ET](#), acometida por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, reformula el derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo para atender necesidades de conciliación.

Para que las reducciones y las adaptaciones de jornada constituyan instrumentos eficaces de conciliación es imprescindible la corresponsabilidad empresarial favoreciendo la reorganización del trabajo para facilitar la compatibilidad entre el trabajo y el adecuado atendimiento de las labores de cuidado. Ahora bien, el legislador no es claro a la hora de delimitar la responsabilidad de la empresa en esta materia. De hecho, los [artículos 37.6 y 7 y 34.8 del ET](#) comparten referencias similares relativas a la exigencia de que las medidas que se adopten sean razonables y proporcionadas ponderando las necesidades de la persona trabajadora y las necesidades organizativas y productivas de la empresa. Y es este concreto aspecto en el que ha de resaltarse la trascendencia de la sentencia que se comenta, al entrar a valorar de forma estricta la concurrencia de razones organizativas y económicas de la empresa como límite a un derecho de conciliación que, como derecho fundamental, ha de prevalecer ([Rodríguez, 2016, pp. 41 y ss.](#)).

La exigencia de que la empresa justifique con razones objetivas la imposibilidad material de conceder el ejercicio del derecho de conciliación en los términos solicitados por la persona trabajadora no puede entenderse cumplida con la mera acreditación de haber llevado a cabo un proceso de negociación, o de haber intentado algunas opciones de forma infructuosa; y, mucho menos, haciendo recaer en la persona solicitante la obligación de acreditar la imposibilidad de cumplir con el deber de corresponsabilidad en el núcleo familiar al que pertenece. El carácter fundamental del derecho laboral en juego justifica que se exija un esfuerzo probatorio diligente a la empresa, tendente a demostrar el perjuicio organizativo y/o económico que le supone la aceptación de la adaptación o de la concreción horaria solicitada; de tal forma que la denegación de la concreción horaria de una reducción de jornada o de una adaptación de jornada únicamente se pueda considerar justificada en los casos en que la empresa acredite haber actuado de forma rigurosa y agotado todas las opciones a su alcance.

# La modificación sustancial de las condiciones de trabajo que afecta al ejercicio de los derechos de conciliación requiere una justificación especial de su razonabilidad y proporcionalidad

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Granada 2933/2019, de 12 de diciembre](#)

**Santiago García Campá**

*Profesor contratado doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad Jaume I*

## 1. Marco normativo

En esta contribución se entabla un diálogo con dos sentencias: la [Sentencia 45/2019, de 30 de enero](#), del Juzgado de lo Social número 3 de Almería, y la [Sentencia 2933/2019, de 12 de diciembre](#), del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Andalucía/Granada, que la confirmó íntegramente tras desestimar el recurso de suplicación formulado en su contra.

Las resoluciones judiciales, con cierta repercusión en la opinión pública más por la notoriedad de la empresa demandada que por la excepcionalidad o trascendencia del caso enjuiciado, examinan la obligación empresarial de probar las razones justificativas para llevar a cabo una modificación sustancial de las condiciones de trabajo ([art. 41.1 Estatuto de los Trabajadores –ET–](#)), cuyo contenido comprende dos dimensiones: una objetiva, consistente en acreditar la concurrencia de la causa justificativa de la modificación, y otra subjetiva, destinada a demostrar que la modificación operada es funcional, esto es, razonable y proporcionada, para resolver o, al menos, atender la causa que la justifica.

La particularidad del caso estriba en los parámetros de enjuiciamiento que se emplean cuando tal modificación afecta al ejercicio de alguno de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar y, en particular, a la concreción horaria del derecho a la reducción de jornada por guarda legal ([art. 37.6 y 7 ET](#)), bien porque la limita o, con más motivo, porque la anula. Como

**Cómo citar:** García Campá, S. (2020). La modificación sustancial de las condiciones de trabajo que afecta al ejercicio de los derechos de conciliación requiere una justificación especial de su razonabilidad y proporcionalidad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Granada 2933/2019, de 12 de diciembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 446, 160-166.

veremos, en estos casos el examen judicial parece intensificar los términos para apreciar el cumplimiento empresarial de su obligación justificativa, hasta el punto de poder sugerir la existencia de una obligación especial en estos casos, con base en la dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral que se desprende de los artículos 14 y 39 de la Constitución española (CE), al menos según su interpretación por las Sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC) 3/2007, de 15 de enero, y 26/2011, de 14 de marzo.

La forma de fundamentar esta obligación especial en las resoluciones objeto de comentario contrasta con la practicada en otras sentencias recaídas sobre supuestos similares, cuando no idénticos, en los que no se acude al mecanismo procesal de derecho antidiscriminatorio de la inversión de la carga de la prueba (arts. 96 y 181.2 Ley reguladora de la jurisdicción social –LRJS–), ni se estima la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo, lo que también evita una condena indemnizatoria por daños (art. 183.1 LRJS), a diferencia de la efectuada y confirmada por las sentencias examinadas.

## 2. Breve referencia al supuesto de hecho

Dos trabajadoras de Zara España prestaban sus servicios en uno de sus centros comerciales de la ciudad de Almería. Ambas contaban con una reducción de jornada de 6 horas por guarda legal, en ambos casos de lunes a viernes, aunque con una distribución horaria distinta. También coincidía su obligación de trabajar un sábado al mes. Con una plantilla total de cuarenta y tres personas, dieciséis trabajadoras tenían su jornada laboral reducida por la misma causa.

Su centro de trabajo se cerró en octubre de 2018 y se inauguró otro en un centro comercial distinto, a dos kilómetros de distancia. Toda la plantilla sin reducción de jornada fue asignada al nuevo centro comercial. En cambio, las trabajadoras con reducción de jornada vieron condicionada su reubicación en el nuevo centro a modificar su concreción horaria, de tal forma que incluyera con carácter general los viernes por la tarde y los sábados, en la medida en que eran los días en que se preveía mayor afluencia de público y volumen de ventas –una circunstancia que, por otra parte, también sucedía en cualquiera de las tiendas situadas en el resto de centros comerciales–. Las trabajadoras que no cumplieran con esta condición serían enviadas, tras ayudar con la preparación y apertura de la nueva tienda, o bien a un tercer centro ubicado en la misma localidad, o bien a otro situado en un parque comercial distante a unos veinticinco kilómetros de su antiguo lugar de trabajo.

De las dieciséis trabajadoras con reducción de jornada del centro clausurado, seis fueron emplazadas en las tiendas del parque comercial más lejano y dos en las del tercer centro comercial en Almería. Las ocho restantes fueron ubicadas en el centro comercial recién inaugurado toda vez que modificaron su concreción horaria en los términos planteados por la empresa. Como resultado de lo anterior, un total de cuarenta y tres empleados del centro comercial extinto fueron trasvasados al nuevo centro comercial abierto, una cifra mucho mayor que la del personal procedente de otras tiendas de la empresa (cuatro en total). Además, se realizaron nuevas contrataciones de personal para las dependencias recién abiertas.

El cambio en el lugar de trabajo no afectó a la reducción de jornada de las dos trabajadoras, ni a su concreción horaria, que permanecieron intactas. Los motivos expresados por la empresa para justificar el cambio en las condiciones de trabajo, una modificación que fue calificada sustancial por la propia mercantil, fueron la necesidad de mantener su posición competitiva, responder a las exigencias en la demanda de sus clientes y mejorar el balance de ventas frente a gastos.

### 3. Doctrina judicial. El razonamiento jurídico de las sentencias

La [Sentencia 45/2019, de 30 de enero](#), del Juzgado de lo Social número 3 de Almería, estima íntegramente las demandas acumuladas y contiene dos pronunciamientos en su fallo: primero, declarar la nulidad de la asignación de las trabajadoras al parque comercial alejado veinticinco kilómetros y, como reposición en las condiciones laborales modificadas sustancialmente de forma injustificada, incorporarlas al centro comercial de nueva apertura, sin variar su reducción de jornada ni su concreción horaria; y, segundo, condenar a la empresa a indemnizar a cada trabajadora con la cantidad de 6.250 euros en concepto de daños y perjuicios por haber vulnerado su derecho a no ser discriminadas por razón de sexo, en la medida en que su derecho a conciliar la vida personal, familiar y laboral había resultado vulnerado.

Para llegar a esta resolución, en la medida en que se ha invocado la vulneración de un derecho fundamental, la sentencia aplica la previsión contenida en los artículos 96 y 181.2 de la LRJS y examina si las demandas han aportado indicios suficientes que obliguen a soportar la carga de la prueba a la empresa demandada. Es decir, si suministran indicios que hagan factible presumir que la decisión controvertida ha atentado contra sus derechos fundamentales, en este caso, el derecho a la no discriminación por razón de sexo ([art. 14 CE](#)).

Los indicios tomados en consideración para presumir tal vulneración –sin efectuar ninguna referencia jurisprudencial que fundamente su elección– son tres: primero, toda la plantilla sin reducción de jornada del centro de trabajo cerrado fue reubicada directamente en el centro de nueva apertura, apenas a dos kilómetros de distancia, sin ninguna otra variación en sus condiciones de trabajo; segundo, solo a las trabajadoras con reducción de jornada, a las que se obligaba a modificar su concreción horaria para incluir los fines de semana, se condicionó el pase al nuevo centro de trabajo; y, tercero, solo a las trabajadoras con reducción de jornada que sí cumplieron con tal condición se las reubicó en el nuevo centro de trabajo, siendo asignadas la mayoría de las restantes al parque comercial situado a veinticinco kilómetros de distancia.

La empresa manifestó tres circunstancias para explicar su decisión: el cierre del centro comercial de las trabajadoras, las necesidades de personal en el nuevo centro y el perfil inadecuado de las demandantes para sus necesidades comerciales durante los fines de semana. Sobre esta base objetiva, la resolución traslada su examen a su conexión con la condición de trabajo modificada sustancialmente, en este caso, el lugar de prestación de servicios. En su comunicación escrita a las trabajadoras, la empresa había expresado tres causas: mantener

su posición competitiva, responder a las exigencias en la demanda de sus clientes y mejorar el balance de ventas frente a gastos.

El examen judicial estima que las causas esgrimidas para modificar sustancialmente el lugar de trabajo de las demandantes son vagas, sin que la empresa haya logrado durante el juicio ni concretarlas ni mucho menos acreditarlas materialmente. Bien al contrario, no probó la causa económica, técnica, organizativa o de producción concreta justificativa del cierre de las tiendas donde trabajaban las demandantes, como tampoco la necesidad particular de que estas dos empleadas prestaran sus servicios en el centro de la localidad situada a veinticinco kilómetros, ni siquiera que la necesidad de personal en el nuevo centro los fines de semana fuera mayor que en el resto de tiendas (incluida la cerrada, que también abría los fines de semana). También fue tenido en cuenta que, al mismo tiempo que se envió a seis trabajadoras a un centro a veinticinco kilómetros de distancia, se realizaron nuevas contrataciones para completar la plantilla en el centro comercial de nueva apertura.

Una vez formulada esta conclusión, como la empresa no ha desvanecido la presunción de que ha tratado de forma menos favorable a las trabajadoras con reducción de jornada por guarda de hijos menores, la resolución asume su comisión y estima vulnerado su derecho a la no discriminación por razón de sexo. La fundamentación jurídica que relaciona el ejercicio del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, en el que se incluye la reducción de jornada por guarda legal de menores, y la no discriminación por razón de sexo parte con la cita de varias disposiciones comunitarias de derecho blando ([Recomendación del Consejo de 31 de marzo de 1992](#) y Decisiones del Consejo de [20 de diciembre de 2000](#) y [19 de enero de 2001](#)), para pasar sin solución de continuidad a su fundamentación constitucional en los artículos [14](#) y [39](#) de la CE, pues los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar cuentan con una dimensión constitucional asentada en sendos preceptos, según doctrina contenida en las SSTC [3/2007, de 15 de enero](#), y [26/2011, de 14 de marzo](#). También se apoya sin mayor concreción en su desarrollo legislativo en la [Ley 39/1999, de 5 de noviembre](#), para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, y en la [Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo](#), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Recurrida en suplicación, el TSJ de Andalucía desestima tanto la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia ([art. 193 b LRJS](#)), como la censura jurídica por inaplicación de los artículos [20](#) y [41](#) del ET, así como del [artículo 38 de la CE](#), y por aplicación indebida del [artículo 14 de la CE](#) ([art. 193 c LRJS](#)).

Ninguna de las cinco revisiones fácticas solicitadas (ordinales séptimo, noveno, décimo, undécimo y duodécimo), en buena medida dirigidas a sustanciar la causa de la modificación sustancial, prosperó –poniendo de manifiesto una vez más la relevancia de una correcta práctica de la prueba ante el juzgado, a quien la jurisdicción social atribuye su valoración en toda su amplitud ([art. 97.2 LRJS](#))–. En cuanto a la infracción legal por inaplicación o aplicación incorrecta de las disposiciones legales citadas, se advierte con facilidad que su viabilidad dependía directamente de la revisión de los hechos probados, de forma que, tras su fracaso en tal propósito, resultaba difícilmente posible lograr su estimación.

En cualquier caso, el razonamiento jurídico de la sentencia de suplicación se detiene con mayor atención en el [artículo 41 del ET](#) y deja a un lado la revisión del derecho antidiscriminatorio, en la medida en que, a diferencia del juzgado, no le corresponde aplicar las reglas de valoración de la prueba (arts. 96 y 97 LRJS). El [artículo 41 del ET](#), situado en su capítulo dedicado a la modificación del contrato de trabajo, constituye una manifestación particular del *ius variandi* empresarial (arts. 1.1, 5 c) y 20.1 ET), que incluso puede considerarse amparada por el [artículo 38 de la CE](#), pero en ningún caso da lugar a un derecho de variación empresarial del contenido del contrato de trabajo de carácter absoluto o ilimitado –con cita en este extremo de la Sentencia del Tribunal Supremo –STS– de 24 de noviembre de 1989–, sino sujeto a ciertos requisitos (causas probadas económicas, técnicas, organizativas y de la producción) y ciertas condiciones (carácter individual o colectivo, comunicación formal, plazo de preaviso, extinción indemnizada...). Entre los primeros, es imprescindible la existencia probada de alguna de las causas enumeradas en el [artículo 41.1 del ET](#) (causa justa) y la exigencia de que la condición de trabajo modificada sustancialmente sea funcional y proporcionada a la misma (juicio de necesidad y proporcionalidad), de tal forma que, ante la inexistencia de una causa, determinada y acreditada, que justifique la modificación llevada a cabo, y en la medida en que su trato ha sido desfavorable o perjudicial para las trabajadoras con reducción de jornada por guarda legal de menor, a quienes se ha sometido a una condición para merecer el mismo trato que el resto de la plantilla, no puede llegarse sino a la conclusión de que la decisión empresarial debe declararse injustificada y debe reponerse a las trabajadoras en sus condiciones anteriores.

#### 4. Trascendencia de la doctrina judicial más allá del caso

La trascendencia de las resoluciones judiciales comentadas queda muy limitada al caso enjuiciado, pues las circunstancias concurrentes, ligadas tanto a las causas justificativas de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, como a las necesidades de conciliación de las trabajadoras implicadas, tienen un peso sobresaliente en los razonamientos empleados tanto en la [sentencia del juzgado de lo social](#), como en su [confirmación por el TSJ de Andalucía](#)<sup>1</sup>.

Acaso, puede comentarse la aplicación de la inversión de la carga de la prueba y el razonamiento acerca de la protección antidiscriminatoria por razón de sexo de los derechos de conciliación en la [sentencia del juzgado de lo social](#), pues contrasta con el razonamiento empleado en otras sentencias con el mismo objeto y algún otro similar, y el estudio del [artículo 41.1 del ET](#) en la [sentencia resolutoria de la suplicación del TSJ de Andalucía](#).

<sup>1</sup> De hecho, la misma sala del TSJ de Andalucía, en su [Sentencia 1156/2019, de 9 de mayo](#), desestimó un recurso de suplicación interpuesto por otra trabajadora de la misma compañía y ciudad, también con reducción de jornada por guarda de un hijo menor de 12 años y a quien se cambió su centro de trabajo, porque la empresa no había admitido la existencia de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, las circunstancias concurrentes fueron distintas (su contrato como gerente preveía su movilidad a otros centros y el cambio no afectó a más personal), la medida no perjudicó su derecho a la conciliación y, finalmente, la modalidad procesal por la que se demandó fue incorrecta.

El juzgado aplica como mecanismo procesal de tutela del derecho a la no discriminación por razón de sexo la inversión de la carga de la prueba (art. 96 LRJS). Para ello, exige que la demanda cumpla con el requisito probatorio para su activación, que no consiste en otra cosa sino en proporcionar una prueba indiciaria o un principio de prueba suficientes como para hacer factible presumir a quien juzga que la razón de cierto trato desfavorable radica en el sexo de quien lo padece. Sin embargo, la identificación de tales indicios adolece [en esta resolución](#) de una fundamentación jurisprudencial más detenida, que podría haberse apoyado en la [STC 90/1997, de 6 de mayo](#), a la hora de comparar el trato dispensado a los trabajadores con reducción de jornada y sin ella, o en la [STC 17/2007, de 12 de febrero](#), en el momento de reprochar la ausencia de una mínima justificación empresarial en el trato llevado a cabo –si bien en este caso sí existía, pero de manera vaga– ([Lousada, 2018, pp. 330-331](#)). Del mismo modo, la conexión entre el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la no discriminación por razón de sexo (arts. 14 y 39 CE) se apoya básicamente en las [SSTC 3/2007 y 26/2011](#), ambas sin duda imprescindibles en este terreno, pero se echa de menos su fundamentación en el derecho comunitario, tanto originario (arts. 2, 3.3 y, en especial, 6.1 [Tratado de la Unión Europea](#), este último por cuanto remite al art. 33.2 [Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea](#)), como derivado (art. 14.1 [Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio](#), y, especialmente, cláusula 5.4 [Directiva 2010/18/UE](#) –en la actualidad, art. 11 [Directiva UE 2019/1158, de 20 de junio](#)–), y en el derecho interno, con una atención particular al [artículo 44.1 de la Ley orgánica 3/2007](#), según el cual debe evitarse –o, en mejores términos, está prohibida– cualquier discriminación basada en el ejercicio de los derechos de conciliación.

Tanto su fundamentación jurídica como su fallo contrastan con los contenidos en otras sentencias que han enjuiciado supuestos similares, cuando no idénticos, en los que, por un lado, no ha operado la inversión de la carga de la prueba –pues, en definitiva, mediante una interpretación sistemática del [art. 41.1 ET](#) y de la dimensión constitucional de los derechos de conciliación, se desprende la obligación empresarial de probar la funcionalidad específica de la condición conciliatoria modificada– ni, por otro, se ha estimado vulnerado el derecho a la no discriminación por razón de sexo y, en consecuencia, se ha condenado al pago de una indemnización. Mientras que en la [sentencia del juzgado comentada](#), como también en la [Sentencia 255/2019, de 12 de marzo, del TSJ de Canarias/Las Palmas](#), se estima una vulneración automática del derecho a la no discriminación por razón de sexo que implica una condena indemnizatoria ([art. 183 LRJS](#)), existen otras que no aplican tal automatismo ni en la vulneración del derecho fundamental implicado ni, en consecuencia, en la condena indemnizatoria. Al contrario, en estos casos, el pronunciamiento se ha limitado a declarar injustificada la modificación sustancial que afecta a los términos de la concreción horaria de la reducción de jornada y a reponer a las trabajadoras –pues se trataba de mujeres en todos los casos– a sus condiciones anteriores, sin condenar al pago de una indemnización ([art. 183.1 LRJS](#)). Así se observa en la [Sentencia 97/2013, de 1 de marzo, del Juzgado de lo Social número 33 de Madrid](#), para declarar injustificada la modificación del centro de trabajo de una empleada con reducción de jornada que la obligaba a dedicar 50 minutos más de desplazamiento hasta su nuevo lugar de trabajo, sin necesidad de declarar la comisión de una conducta empresarial discriminatoria. Como también, de modo similar, en las [Sentencias 789/2017, de 19 de](#)

julio, del TSJ de Madrid<sup>2</sup>, y 1384/2018, de 3 de mayo, del TSJ de Andalucía/Sevilla, para declarar contraria a derecho la oposición empresarial a la concreción horaria de la reducción de jornada efectuada por una trabajadora porque la empleadora no había explicado de modo razonable las razones organizativas, técnicas o productivas que lo impidieran, en este caso también sin necesidad de declarar.

La [sentencia del TSJ](#), por su parte, examina con más atención las causas que justifican la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, teniendo en cuenta que su validez comprende dos dimensiones: una objetiva, que consiste en que debe acreditarse la concurrencia efectiva de tal causa («probadas razones»), y otra subjetiva, que consiste en que la condición de trabajo debe ser modificada de forma razonable y proporcional a aquella. Aunque se trata de una construcción suficientemente asentada, hubiera sido adecuada una mayor cita de la jurisprudencia posterior a la reforma laboral de 2012 –por ejemplo, SSTS de [27 de enero \(rec. 100/2013\)](#), [25 de marzo \(rec. 140/2013\)](#) y [10 de diciembre de 2014 \(rec. 2265/2013\)](#), o de [15 de abril de 2015 \(rec. 137/2013\)](#)–.

En ambas resoluciones se echa en falta una justificación más detenida de los términos empleados para intensificar el juicio de razonabilidad y proporcionalidad de la modificación sustancial cuando afecta al ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, pues en definitiva la empresa no lo cumplió de forma satisfactoria. Es decir, si el contenido de cualquier modificación sustancial de las condiciones de trabajo debe ser razonable y proporcionado a la causa que lo justifica (obligación general), su justificación debe ser todavía más intensa si afecta al ejercicio de los derechos de conciliación, especialmente cuando da lugar a su limitación o, todavía con más motivo, a su supresión (obligación especial). Esta, y no en poca medida, es la principal aportación de las SSTC [3/2007, de 15 de enero](#), y [26/2011, de 14 de marzo](#) (Ballester, 2017, pp. 170-174). Un criterio que, por ejemplo, ha sido empleado en la [Sentencia 3837/2008, de 24 de octubre, del TSJ de Galicia](#), para proteger el derecho a la concreción horaria de la reducción de jornada previsto en el [artículo 37.7 del ET](#); o, más recientemente, en las Sentencias [494/2019, de 29 de noviembre](#), del Juzgado de lo Social número 23 de Madrid, y [3/2020, de 9 de enero](#), del Juzgado de lo Social de Cádiz, a la hora de efectuar una interpretación integradora de la concreción horaria de la reducción de jornada por guarda legal y del derecho a adaptar la jornada de trabajo ([art. 34.8 ET](#)), tras su reforma por el [Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo](#).

---

<sup>2</sup> En sentido contrario, la [Sentencia 705/2017, de 5 de julio](#), del mismo TSJ, desestimó una demanda análoga tras considerar acreditada la existencia de razones organizativas justificativas de la denegación por la empresa de la concreción horaria de la reducción de jornada solicitada por una de sus empleadas, debido precisamente a la mayor afluencia de público los fines de semana en sus tiendas.

# La protección del derecho al honor en el ámbito de relación laboral: al orden social lo que es del orden social

Comentario a la [Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos 327/2019, de 30 de septiembre](#)

**José María Moreno Pérez**

*Abogado  
Profesor asociado.  
Universidad de Jaén.*

## 1. Marco legal

El contexto de la sentencia nos sitúa ante la ilegítima intromisión en el derecho al honor de una encargada de tienda llevada a cabo por una empleada del mismo centro de trabajo y la protección obtenida en el marco de la jurisdicción civil. La vulneración del derecho al honor y el ámbito de protección de los derechos fundamentales nos enfrenta ante un amplio marco legal, un extenso desarrollo jurisprudencial y una pluralidad de enfoques doctrinales desde los que es posible afrontar el tema. Tal amplitud de enfoque resulta contraria a la necesidad de concreción que se espera de este espacio de la revista, reservado a dialogar en torno a los contenidos jurisprudenciales más recientes. Por ello, acotaremos nuestro enfoque en el ámbito de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y, más concretamente, desde la perspectiva de las competencias y las fortalezas que nos ofrecen los distintos órdenes jurisdiccionales como garantías concretas de protección de los mismos.

La delimitación del contenido del derecho al honor llega hasta nosotros de la mano de la [Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo](#), de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, quedando configurado en sus elementos esenciales como un derecho irrenunciable, inalienable e imprescriptible, siendo nula cualquier renuncia a su protección ante intromisiones ilegítimas, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento o las propias excepciones previstas en la norma. Le corresponde el sistema de protección reforzada, por ser el honor derecho esencial de la persona,

**Cómo citar:** Moreno Pérez, J. M.<sup>a</sup> (2020). La protección del derecho al honor en el ámbito de relación laboral: al orden social lo que es del orden social. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos 327/2019, de 30 de septiembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 446, 167-175.

que añade a las previsiones generales del [artículo 53.1](#) las específicas del [artículo 53.2 de la Constitución española](#) (CE), accediendo a la protección jurisdiccional ordinaria –en un procedimiento preferente y sumario– y la extraordinaria mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (TC), debiendo sumar el mecanismo de protección de los derechos por medio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La [Ley 62/1978, de 26 de diciembre](#), de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, establecía un sistema de protección de derechos en tres niveles, civil, penal y contencioso-administrativo, bajo la óptica de la preferencia y sumariedad exigida por la norma constitucional.

El modelo fue abandonado en beneficio de una regulación específica en cada uno de los distintos órdenes jurisdiccionales, desde los que se hicieron previsiones procesales, que permitían acceder a la protección de los derechos fundamentales en cada ámbito de competencia de los distintos órdenes. En el ámbito civil y en lo que a la protección del derecho al honor se refiere, la norma fue sustituida por la [Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo](#), cuya [disposición transitoria segunda](#) mantuvo vigente el proceso civil de protección de derechos desarrollado en los [artículos 11 a 15 del texto anterior](#), quedando finalmente [derogado](#) con la entrada en vigor de la [Ley 1/2000, de 7 de enero](#), de enjuiciamiento civil (LEC), y sujeto, desde ese momento, a las previsiones del [artículo 249.1.2.º de esta ley](#). Las garantías en el ámbito contencioso-administrativo encuentran su acomodo en el procedimiento previsto en los [artículos 114 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio](#), reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. La protección penal del bien jurídico configurado por el derecho al honor nos sitúa ante las previsiones de los títulos [X y XI](#) del libro II del Código Penal, siendo este orden el último en abandonar la cobertura de la [Ley 62/1978](#). La disposición derogatoria única de la [Ley 38/2002, de 24 de octubre](#), de reforma parcial de la Ley de enjuiciamiento criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, [derogó expresamente los artículos 1 a 5 de la Ley 62/1978](#).

También el ámbito laboral ha venido ofreciendo la necesaria protección de los derechos fundamentales de los trabajadores, bien sea desde la configuración personalista de los derechos básicos del [artículo 4.1 del Estatuto de los Trabajadores](#) o bien en el ámbito del marco de la relación de trabajo del [apartado 2](#), en el que expresamente se reconocen los derechos que se derivan de los [artículos 14, 15 y 18](#) de la CE. El proceso laboral tiene igualmente sus específicas previsiones al respecto en el [libro II de la Ley 36/2011, de 10 de octubre](#), reguladora de la jurisdicción social (LRJS), donde la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas conforma el [capítulo XI](#) dentro del título II dedicado a las modalidades procesales. La claridad del momento actual permite ver acertadamente superada la etapa de confusión generada por la falta de previsiones, al respecto del orden social, en la [Ley 62/1978, de 26 de diciembre](#), siendo el punto de inflexión la afirmación competencial que a partir de 1982 comenzó a efectuar el TC (Sentencias del TC –SSTC– [67/1982, de 15 de noviembre](#); [55/1983, de 22 de junio](#); [47/1985, de 27 de marzo](#)), si bien quedando circunscrita la protección al procedimiento ordinario laboral previo a la [Ley de procedimiento laboral de](#)

1990. Fue la reforma introducida en 1995, por la que se aprueba el [texto refundido de la Ley de procedimiento laboral](#), la que extiende la modalidad de tutela de los derechos de libertad sindical, introducidos en 1990, a los restantes derechos fundamentales, incluyendo la modalidad procesal específica ([arts. 175 a 182](#)), en cumplimiento del mandato del [artículo 53.2 de la CE](#), terminando con la incertidumbre al respecto del tipo de procedimiento que debía aplicarse.

## 2. El caso: síntesis del supuesto de hecho

La encargada de un establecimiento de perfumería insta contra una compañera trabajadora de la misma empresa demanda en ejercicio de acción personal, declarativa y de condena, de hacer y en reclamación de cantidad de indemnización de daños morales al amparo de la vulneración del derecho al honor y a la propia imagen de la [Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo](#), protectora de derechos fundamentales.

El Juzgado de Primera Instancia número 6 de Burgos dictó sentencia estimando parcialmente la demanda, reconociendo que la trabajadora demandada había emitido públicamente expresiones que lesionan la dignidad y estima, y menoscaban la fama, de la actora, habiendo por ello existido intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la propia imagen y al honor. La demandada fue condenada a reparar el daño, mediante la publicación en Facebook de la sentencia, una vez firme, y en el perfil público de la trabajadora condenada a fin de restituir el buen nombre, prestigio y honorabilidad de la actora. Igualmente, la intromisión ilegítima del derecho al honor y a la propia imagen permitió al juzgador condenar al pago de una indemnización de 800 euros en concepto de daño moral, junto a los intereses legales de demora procesal, reduciendo el juzgador la petición de la actora en un 20 %.

El desacuerdo de la trabajadora con la sentencia de instancia motivó la formulación del recurso de apelación preceptivo. La recurrente niega que las expresiones hayan afectado al prestigio profesional de la actora, como niega también que fueran dirigidas a esta al referirse a la encargada, existiendo cuatro en la tienda. Se declararon como hechos probados, admitidos por la audiencia, un amplio abanico de expresiones vejatorias que no dejan lugar a duda de las intenciones degradantes y ofensivas para la actora, todas ellas vinculadas a su comportamiento y forma de llevar a cabo su actividad profesional. Respecto al alcance de las expresiones y el hecho de que estas puedan afectar al prestigio profesional de la demandante, la sentencia entra con una evidente desestimación del motivo, confirmando la de instancia y desplegando al respecto una argumentación sucinta pero efectiva para desactivar el motivo formulado y constatando que las expresiones lesionan la dignidad y estima, y menoscaban la fama, de la actora, habiendo por ello existido intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la propia imagen y al honor, sobre la base de la consolidada doctrina del TC, emitida al respecto del derecho al honor. Las expresiones suponen, tal y como afirma la sentencia, una clara imputación de conductas antijurídicas, objetivamente vejatorias y desmerecedoras en la consideración ajena, al ir en descrédito de la persona a la que se refieren y que atentan injustificadamente contra su reputación personal y profesional.

Al respecto de la pertinencia de la indemnización concedida por la primera instancia, la Audiencia Provincial, siguiendo la doctrina del TC, recuerda que, en torno a la intromisión en el derecho al honor, no es admisible fijar indemnizaciones de carácter simbólico, pues, al tratarse de derechos protegidos por la Constitución como derechos reales y efectivos, requiere una reparación acorde con el relieve de los valores e intereses en juego. No justifica ni su supresión ni su variación a la baja el hecho de que la empresa no haya tenido reacción alguna frente a las partes, ni tampoco la existencia de un perjuicio patrimonial. La existencia del daño moral se desprende del lógico sufrimiento, padecimiento psíquico, zozobra, inquietud, pesadumbre e impacto emocional que naturalmente provoca la imputación de las conductas de la empleada frente a la encargada, actora en el procedimiento, que no pueden ampararse bajo el principio de la libertad de expresión.

### 3. La posición judicial respecto al marco legal en la protección del derecho al honor: ámbito civil o ámbito laboral

La sentencia destacada sigue al pie de la letra el modelo de protección civil elegido por la actora para reparar la ilegítima agresión a su derecho al honor. Igualmente, el órgano judicial, tanto de instancia como de apelación, ha respondido a lo que cabía esperar a la vista del resultado de la prueba practicada, incluso en la fijación del *quantum* indemnizatorio, que se mueve en parámetros razonables, habida cuenta del principio de la justicia rogada.

En el caso que nos ocupa y pese al ineludible escenario laboral en el que se producen los hechos, el cauce elegido por la actora para recabar la tutela ha sido la vía civil, probablemente ante la decisión de la actora de no demandar conjuntamente también a la empresa. Sin embargo, las connotaciones laborales de la situación nos hacen plantearnos si realmente hubo alguna opción a que se optara por la competencia del orden social y, en su caso, qué ventajas y riesgos conlleva el uso de cada una de las posibles vías jurisdiccionales.

No cabe duda de que las críticas y comentarios ofensivos son vertidos por la demandada frente a la actora no solo dentro de la propia red social de la empresa a la que ambas responden, sino que, además, la trabajadora responsable del ataque del derecho al honor lo hace aludiendo a los comportamientos y trayectoria laboral de la encargada de la tienda en la que ambas trabajan. La reputación atacada, además de ser personal, es eminentemente profesional, con referencias a la trayectoria de la encargada. Lo que se pretende con la conducta llevada a cabo no es sino desmerecer pública e injustificadamente la reputación de la encargada en su condición personal y profesional.

Sin embargo, la actora prefirió el ejercicio de las acciones civiles, y ello conlleva el desarrollo del procedimiento conforme a lo dispuesto en el [artículo 249.1.2.º de la LEC](#), con la presencia del Ministerio Fiscal y la exigencia de una tramitación preferente. Los cauces solo pueden ser los del juicio ordinario previsto en los [artículos 399 y siguientes](#) de la misma ley procesal,

siendo asimismo de aplicación las disposiciones comunes a los procesos declarativos de los [artículos 248 y siguientes](#). El propio rigor del proceso ordinario, el diseño de su estructura basada en el trámite de contestación por 20 días a los demandados, la convocatoria de audiencia previa y la posterior fijación del acto de la vista se convierten en la principal desventaja de la vía civil de protección de los derechos fundamentales, a la vista de las dos únicas especialidades procesales contenidas en el [artículo 249.1.2.º](#): la «intervención del Ministerio Fiscal» y la exigencia de la «tramitación preferente». La intervención del Ministerio Fiscal y la consideración de parte que le impone el [artículo 249.1.2.º](#) se encuentran en la esfera de la posición de un demandado *sui generis*, siendo en el acto del juicio y a la vista del desarrollo de la prueba cuando su posición alcance su plena funcionalidad, que no es otra que la defensa de la legalidad y contribuir a que no se consagre la vulneración del derecho fundamental.

La preferencia exigida solo puede interpretarse como el mandato a que el órgano judicial otorgue a los procedimientos prioridad en la agenda de señalamientos, forzando una ubicación preferente en la ya complicada agenda judicial de un órgano de instancia civil. El proceso civil ordinario tampoco adquiere la dimensión de sumariedad admitida por la doctrina en sentido estricto, sino que atiende a su significación vulgar como sinónimo de rapidez ([STC 81/1992, de 28 de mayo](#)), y tampoco describe un proceso en su carácter de especial, por no tener previsto especialidades procesales propias que permitan discernir sobre la vulneración de los derechos fundamentales. La preferencia en los señalamientos de la agenda y la pretendida rapidez, sin especialidades procesales, incluso sin previsión específica respecto a los días hábiles para la tramitación de este procedimiento –resultando el mes de agosto inhábil salvo habilitación del [art. 131 LEC](#)–, se nos presentan insuficientes para cumplir con el mandato dirigido a la protección jurisdiccional de los tribunales ordinarios mediante un procedimiento con los principios exigidos en el [artículo 53.2 de la CE](#).

El orden jurisdiccional social se ve obligado a cumplir con el mismo mandato de preferencia y sumariedad en el desarrollo del procedimiento que haya de permitir la tutela de las libertades y derechos fundamentales, y lo hace bajo las previsiones de una modalidad procesal concreta desarrollada en los [artículos 177 a 184 de la LRJS](#), configurada no solo para la lesión de los derechos fundamentales laborales específicos, sino para cualquier posible vulneración de derechos fundamentales y de libertades básicas en el ámbito de las relaciones de trabajo. La propia existencia de la modalidad procesal como tal, que tiene carácter facultativo, no obligatorio, ya nos predispone a valorar la existencia de un procedimiento especial y plenario, distinto del proceso ordinario, y que debe encajar en el mandato constitucional de preferencia y sumariedad. No debemos olvidar que las previsiones del [artículo 184](#), remitiendo a modalidades procesales específicas cuando la vulneración del derecho fundamental aparece, no tienen necesariamente que romper las exigencias de preferencia y sumariedad, en tanto que sigue presente una modalidad procesal, dejando al margen el proceso ordinario.

El objeto de este proceso nos sitúa ante un proceso especial, en tanto que se limita exclusivamente al conocimiento de la lesión del derecho fundamental o la libertad pública a cuya constatación habrá de ceñirse el fallo junto a la inclusión de la eventual indemnización

reparadora, salvo que la lesión se presente junto a alguna de las materias del [artículo 184](#), en cuyo caso se vería analizada la lesión en el ámbito de la modalidad hacia la que deriva: despido, extinción, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, etc. La inversión de la carga de la prueba prevista para el desarrollo del juicio obliga al demandado a desplegar todas aquellas probanzas que justifiquen las medidas adoptadas y su proporcionalidad a la vista de la concurrencia de indicios razonables de haberse producido la lesión del derecho.

La reparación del derecho fundamental, o, en su caso, el cese inmediato de la conducta lesiva, convierte a la tramitación de este procedimiento en urgente a todos los efectos y preferente respecto de todos los que se sigan en el juzgado, afectando no solo al pronunciamiento en la instancia, sino también a la tramitación del recurso –[art. 179 LRJS](#)–. La urgencia del procedimiento conlleva la consideración del mes de agosto como mes hábil, con la eliminación expresa de las exigencias de conciliación y reclamación administrativa previa. La sumariedad viene igualmente reforzada mediante las previsiones del [artículo 181](#), donde se establece un plazo de 5 días para la fijación del juicio desde la admisión de la demanda, siempre que medie un plazo de 2 días entre la citación a juicio y la fecha prevista. En cuanto al plazo para dictar sentencia, se acorta de forma simbólica, de los 5 días señalados para el proceso ordinario a los 3 días previstos para la sentencia que declare la vulneración de los derechos fundamentales. En dichos procedimientos será siempre parte el Ministerio Fiscal, en los términos del [artículo 177.3](#), y como garante de la integridad de la reparación de las víctimas, así como atento a la derivación delictiva de las conductas valoradas.

La obtención de la tutela de los tribunales con un considerable ahorro de tiempo en el orden social es una de las consecuencias más favorecedoras. Mientras que en el proceso civil elegido la actora comenzó su periplo procesal civil a mediados del año 2017, obteniendo la primera sentencia casi al año –junio de 2018– y la de segunda instancia 2 años después –septiembre de 2019–, la jurisdicción social hubiera ofrecido una sentencia de instancia en un plazo de 3 meses desde la presentación de la demanda y la resolución del potencial recurso de suplicación, caso de resultar viable dado su carácter extraordinario, nos hubiera permitido obtener la sentencia en otro plazo similar. De modo que, mientras la tutela civil nos avoca a un proceso sin reglas de sumariedad, la modalidad procesal prevista para la vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas hubiera permitido obtener la reparación de la lesión y el cese efectivo de las conductas vulneradoras con un considerable ahorro de tiempo dadas las especiales características con las que se configura. Es evidente que las previsiones del [artículo 181 de la LRJS](#) son un mandato ineludible de sumariedad que no pueden ser ignoradas por los órganos de la jurisdicción social, pese a la necesaria adaptación de dichas preferencias y plazos a la realidad de la carga de trabajo de los juzgados de lo social, que lógicamente dependerá de la situación de cada circunscripción territorial y de los órganos que la componen. A mayor abundamiento, el [artículo 74.2 de la LRJS](#) nos recuerda que el principio de celeridad, previsto para el proceso laboral, debe inspirar la interpretación y aplicación de las normas procesales propias de las modalidades procesales, lo que sin duda contribuye a reforzar el mandato constitucional en el ámbito laboral.

Mientras que la jurisdicción civil se presenta como de doble instancia, sin embargo, la sentencia recaída en la modalidad procesal que por materia resulta recurrible en suplicación –[art. 191.3 f\) LRJS](#)– tiene la necesidad adicional de quedar embrizada dentro de los requisitos del [artículo 193](#), lo que, sin duda, añade un requisito adicional de procedibilidad al recurso, y nos sitúa ante la auténtica dimensión del recurso extraordinario, circunstancia que lógicamente juega en beneficio de la firmeza de la resolución que pone fin a la tutela judicial obtenida.

Como último factor determinante de la conveniencia del orden social, nos encontramos con el alcance de los contenidos indemnizatorios, seriamente mejorado en virtud de lo dispuesto en el [artículo 183.2 de la LRJS](#) y de los criterios jurisprudenciales que se van abriendo camino desde la pionera [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 1532/2018, de 17 de julio](#), amparando la indemnización disuasoria como un plus adicional, una vía punitiva añadida que busca un efecto preventivo en la empresa infractora evitando que reincida en la infracción, y disuasoria frente a otras empresas que deben tomar conciencia del elevado coste de incurrir en lesión de derechos infringiendo normas preventivas.

En conclusión, la confrontación de los procedimientos civil y laboral, previstos para la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas bajo las exigencias de preferencia y sumariedad, presenta una evidente disparidad respecto de la adecuación a los estándares que podrían desprenderse de dichos imperativos constitucionales. La mejor posición del proceso laboral, en cuanto a su adaptación a las exigencias del [artículo 53.2 de la CE](#), es palmaria. Mientras que en el ámbito civil hablamos de un proceso ordinario sujeto a la presencia del Ministerio Fiscal y la tramitación preferente como criterio adaptable a la disponibilidad de la agenda judicial, en el proceso laboral sí que podemos hablar de un auténtico proceso especial, sumario, preferente y plenamente adaptado a las garantías concretas previstas por el legislador cuando se trata de recabar la tutela de los tribunales ordinarios ante la vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas.

#### **4. Trascendencia práctica de la sentencia y la necesidad de optar por la competencia jurisdiccional adecuada al caso concreto**

La [sentencia objeto de consideración](#) se hace eco de una realidad surgida de la transformación digital en la que nos vemos inmersos. La repercusión de las redes sociales en nuestras vidas y el panorama tecnológico que nos rodea son realidades que nos acompañan y nos desbordan. La trascendencia que estas realidades tienen sobre el mundo laboral es una realidad que mantiene en revisión permanente la regulación de las condiciones de trabajo, y, consecuentemente, también nos descubre nuevos escenarios en los que reconocer la vulneración de derechos. Haciéndose eco de estas nuevas y cambiantes realidades, el reciente instrumento jurídico ofrecido a la comunidad internacional desde el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo con la aprobación del [Convenio 190](#), sobre la violencia y el acoso, nos descubre un

escenario en el que se pueden reconocer conductas susceptibles de ser protegidas en el marco del convenio las que se llevan a cabo no solo durante el trabajo, sino también en relación con el trabajo, o como resultado del mismo, encontrando como previsión expresa del artículo 3 d) la aplicación de la norma en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación.

En el mismo sentido, nuestros tribunales tratan de establecer criterios interpretativos que nos permitan fijar espacios en los que los cambios tecnológicos y las transformaciones sociales que generan puedan convivir armónicamente y con las debidas garantías junto a nuestros derechos irrenunciables como el honor, la intimidad y la propia imagen, por su condición de fundamentales para la persona. En el marco de esta corriente garantista, la reciente [STC 27/2020, de 24 de febrero](#), analizando la de la [Sala Primera del Tribunal Supremo \(TS\), de 15 de febrero de 2017](#), acepta que las redes sociales han modificado nuestros modos de socializar, pero sin que ello suponga que los usuarios de las mismas dejen de ser titulares de sus derechos fundamentales, cuyo contenido sigue siendo el mismo que en la era analógica. Todo usuario de redes sociales conserva su esfera privada, que debe permanecer al margen de los millones de usuarios de las redes sociales en internet, siempre que no haya prestado su consentimiento de una manera inequívoca para ser observado o para que se utilice y publique su imagen. Deja claro el TS que los ciudadanos de la sociedad digital no han perdido o renunciado a los derechos protegidos en el [artículo 18 de la CE](#). Los particulares que se comunican a través de un entorno digital y que se benefician de las posibilidades que ofrece la web 2.0 no pueden ver sacrificados, por este solo hecho, los derechos fundamentales cuya razón de ser última es la protección de la dignidad de la persona.

Cualquier agresión ilegítima a la esfera de esos derechos fundamentales que ponga en evidencia la dignidad de la persona precisará de los mecanismos diseñados por el [artículo 53.2 de la CE](#). El modelo actual basado en la dispersión de la garantía sumaria y preferente ante los tribunales ordinarios en las distintas leyes procesales y los diferentes órdenes jurisdiccionales habrá de servir a los fines pretendidos, siendo características comunes de todos ellos la reducción de los plazos, la supresión de trámites y la simplificación de formalidades. Cuando la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, incluidas las que se formulen contra terceros vinculados al empresario por cualquier título, siempre que la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios, es evidente que la preferencia debe decantarse por el orden social. En el caso que nos ocupa, existían argumentos competenciales suficientes para haber acudido al orden social en la pretendida reparación del prestigio profesional dañado. Argumentos que, dentro de las garantías sumarias y preferentes del orden social, desbordan no solo desde el punto de vista cualitativo, sino también desde el punto de vista cuantitativo, lo que hubiera exigido mayor atención a la actora a la hora de iniciar el ejercicio de sus acciones.

El uso del espacio creado por la empresa en redes sociales pone de manifiesto la necesidad de control y vigilancia por parte del empresario. En modo alguno y desde la perspectiva

prevencionista, puede el empresario desatender y abstraerse de aquello que ocurre en el ámbito de su empresa y mucho menos si las conductas entre trabajadores tienen consecuencias en el ámbito de la esfera de las garantías de los derechos que afectan a la dignidad de la persona. Así nos lo recuerda el mandato legal del [artículo 14.2 de la Ley de prevención de riesgos laborales](#) dirigido al empresario en cuanto garante de la seguridad y salud de los trabajadores y la tipificación como infracción en la [Ley de infracciones y sanciones en el orden social \(art. 8.11\)](#) de los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores.

La dimensión laboralista del conflicto trae a escena la responsabilidad del empresario. La labor desarrollada por la demandada bien podría encuadrarse dentro de un proceso de violencia psicológica, que, entre sus múltiples caras y en la categoría menos agresiva, presenta la dimensión activa y pasiva del maltrato psicológico, en el que el empresario tendría la responsabilidad de la falta de atención hacia la víctima, cuando esta tiene vinculación con el agresor, como sucede con cualquier situación de dependencia de la víctima respecto al agresor. La evaluación de los riesgos permitiría detectar y prevenir tales conductas, evitando situaciones degradantes para los trabajadores y también para el propio ambiente laboral. La carencia de evaluación, o, de existir esta, la falta de medidas correctoras adecuadas, nos enfrenta a la responsabilidad del empresario. Ciertamente subyace un problema de prevención de riesgos psicosociales en el ámbito de la violencia o el maltrato digital, lo que vuelve a reafirmarnos no solo en la idoneidad del orden social para afrontar tales conductas vulneradoras de derechos, sino incluso en su carácter excluyente si tenemos en cuenta la dimensión de las críticas en internet como riesgo psicosocial.

Es por tanto una evidencia que la mayor previsión y adecuación a las exigencias del [artículo 53.2 de la CE](#), observadas por el legislador en el orden social, dejan mal parada a la protección aplicable en el ámbito civil. Curiosamente, la situación se ha invertido para el orden social, quedando reforzada desde [1995](#), al vincular los derechos fundamentales a la modalidad de vulneración del derecho a la libertad sindical, mientras que para el orden civil se ha debilitado desde la entrada en vigor de la [LEC](#), al remitir al proceso ordinario la protección, sin atender a reglas específicas que garanticen un inmediato cese en la lesión del derecho al honor.

La preferencia del orden social en cuanto a la protección de los derechos fundamentales frente a la opción civil, cuando nos encontramos en el marco de relaciones jurídicas propias del orden social o directamente conectadas, ha quedado más que acreditada y no estaría mal que los juzgados y tribunales hicieran el requerido y previo control competencial que les corresponde. No obstante, la trascendencia jurídica de la [sentencia](#) está dirigida, preferentemente, a los operadores jurídicos, quienes nos vemos obligados a dirigir las acciones sobre aquellas jurisdicciones en las que desplegar el máximo de garantías sobre los derechos vulnerados y obteniendo resultados cualitativa y cuantitativamente más rentables a nuestros defendidos, es decir, el reconocimiento de la lesión del derecho y el cese de la infracción, en el menor tiempo posible y con la reparación del daño más satisfactoria y completa de las que se puedan esperar. En definitiva, dar al orden social lo que es del orden social.

# El aval judicial a la regulación de la «prescripción» por enfermeros de medicamentos y productos sanitarios

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 230/2020, de 19 de febrero](#)

**Juan José Fernández Domínguez**

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

**Guillermo Domínguez Fernández**

*R & D Scientist.  
LSNE-León*

## 1. El contexto legal de un itinerario normativo previo muy accidentado

Los primeros pasos de la que comúnmente se ha conocido como «prescripción enfermera» suponen abordar el tránsito desde el vacío normativo a la legalidad de una práctica que, por vía de delegación de actuaciones dentro del equipo de profesionales, cabría entender implícita en los [apartados 3 y 4 del artículo 9 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre](#), de ordenación de las profesiones sanitarias (LOPS).

Lectura posibilista que si desde el plano profesional consta en diversas publicaciones del Consejo General de Colegios Oficiales de Enfermería de España, en el legal únicamente encuentra algunas expresiones menores dentro de la comunidad autónoma de Cataluña al calor de su [Decreto 264/2005, de 13 de diciembre](#). Con todo, tal criterio fue radicalmente desmentido bajo la versión primera de la [Ley 29/2006, de 26 de julio](#), de garantías y uso racional de los medicamentos (LGURM), pues su [artículo 77](#) vino a establecer de manera clara y contundente que médicos y odontólogos eran «los únicos profesionales con facultad para ordenar la prescripción de medicamentos».

**Cómo citar:** Fernández Domínguez, J. J. y Domínguez Fernández, G. (2020). El aval judicial a la regulación de la «prescripción» por enfermeros de medicamentos y productos sanitarios. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 230/2020, de 19 de febrero. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 446, 176-182.

La rectificación que en aquel precepto introdujo la [Ley 28/2009, de 30 de diciembre](#), dejó claro:

- Que los enfermeros, de forma autónoma, podían «indicar, usar y autorizar la dispensación de todos aquellos medicamentos no sujetos a prescripción médica y los productos sanitarios mediante la correspondiente orden de dispensación».
- Que el Gobierno asumía el compromiso de regular:

[...] la indicación, uso y dispensación de determinados medicamentos sujetos a prescripción médica por los enfermeros [...] mediante la aplicación de protocolos y guías de práctica clínica y asistencial, de elaboración conjunta, acordados con las organizaciones colegiales de médicos y enfermeros y validados por las Agencias de Calidad del Sistema Nacional de Salud.

- Que, al fin anterior, el ministerio del ramo, con la participación de las organizaciones colegiales referidas, había de acreditar, «con efectos de todo el Estado, a los enfermeros para las actuaciones previstas en este artículo».

Cuanto aparecía como una actuación de desarrollo inmediato, acabó enquistándose por mor tanto de la inactividad gubernamental, como de patentes conflictos interprofesionales, hasta que, tras la aprobación del proyecto presentado ante el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud –el 26 de marzo de 2015– y la emisión del dictamen del Consejo de Estado –el 23 de julio de 2015–, en ambos casos por unanimidad, vio la luz el [Real Decreto 954/2015, de 23 de octubre](#), destinado a desarrollar la previsión que había pasado desde el [artículo 77 de la LGURM](#) al [artículo 79 del Real Decreto legislativo 1/2015](#), por el que se aprueba su texto refundido (TRLGURM).

Contra toda lógica, el texto que mereció el consenso fue alterado de manera unilateral por el Gobierno (en concreto en el tenor de su [art. 3.2](#)), pues si en su versión original bastaba con la acreditación y la elaboración de los protocolos y guías de práctica clínica y asistencial para que el enfermero pudiera desempeñar la competencia recién atribuida, en la nueva se añadía la necesidad de que un médico hubiera determinado con carácter previo el diagnóstico, la prescripción y el protocolo o guía a seguir.

Este giro, que acabó convirtiendo la norma «de prescripción» en un reglamento casi de «antiprescripción» (tales fueron los términos que ganaron popularidad), a la par que mereció el elogio encendido de los órganos representativos del colectivo médico, movió a una oleada de recursos de sindicatos y órganos representativos del colectivo de enfermeros, los cuales incorporaron en todos los casos una solicitud de suspensión cautelar del mencionado [artículo 3.2](#). Denegada esta por ausencia de perjuicio [Autos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS) de 28 de enero (rec. 161/2016); 2 –dos–,

22 y 24 –dos– de febrero (recs. 24 y 41/2016 y medidas cautelares 227, 148 y 161/2016); 1, 14, 15 –dos– y 29 –seis– de marzo (medidas cautelares 649, 642 y 356/2016, rec. 24/2016, medidas cautelares 4121, 4132, 4153, 4154 y 4165/2016 y rec. 417/2016); y 13 de abril de 2016 (medidas cautelares 4086/2016)], y resueltos aquellos en las sentencias que cita la ahora comentada (pero no por cuanto asegura de haber sido «confirmada la legalidad de dicho Real Decreto 954/2015 por considerar que es plenamente conforme a las determinaciones del art. 79.1 TRLGURM», sino por pérdida sobrevenida del objeto del proceso), mucho más incisiva que la actuación ante los tribunales lo fue la sucesión de proposiciones no de ley ante los legislativos de distintas comunidades autónomas (Aragón –Sesión plenaria de 5 de febrero de 2016–, Murcia –Sesión de 9 de febrero de 2016– y Andalucía –Sesión de 14 de marzo de 2016–) y del Congreso de los Diputados (Sesiones de 19 de abril de 2016 y de 23 de febrero de 2017), así como, en particular, a partir de los numerosos puntos de fricción en el día a día del ejercicio de la profesión surgidos por la beligerante actitud de la Mesa de la Profesión Enfermera, que no dejó de encontrar el apoyo tácito de muchas Administraciones territoriales.

El golpe de gracia a la norma reglamentaria vino precisamente de la mano de los conflictos positivos de competencia que suscitaron ante el Tribunal Constitucional (TC) los Gobiernos de Andalucía y Aragón (Sentencias [76/2018, de 5 de julio](#), y [86/2018, de 19 de julio](#)). El TC consideró inconstitucional y nula la reserva estatal del procedimiento de acreditación de los enfermeros, porque, al establecer una regulación acabada del mismo, desconocía las competencias ejecutivas de las comunidades autónomas, que ningún margen o espacio encontraban para coordinarse o cooperar en asuntos que no dejaban de ser trámites procedimentales de carácter general.

## 2. Supuesto de hecho: el origen de la norma impugnada y el conflicto subyacente

Sin necesidad de esperar al pronunciamiento del TC, lo insostenible de la situación había movido a encuentros interprofesionales (e interterritoriales) destinados a superar las diferencias que provocaba el reglamento en vigor. Fruto de este acercamiento entre la Mesa de la Profesión Enfermera y el Foro de la Profesión Médica fue el acuerdo alcanzado el 24 de octubre de 2017 dentro del Foro de las Profesiones Sanitarias –el previsto en el [art. 47 LOPS](#), como bien recuerda el pronunciamiento comentado– y en presencia de la ministra de Sanidad. Consenso básico que se refrenda (bajo la fórmula de «recomendación consultiva») en el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud el 24 de abril de 2018, a la vista del proyecto de real decreto que se presenta a su consideración.

Tras el preceptivo informe del Consejo de Estado, y con las revisiones oportunas que se siguen de sus indicaciones –las cuales, en gran medida, salvan ausencias evidentes en la Memoria del análisis del impacto normativo–, ve la luz un texto que tenía como gran mérito

el ser fruto del consenso. Un acuerdo básico en el cual, conforme consta en las alegaciones del Consejo General de Colegios Oficiales de Enfermería de España, y a pesar de las oportunidades que tuvo, «no figura alegación alguna del Colegio [de Castellón ahora] recurrente ni del Consejo Autonómico de la Comunidad Valenciana al que pertenece».

Bien cabría afirmar que la conformidad se extendía de manera aparentemente unánime a todos los aspectos nucleares de la nueva norma en su versión pactada. También que, en principio, poca contestación se preveía; al menos por parte de los representantes de los enfermeros. En menor medida aun cuando, en lamentable práctica que se repite, el Gobierno modificó unilateralmente y a última hora el texto final para beneficiar su posición y, al tiempo, provocar la más enérgica protesta del Foro de la Profesión Médica. Este acaba declarando «su profundo malestar por haber conocido el contenido [del reglamento] a partir de su publicación en el BOE, dejando constancia de no haber sido previamente informado ni llamado a participar ni a opinar sobre las modificaciones que se han efectuado». En consecuencia, «da por roto el acuerdo suscrito el 24 de octubre de 2017 en el seno del foro profesional» y decide «poner en manos de sus servicios jurídicos el análisis y estudio de las modificaciones incluidas en el real decreto para su posterior valoración e informe correspondiente».

Parecer de cuanto la profesión médica considera una concesión a la enfermera, al haber suprimido el [artículo 3.2](#) del nuevo texto la referencia a «medicamentos sujetos a prescripción médica» y haber sustituido la alusión a diagnóstico y prescripción del médico por el término «validación médica», considerado por el colectivo de galenos como «muy inespecífico».

Sin embargo, es un colegio de enfermeros el que plantea una extensa impugnación del reglamento, que afecta a los [apartados 1, 2 y 3 del artículo 3](#), al [apartado 2.2.º del artículo 5](#), al [párrafo f\) del artículo 7.1](#), al [artículo 10](#) y a las disposiciones [adicional segunda](#) y [transitoria única](#) de la norma. Sistematizando sus argumentos, y además de la imputación de ilegalidad por desconocimiento del requisito de colegiación cuando del ámbito de las Fuerzas Armadas se trata (pues considera bastante con consignar el número de la tarjeta militar, sin necesidad de hacerlo con el número de colegiación –[art. 5.2](#)–), dos son las imputaciones más salientes: de un lado, la discriminación por no conferir una facultad plena de recetar, conforme ocurre con otras profesiones sanitarias, y ello pese a demostrar una formación farmacológica y clínica igual o superior ([art. 3.1](#)), exigiendo la acreditación además del título ([art. 3.2](#)) –que al ser expedida por las comunidades autónomas podría, también, llevar a tratos desiguales injustificados ([art. 10](#))– y la validación médica como último elemento de control en determinadas circunstancias ([art. 3.3](#)); de otro, la inseguridad jurídica que provocan factores tales como la exigencia de valoración individualizada en caso de condiciones particulares del paciente por quien carece de capacidad de diagnóstico ([art. 3.3](#)), la exigencia de formación adicional –no requerida a otras profesiones– si lo demandan los avances científicos ([art. 7.1 f](#)), la necesidad de posponer la facultad conferida hasta la aprobación y validación de unos protocolos y guías que no se sabe cuándo tendrá lugar ([disp. adic. segunda](#))

o, en fin, la falta de concreción en la referencia a enfermeros «sin título» y los requisitos para su acreditación ([disp. trans. única](#)).

Frente a tal demanda se alzan los argumentos tanto del abogado del Estado, como de la representación corporativa nacional de los enfermeros. Con razón invoca el primero que, implícitamente, la demanda se dirige contra la ley y no contra el reglamento, pues, lejos de deslegalización alguna (menos aún de una inseguridad jurídica asentada en meros pareceres subjetivos), cuanto recoge este no deja de ser lo que establece aquella; acatando, por otra parte, la tesis del TC sobre la distribución de competencias en materia de acreditación. Incide, la segunda, en el dato de que cabría compartir la tesis sobre el carácter restrictivo de la ley respecto de las competencias reconocidas a la profesión enfermera, pero añade que tal no es el contenido propio de una demanda frente al reglamento, el cual, lejos de ser discriminatorio para el colectivo, obedece al consenso otorgado por quien lo representa oficialmente.

### 3. Doctrina judicial

Tras recordar que ya se pronunció en su día, y no advirtió dudas sobre la constitucionalidad de la indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos en los términos en los cuales la contemplaban el [artículo 77.1](#) y la [disposición adicional segunda](#) de la LGURM, y ahora lo hace el [artículo 79.1 del TRLGURM \(Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 3 de mayo de 2013, rec. 168/2011\)](#), el TS no se muestra especialmente prolijo en su argumentación y, repitiendo su parecer en distintos párrafos, viene a responder al recurrente que:

- No obra discriminación de los enfermeros respecto a la prescripción de medicamentos frente a otras profesiones sanitarias, como médicos, odontólogos y podólogos, porque –amén de confundir el demandante la dispensación con la autorización de dispensación– «el tratamiento normativo de estas profesiones no es el mismo que el de la profesión enfermera y no se ha establecido que esta última se halle en las mismas condiciones que aquellas en lo relativo a la prescripción de medicamentos». De ahí que resulten justificadas las exigencias de acreditación y validación médica previa en atención a cuanto indiquen los protocolos o guías de práctica clínica y asistencial. En virtud de la misma razón, y por no existir una identidad precisa para apreciar la necesaria diferencia injustificada, no cabrá considerar discriminatorio que los protocolos y las guías puedan exigir complementos de formación a los enfermeros en función de los avances científicos que los hagan necesarios. En fin, dada la doctrina constitucional, ninguna discusión cabe en este punto respecto a la atribución de competencia en materia de acreditación conferida a las comunidades autónomas.

- Aun cuando el asunto pudiera quedar comprendido en el argumento anterior, el juzgador prefiere atenerse al simple dato legal que recoge la existencia de una regulación histórica diferenciada para los enfermeros de las Fuerzas Armadas (disp. adic. segunda [LGURM](#) y [TRLGURM](#)) a la hora de justificar que no es necesaria la colegiación para emitir órdenes de dispensación, pues bastará con consignar el número de la tarjeta militar de identidad en lugar de aquel otro.
- En fin, no cabrá alegar inseguridad jurídica alguna por el hecho de remitir a protocolos y guías de práctica clínica y asistencial en distintos aspectos, pues «así resulta del acuerdo interprofesional del que nace el contenido del Real Decreto 1302/2018». Si los propios destinatarios remiten a esos instrumentos característicos de las relaciones que rigen dentro de un equipo de profesionales, lejos de vaciarse de contenido la indicación enfermera (menos aún de concurrir una vulneración de la regulación legal), cuanto ocurre es, simplemente, un reenvío a los documentos elaborados con autonomía técnica y científica destinados a especificar la provisión y administración de determinados medicamentos. Las valoraciones puramente subjetivas del demandante no permiten al juzgador ver, tras ellas, explicaciones suficientes que conduzcan a apreciar una discrecionalidad intolerable en el legislador; menos aún una ilegalidad de cualquier tipo.

#### 4. Trascendencia futura de la doctrina comentada

A expensas del desarrollo de los protocolos y guías de práctica clínica y asistencial como pieza que dotará de efectividad a los procesos de acreditación en curso, no resulta difícil aventurar la continuidad en la línea de pleitos que han acompañado durante más de una década el proceso de maduración de esta facultad reconocida a los enfermeros.

Se trata, no obstante, de un proceso imparable, como lo demuestra la experiencia comparada, en particular a través del desarrollo de la conocida como «enfermería de práctica avanzada». Varios datos avalan la tendencia:

- Las nuevas funciones han permitido obtener una mayor eficacia en el tratamiento de los pacientes, medida en términos de tiempo y de costes, aun cuando todavía sea necesario afrontar cuestiones pendientes como la ampliación objetiva de los seguros de responsabilidad civil o la extensión a los enfermeros de las medidas legales previstas para la promoción de medicamentos.
- Supone legitimar el trabajo de unos profesionales que ya venía realizándose *de facto* en muchas ocasiones, y que aún podrá ampliarse más a la luz de los conocimientos acreditados, como factor de reconocimiento social a la identidad profesional y de la necesaria cooperación dentro de un trabajo en equipo.

- A la postre, y fundamental, redundará en una mejora en el cuidado del paciente, en un contexto en el cual aumenta la cronicidad y la personalización, accesibilidad, eficacia y confianza en la atención se convierten en la nueva vara de medir la calidad asistencial.

Una abundantísima literatura muestra que todos los rasgos anteriores se consiguen mejor con la incorporación de la prescripción al acervo profesional de los enfermeros, principales garantes de la continuidad en la atención que ha de recibir el paciente.

## Subinspectores de Empleo y Seguridad Social

**Laura Miguel del Corral Comerón**

*Subinspectora laboral de Empleo y Seguridad Social*

### Extracto

El presente caso práctico reproduce el enunciado del supuesto referido a la actividad de la Inspección planteado como tercer ejercicio en la convocatoria de la oposición para el ingreso en el Cuerpo de Subinspectores Laborales, Escala de Empleo y Seguridad Social, correspondiente a 2018 –Resolución de 11 de octubre de 2018 (BOE de 22 de octubre)–. En él se efectúa un análisis de las cuestiones derivadas del planteamiento, incorporando la fundamentación jurídica de la respuesta.

**Palabras clave:** inspección; caso práctico; subinspectores laborales; acta de infracción; acta de liquidación; cotización.

Fecha de entrada: 18-03-2020 / Fecha de aceptación: 07-04-2020

**Cómo citar:** Miguel del Corral Comerón, L. (2020). Subinspectores de Empleo y Seguridad Social. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 446, 183-214.

# Subinspectors of Employment and Social Security

Laura Miguel del Corral Comerón

## Abstract

This case on the work of the Inspection has been raised as a third exercise in the announcement of the competition for entry into the Corps of Labour Sub-inspectors, Scale of Employment and Social Security, corresponding to 2018 –Resolution of 11 October 2018 (BOE of 22 October)–. An analysis of the questions derived from the approach is made, incorporating the legal basis of the response.

**Keywords:** inspection; case study; labour sub-inspectors; infringement proceedings; liquidation proceedings; contribution.

**Citation:** Miguel del Corral Comerón, L. (2020). Subinspectors of Employment and Social Security. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 446, 183-214.

## Enunciado

En relación con la orden de servicio asignada por la Jefatura de Inspección al subinspector/a laboral, escala de Empleo y Seguridad Social, con fecha 10 de mayo de 2019 a las 09:30 horas, se gira visita a la empresa Proinext, SL, con CIF B87654321 y CCC 12345678910, dedicada al diseño, fabricación y montaje de piezas para automoción, ubicada en la calle Primavera del Alma, 14, en el municipio de Madrid.

Durante la visita se entrevista a los trabajadores que están prestando sus servicios en el centro de trabajo, correspondiente a las oficinas de la empresa:

- Doña Rosa Ortiz Ortiz, con DNI 11.111.111A, don Luis López López, con DNI 22.222.222B, y don Jairo Suárez Suárez, con NIE 33.333.333C.

Todos ellos manifiestan que se trata de su primer día de trabajo, constatándose que están realizando tareas propias de auxiliar administrativo relacionadas con la gestión de la facturación de la empresa (inclusión de facturas en programa contable, emisión de facturas por trabajos realizados), ocupando puestos de trabajo provistos con mesa, silla y ordenador.

Realizan su trabajo bajo las órdenes y supervisión de don Nicolás Martín Martín, con DNI 44.444.444D, jefe del departamento de administración.

- Doña Concepción Saiz Saiz, con DNI 55.555.555E, directora del departamento de ventas y atención al cliente.
- Doña Isabel Ortega Ortega, con DNI 66.666.666E, y don Armando Pérez Pérez, con DNI 77.777.777F, dedicados a tareas de limpieza.
- Don Tomás Gutiérrez Gutiérrez, con DNI 11.000.000I, y doña Raquel Martínez Martínez, con DNI 12.000.000J, delineantes. Se encuentran en sus puestos de trabajo, dibujando el diseño para la fabricación de un nuevo producto.
- Don Gabriel Fernández Fernández, con DNI 88.888.888G, y don Jesús Olmos Olmos, con DNI 99.999.999G, socios de la empresa.

Además de estos trabajadores, componen la plantilla de la empresa otros cinco trabajadores más que en ese momento no se encuentran en el centro de trabajo, por estar visitando a alguno de los clientes cuyos proyectos tiene encomendados la sociedad.

Al no poderse finalizar la actuación por requerirse la aportación de documentación sociolaboral, se entrega citación para una posterior comparecencia en las oficinas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, el día 24 de mayo de 2019.

De las anteriores actuaciones, del examen de la documentación aportada por la representación empresarial y del análisis de la información obtenida de las diferentes bases de consulta a las que tiene acceso la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, se desprenden los siguientes extremos:

**Primero.** Se comprueban en la base de datos de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) los datos de los trabajadores entrevistados durante la visita al centro de trabajo, resultando que solamente constan once trabajadores en situación de alta en el régimen general de la Seguridad Social (RGSS), siendo que doña Rosa Ortiz Ortiz, con DNI 11.111.111A, don Luis López López, con DNI 22.222.222B, y don Jairo Suárez Suárez, con NIE 33.333.333C, no se encuentran en situación de alta en la Seguridad Social.

Se constata, además:

- En la base de datos del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE), que doña Rosa Ortiz Ortiz es perceptora de prestaciones por desempleo de nivel contributivo desde el 20 de enero de 2018, por finalización de un contrato temporal eventual por circunstancias de la producción en la empresa Next Proyect, SL.
- En la base de datos de extranjería, que don Jairo Suárez Suárez, de nacionalidad argentina, no dispone de autorización administrativa para residencia y trabajo por cuenta ajena en España. Igualmente se comprueba que solo prestó servicios para la empresa el día de la visita.

**Segundo.** Se examinan los contratos de trabajo aportados por la empresa, resultando que solo tres trabajadores están contratados con carácter temporal, siendo las circunstancias de estos contratos las siguientes:

- Doña Julia Sánchez Sánchez, con DNI 10.000.000H, categoría profesional de ingeniera, contratada para la realización de una obra o servicio en las oficinas del cliente en el municipio de Villanueva de la Cañada. El objeto del contrato es «desarrollo del prototipo de I+D de motor 4.0 para la empresa Carros, SL». La duración está vinculada al contrato mercantil, estimándose que el proyecto alcance los 18 meses, y habiéndose iniciado el contrato el 1 de enero de 2019.
- Don Tomás Gutiérrez Gutiérrez, con DNI 11.000.000I, con categoría profesional de delineante, y con contrato eventual por circunstancias de la producción, a jornada completa, siendo el objeto del contrato «acumulación de tareas y exceso de pedidos», en vigor desde el 1 de enero de 2019.

- Doña Raquel Martínez Martínez, con DNI 12.000.000J, con categoría profesional de delineante, tiene un contrato de duración determinada para la sustitución del trabajador Joaquín Pérez Pérez, a jornada completa, también delineante, quien se encuentra en situación de excedencia voluntaria desde el 1 de febrero de 2019, coincidiendo esta fecha con la de la realización del contrato de sustitución.

**Tercero.** Se examinan los recibos oficiales de pago de salarios de la empresa, de los meses de enero a marzo de 2019, observando, entre otras, la percepción de las siguientes retribuciones:

- Doña Julia Sánchez Sánchez, categoría profesional de ingeniera, tuvo una base de cotización mensual durante los meses de enero a marzo de 2.800 euros. Percibió, asimismo, una cantidad mensual de 350 euros en concepto de «plus de kilometraje», dirigidos a compensar los desplazamientos que ha tenido que efectuar en su vehículo privado para la realización de su trabajo desde su vivienda en el municipio de Madrid al de Villanueva de la Cañada.

Por la documentación aportada, se acredita la fecha, lugar y motivo de los desplazamientos realizados, así como que las cantidades son el resultado de computar 0,19 euros por kilómetro recorrido. Estos importes no se han incluido por la empresa en la cotización a la Seguridad Social por su carácter compensatorio.

- Don Armando Pérez Pérez, con categoría profesional de peón de limpieza, con base de cotización de 850 euros/mes (salario base más parte proporcional de pagas extraordinarias). Además, ha percibido durante los meses de enero a marzo la cantidad mensual de 400 euros para la realización de un curso de capacitación profesional relacionado con la utilización de unas nuevas máquinas necesarias para el desarrollo de su actividad.
- Doña Concepción Saiz Saiz, directora del departamento de ventas y atención al cliente, con base de cotización mensual de 2.500 euros. Percibió un bonus en el mes de marzo de 2019, por el importe de 6.000 euros, como consecuencia del incremento de clientes conseguido durante el año 2019. Este plus no se ha cotizado por la empresa por entender que tiene carácter compensatorio.

Su trabajo es de carácter administrativo y se efectúa íntegramente en las oficinas de la empresa.

- Don Tomás Gutiérrez Gutiérrez, con categoría profesional de delineante. Su base de cotización mensual durante los meses de enero, febrero y marzo de 2019 fue de 2.300 euros. Ha percibido, por la realización de horas extraordinarias, el importe correspondiente a 650 euros durante el mes de marzo de 2019.

Según se explica por la empresa, su realización se debió a la perentoria necesidad de entregar un proyecto que, de otro modo, no hubiera podido entregarse en

plazo. Estas horas extraordinarias se han cotizado por la empresa como «horas extraordinarias de fuerza mayor» en las cotizaciones correspondientes al mes de su realización.

**Cuarto.** Se constatan las siguientes situaciones respecto de los socios y administrador de la mercantil:

- Don Gabriel Fernández Fernández, con DNI 88.888.888G, es administrador único y socio de la mercantil Proinext, SL, con el 60 % de las participaciones sociales, desde el 1 de enero de 2019. Por el ejercicio de estas funciones percibe mensualmente de la sociedad 1.500 euros.

Consultada la base de datos de la TGSS, se comprueba que se encuentra en situación de alta en el régimen especial de trabajadores autónomos (RETA) desde el 1 de enero de 2017.

- Don Jesús Olmos Olmos, con DNI 99.999.999G, socio con el 40 % de las participaciones sociales. Realiza funciones de auxiliar administrativo a tiempo completo para la sociedad, desde enero de 2019, ocupándose de la gestión de las nóminas.

Consultada la base de datos de la TGSS, se comprueba que se encuentra en situación de alta en el RGSS por cuenta de Proinext, SL, desde el 1 de enero de 2019, con una base de cotización mensual de 1.300 euros. Con anterioridad a esta fecha, nunca había figurado dado de alta en ninguno de los regímenes que integran el sistema de Seguridad Social.

**Quinto.** Según se comprueba por el subinspector/a laboral, escala de Empleo y Seguridad Social, la sociedad Proinext, SL, con CIF B87654321 y CCC 12345678910, dedicada al diseño, fabricación y montaje de piezas para automoción, fue inscrita en el Registro Mercantil el 1 de enero de 2019, comenzando su actividad en esta fecha.

No obstante, tras analizar la base de datos de la TGSS, se constata que todos los trabajadores con los que inició su actividad la empresa en 2019 provenían de la mercantil Next Project, SL, dedicada también a la actividad de diseño, fabricación y montaje de piezas para automoción, pasando de una mercantil a otra sin solución de continuidad.

Se verifica, asimismo, que el centro de trabajo de ambas sociedades se localiza en la calle Primavera del Alma, 14, en el municipio de Madrid, coincidiendo igualmente el administrador único de ambas, don Gabriel Fernández Fernández, con DNI 88.888.888G.

Next Project, SL, consta en situación de baja en la Seguridad Social por cese de actividad, con una deuda pendiente de 275.485 euros, por las cuotas devengadas y no abonadas en el periodo comprendido entre junio de 2015 a diciembre de 2018.

**Datos complementarios:**

1. El convenio colectivo de aplicación a la empresa es el de la Industria, Servicios e Instalaciones del Metal de la Comunidad de Madrid.
2. A los efectos de este ejercicio, la tabla salarial del convenio colectivo de aplicación a la empresa, correspondiente al ejercicio 2019, es la que sigue:

Grupo	Descripción	Salario mensual (paga extra prorrateada)
1	Licenciado/Ingeniero	1.930,74
2	Director/Jefe de departamento	1.620,28
3	Delineante	1.460,86
6	Auxiliar administrativo	1.202,29
7	Peón de limpieza	1.128,98

3. Los tipos para el cálculo de las contingencias profesionales son los siguientes:

CNAE	Tipo de cotización		
	IT	IMS	Total
29.10, «Fabricación de vehículos de motor»	1,8	1,2	3

Tipos aplicables a ocupaciones	Tipo de cotización		
	IT	IMS	Total
A. Personal en trabajos exclusivos de oficina	0,8	0,7	1,5
G. Personal de limpieza en general	2,1	1,5	3,6

4. La empresa en ningún momento ha disfrutado de bonificaciones o beneficios derivados de la aplicación de programas de empleo.

5. La actuación de comprobación por parte de la Inspección concluye el 24 de mayo de 2019.

**Se pide:**

A la vista de los hechos expuestos, que se realicen las actuaciones que se indican a continuación:

**1.ª pregunta.** Analizar cada uno de los supuestos contemplados en los apartados **primero**, **segundo** y **tercero** e indicar las actas de infracción y/o documentos liquidatorios que proceden en relación con la empresa Proinext, SL, con el contenido siguiente:

- Actas de infracción: preceptos infringidos, tipificadores y sancionadores, indicando la cuantía mínima de la sanción en grado mínimo.
- Documentos liquidatorios: cálculo de las bases de cotización, indicando tipos aplicables, cuotas resultantes y recargos correspondientes.

**2.ª pregunta.** En relación con el apartado **cuarto**, indicar, razonando y fundamentando jurídicamente la respuesta, si los encuadramientos de los socios indicados son correctos, y la base mínima de cotización que en cada uno de los dos supuestos correspondería.

**3.ª pregunta.** Indicar, razonando y fundamentando jurídicamente la respuesta, la actuación que procedería por parte del/de la subinspector/a laboral, escala de Empleo y Seguridad Social, a la vista de los hechos expuestos en el apartado **quinto**.

## **Solución**

**1.ª pregunta.** Análisis de cada uno de los supuestos contemplados en los apartados primero, segundo y tercero con indicación de la procedencia o no de extender actas de infracción y/o actas de liquidación en relación con la empresa inspeccionada Proinext, SL. La exposición de las materias analizadas se realiza conforme a lo expuesto en el supuesto práctico.

## Primero

De la información obtenida en la base de datos de la TGSS, se comprueba que:

1. Doña Rosa Ortiz Ortiz se encuentra en situación irregular, puesto que la empresa Proinext, SL, debería haber solicitado en la TGSS su alta en el RGSS como trabajadora por cuenta ajena. Tal comunicación ha debido realizarse con carácter previo al inicio de la actividad laboral, conforme a lo dispuesto en los artículos 7.1 a)<sup>1</sup> y 136.1<sup>2</sup> del Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS), y los artículos 29.1.1.<sup>3</sup> y 32.3.1.<sup>4</sup> del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.

No obstante, esta trabajadora figura en la base de datos del SEPE como perceptora de una prestación por desempleo desde el mes de enero de 2018, por lo que se incurre en una situación de incompatibilidad, tal como se señala en el artículo 282.1<sup>5</sup> de la LGSS.

Con base en los hechos expuestos, procede la extensión de acta de infracción en materia de Seguridad Social por el subinspector actuante, en ejercicio de las atribuciones

---

<sup>1</sup> Artículo 7.1 a) de la LGSS: «a) Trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios en las condiciones establecidas por el artículo 1.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en las distintas ramas de la actividad económica o asimilados a ellos, bien sean eventuales, de temporada o fijos, aun de trabajo discontinuo, e incluidos los trabajadores a distancia, y con independencia, en todos los casos, del grupo profesional del trabajador, de la forma y cuantía de la remuneración que perciba y de la naturaleza común o especial de su relación laboral».

<sup>2</sup> Artículo 136.1 de la LGSS: «1. Estarán obligatoriamente incluidos en el campo de aplicación del régimen general de la Seguridad Social los trabajadores por cuenta ajena y los asimilados a los que se refiere el artículo 7.1 a) de esta ley, salvo que por razón de su actividad deban quedar comprendidos en el campo de aplicación de algún régimen especial de la Seguridad Social».

<sup>3</sup> Artículo 29.1.1.º del Real Decreto 84/1996: «1.º Con independencia de la obligación de solicitar la afiliación al sistema de la Seguridad Social de los trabajadores no afiliados al mismo que hayan de ingresar o ingresen a su servicio, los empresarios estarán obligados a comunicar la iniciación o, en su caso, el cese de la prestación de servicios de los trabajadores en su empresa para que sean dados, respectivamente, de alta o de baja en el régimen en que figuran incluidos en función de la actividad de aquella, en los términos y condiciones establecidos en este reglamento. [...]».

<sup>4</sup> Artículo 32.3.1.º del Real Decreto 84/1996: «1.º Las solicitudes de alta deberán presentarse por los sujetos obligados con carácter previo al comienzo de la prestación de servicios por el trabajador, sin que en ningún caso puedan serlo antes de los 60 días naturales anteriores al previsto para el inicio de aquella. [...]».

<sup>5</sup> Artículo 282.1 de la LGSS: «1. La prestación y el subsidio por desempleo serán incompatibles con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, o con el trabajo por cuenta ajena, excepto cuando este se realice a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado. [...]».

conferidas al funcionario por el artículo 22.5<sup>6</sup> de la Ley 23/2015, de 21 de julio, ordenadora del sistema de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (LOSITSS), resultando como sujeto responsable la sociedad Proinext, SL, al infringir los preceptos siguientes:

- Artículos 7.1 a), 15, 16, 136, 139 y 282.1 de la LGSS (BOE de 31 de octubre).
- Artículos 7, 29.1.1.º, 30 y 32.3.1.º del Real Decreto 84/1996 (BOE de 27 de febrero).
- Artículo 15.1<sup>7</sup> b) 1.º y 15.1 c) del Real Decreto 625/1985 (BOE de 7 de mayo).

Dar ocupación como trabajadores a beneficiarios de prestaciones cuyo disfrute es incompatible con el trabajo por cuenta ajena, sin haber comunicado su alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de la actividad laboral, es una infracción de la empresa que está calificada como muy grave y que se encuentra tipificada en el artículo 23.1 a)<sup>8</sup> del Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de infracciones y sanciones del orden social (LISOS), por lo que procede proponer una sanción, que, en virtud de lo señalado en el artículo 39.2 y 6 de la LISOS, será en grado mínimo, y conlleva una cuantía de sanción en su cuantía mínima, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 40.1 e)<sup>9</sup> de la LISOS, de 10.001 euros.

<sup>6</sup> Artículo 22.5 de la LOSITSS: «5. Iniciar el procedimiento sancionador mediante la extensión de actas de infracción o de infracción por obstrucción».

<sup>7</sup> Artículo 15.1 del Real Decreto 625/1985: «1. La compatibilidad e incompatibilidad de la prestación y el subsidio por desempleo se establece en los siguientes casos: [...] b) La prestación y el subsidio por desempleo serán incompatibles: 1.º Con el trabajo retribuido por cuenta ajena a tiempo completo, en régimen laboral o administrativo, o con situaciones asimiladas, que supongan la inclusión en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social, aunque no esté previsto cotizar por la contingencia de desempleo, salvo cuando esté establecida la compatibilidad en algún programa de fomento de empleo. [...] c) La compatibilidad a la que se refieren los números 1.º, 2.º, 3.º, 4.º y 7.º del apartado a), se entenderá sin perjuicio de su cómputo como renta a efectos del subsidio por desempleo en los términos indicados en el artículo 215.3.2 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio. [...]».

<sup>8</sup> Artículo 23.1 a) de la LISOS: «a) Dar ocupación como trabajadores a beneficiarios o solicitantes de pensiones u otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social, cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena, cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de su actividad».

<sup>9</sup> Artículo 40.1 e) de la LISOS: «e) Las infracciones señaladas en los artículos 22.2, 22.7 a), 22.16 y 23.1 a) se sancionarán: 1. La infracción grave de los artículos 22.2, 22.7 a) y 22.16 se sancionará con la multa siguiente: en su grado mínimo, de 3.126 a 6.250 euros; en su grado medio, de 6.251 a 8.000 euros, y, en su grado máximo, de 8.001 a 10.000 euros. 2. La infracción muy grave del artículo 23.1 a) se sancionará con la multa siguiente: en su grado mínimo, de 10.001 a 25.000 euros; en su grado medio, de 25.001 a 100.005 euros, y, en su grado máximo, de 100.006 a 187.515 euros. No obstante, cuando con ocasión de una misma actuación de inspección se detecten varias infracciones de las contempladas en este apartado, la sanción que en su caso se proponga para cada una de ellas, graduada conforme a los criterios contenidos en el artículo 39.2 se procedan, se incrementará en: – Un 20 % en cada infracción cuando se trate de dos trabajadores, beneficiarios o solicitantes. [...]».

Asimismo, dicha sanción debe ser incrementada en un 20 % al apreciarse en la misma actuación inspectora otra infracción contemplada en el artículo 40.1 e) de la LISOS, como veremos más adelante (trabajador Luis López López), resultando la cuantía total de la sanción de 12.001,2 euros.

Igualmente, podrían resultar aplicables las sanciones accesorias del artículo 46.1 de la LISOS, al haberse cometido una infracción tipificada en el artículo 23 de la LISOS, en materia de protección por desempleo. Estas sanciones consisten en:

- a) Pérdida automática, y de forma proporcional al número de trabajadores afectados por la infracción, de las ayudas, bonificaciones y, en general, los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo o formación profesional para el empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción.

Respecto de la información planteada en el supuesto práctico de la sociedad Proinext, SL, consta que no ha disfrutado de bonificaciones o beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo. Por lo tanto, no se aplica esta sanción accesoria.

- b) Posibilidad de ser excluidos del acceso a tales ayudas, subvenciones, bonificaciones y beneficios por un periodo máximo de 2 años, con efectos desde la fecha de la resolución que imponga la sanción.

Además, la comisión de una infracción tipificada en el artículo 23.1 a) de la LISOS da lugar a aplicar lo dispuesto en el artículo 23.2, segundo párrafo, de la LISOS. En virtud de esa disposición, la empresa Proinext, SL, responderá solidariamente de la devolución de las cantidades percibidas indebidamente por el trabajador.

Asimismo, en ejercicio de las atribuciones conferidas a los subinspectores laborales de Empleo y Seguridad Social por el artículo 22.7<sup>10</sup> de la LOSITSS, procede realizar por el subinspector actuante comunicación a la TGSS para que se tramite el alta de oficio de la trabajadora doña Rosa Ortiz Ortiz.

No procede practicar acta de liquidación de cuotas, ya que no ha transcurrido el plazo reglamentario de ingreso, que, de conformidad con el artículo 56.1<sup>11</sup> del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social, se ingresarán al mes siguiente a su devengo.

<sup>10</sup> Artículo 22.7 de la LOSITSS: «7. Promover procedimientos de oficio para la inscripción de empresas y afiliación, altas y bajas de trabajadores [...]».

<sup>11</sup> Artículo 56.1 del Real Decreto 1415/2004: «1. Las cuotas de la Seguridad Social y los recursos que se recauden conjuntamente con ellas se ingresarán dentro del mes siguiente al que corresponda su devengo, salvo que se establezca otro plazo por las normas que regulan cada uno de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social. [...]».

Respecto de la trabajadora doña Rosa Ortiz Ortiz, se encuentra percibiendo la prestación por desempleo mientras desempeña un trabajo por cuenta ajena, sin haber procedido a comunicar al SEPE su situación y sin causar baja en dicha prestación, tal como se establece en el artículo 299 h)<sup>12</sup> de la LGSS.

Es por ello que procede extender acta de infracción en materia de Seguridad Social, en ejercicio de las atribuciones conferidas a los subinspectores laborales de Empleo y Seguridad Social por el artículo 22.5 de la LOSITSS, resultando sujeto responsable la propia trabajadora doña Rosa Ortiz Ortiz.

Se infringen los preceptos siguientes:

- Artículos 282.1<sup>13</sup> y 299.1 h) de la LGSS (BOE de 31 de octubre).
- Artículo 28.2<sup>14</sup> del Real Decreto 625/1985 (BOE de 7 de mayo).

Compatibilizar la prestación por desempleo con el trabajo por cuenta ajena es una infracción de la trabajadora que está calificada como muy grave y que se encuentra tipificada en el artículo 26.2<sup>15</sup> de la LISOS. Conforme a lo dispuesto en el artículo 47.1 c)<sup>16</sup> de la LISOS, procede realizar una propuesta de sanción que comprende la extinción de la prestación por desempleo, así como la posibilidad de ser excluida del derecho a percibir cualquier prestación

<sup>12</sup> Artículo 299 h) de la LGSS: «h) Solicitar la baja en las prestaciones por desempleo cuando se produzcan situaciones de suspensión o extinción del derecho o se dejen de reunir los requisitos exigidos para su percepción, en el momento de la producción de dichas situaciones».

<sup>13</sup> Artículo 282.1 de la LGSS: «1. La prestación y el subsidio por desempleo serán incompatibles con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, o con el trabajo por cuenta ajena, excepto cuando este se realice a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado. [...]».

<sup>14</sup> Artículo 28.2 del Real Decreto 625/1985: «2. Cuando se produzca una causa de suspensión o extinción del derecho a la prestación o subsidio por desempleo, el trabajador estará obligado a entregar en la correspondiente oficina de empleo la documentación acreditativa de dicha causa. Cuando la causa de suspensión correspondiese a la realización de trabajos incompatibles con este derecho, tal circunstancia deberá comunicarse con carácter previo al inicio de la prestación de servicios».

<sup>15</sup> Artículo 26.2 de la LISOS: «2. Compatibilizar la solicitud o el percibo de prestaciones o subsidio por desempleo, así como la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos con el trabajo por cuenta propia o ajena, salvo en el caso del trabajo a tiempo parcial en los términos previstos en la normativa correspondiente».

<sup>16</sup> Artículo 47.1 c) de la LISOS: «c) Las muy graves, con pérdida de la pensión o prestaciones durante un periodo de 6 meses, y en el caso de las prestaciones o subsidios por desempleo o de la prestación por cese de actividad del trabajador autónomo, con la extinción. Igualmente, se les podrá excluir del derecho a percibir cualquier prestación económica y, en su caso, ayuda de fomento de empleo durante 1 año, así como del derecho a participar durante ese periodo en formación profesional para el empleo».

económica, y, en su caso, ayuda de fomento de empleo y de participar en programas de formación profesional para el empleo, por el periodo de 1 año.

Además, la trabajadora deberá proceder al reintegro de las cantidades percibidas indebidamente, tal como señala el artículo 47.3<sup>17</sup> de la LISOS.

2. Don Luis López López se encuentra en situación irregular, ya que la sociedad Proinext, SL, no ha solicitado en la TGSS su alta en el RGSS como trabajador por cuenta ajena. Tal comunicación debió realizarse con carácter previo al inicio de la actividad laboral, conforme a lo dispuesto en los artículos 7.1 a) y 136.1 de la LGSS y en los artículos 29.1.1.º y 32.3.1.º del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero.

Por ello, procede la extensión de acta de infracción en materia de Seguridad Social, en ejercicio de las atribuciones conferidas a los subinspectores laborales de Empleo y Seguridad Social por el artículo 22.5 de la LOSITSS, siendo responsable la sociedad Proinext, SL, al infringir los preceptos siguientes:

- Artículos 7.1 a), 15, 16, 136 y 139 de la LGSS (BOE de 31 de octubre).
- Artículos 7, 29.1.1.º, 30 y 32.3.1.º del Real Decreto 84/1996 (BOE de 27 de febrero).

No solicitar el alta en el RGSS de los trabajadores que ingresen a su servicio, o solicitar la misma como consecuencia de la actuación inspectora, es una infracción de la empresa que está calificada como grave y que se encuentra tipificada en el artículo 22.2<sup>18</sup> de la LISOS.

De conformidad con los criterios señalados en el artículo 39.2 y 6 de la LISOS, la propuesta de sanción se formulará en grado mínimo, que según establece el artículo 40.1 e) de la LISOS en su cuantía inferior implica 3.126 euros. En este caso, la sanción será incrementada en un 20 %, al comprobarse en la misma actuación inspectora la comisión de otra infracción a cuya sanción resulta aplicable este precepto (trabajadora Rosa Ortiz Ortiz). Por lo tanto, el importe total de la sanción a proponer es de 3.751,2 euros.

Igualmente, se aplica la sanción accesoria del artículo 46.2 de la LISOS por la comisión de una infracción tipificada en el artículo 22.2 de la LISOS, que consiste en:

- a) Pérdida automática, y de forma proporcional al número de trabajadores afectados por la infracción, de las ayudas, bonificaciones y, en general, los beneficios

<sup>17</sup> Artículo 47.3 de la LISOS: «3. Las sanciones a que se refiere este artículo se entienden sin perjuicio del reintegro de las cantidades indebidamente percibidas».

<sup>18</sup> Artículo 22.2 de la LISOS: «2. No solicitar la afiliación inicial o el alta de los trabajadores que ingresen a su servicio, o solicitar la misma, como consecuencia de actuación inspectora, fuera del plazo establecido. A estos efectos se considerará una infracción por cada uno de los trabajadores afectados».

derivados de la aplicación de los programas de empleo o formación profesional para el empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción.

Respecto de la información de la sociedad Proinext, SL, planteada en el supuesto práctico, consta que la sociedad no ha disfrutado de bonificaciones o beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo. Por lo tanto, no es posible la aplicación del artículo 46.1 a) de la LISOS.

- b) Posibilidad de ser excluidos del acceso a tales ayudas, subvenciones, bonificaciones y beneficios por un periodo máximo de 1 año, con efectos desde la fecha de la resolución que imponga la sanción.

Procede realizar comunicación a la TGSS para que efectúe el alta de oficio del trabajador don Luis López López, en ejercicio de las atribuciones conferidas a los subinspectores laborales de Empleo y Seguridad Social por el artículo 22.7 de la LOSITSS.

En este caso, no procede la extensión de acta de liquidación, ya que no ha transcurrido el plazo reglamentario de ingreso de las cuotas, conforme establece el artículo 56.1 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, que determina que las cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta se ingresarán al mes siguiente a su devengo.

3. Don Jairo Suárez Suárez se encontraba el día de la visita realizando tareas propias de auxiliar administrativo. Posee nacionalidad argentina y no dispone de autorización administrativa de residencia y trabajo por cuenta ajena en España. Igualmente se comprueba que solo prestó servicios para la empresa el día de la visita.

Al ser nacional de un país extracomunitario, en aplicación de los artículos 36.1<sup>19</sup> y 4 y 38 de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX), necesita autorización administrativa de residencia y trabajo para realizar una actividad laboral en España.

Conforme a lo expuesto en el párrafo anterior, procede practicar acta de infracción en materia de extranjería a la empresa, en ejercicio de las atribuciones conferidas a los subinspectores laborales de Empleo y Seguridad Social por el artículo 22.5 de la LOSITSS, siendo sujeto responsable la sociedad Proinext, SL.

---

<sup>19</sup> Artículo 36.1 de la LOEX: «1. Los extranjeros mayores de dieciséis años precisarán, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar. [...]».

Artículo 36.4 de la LOEX: «4. Para la contratación de un extranjero, el empleador deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, que en todo caso deberá acompañarse del contrato de trabajo que garantice una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización».

Se infringen los preceptos siguientes:

- Artículos 36.1 y 4 y 38 de la LOEX (BOE de 12 de enero).
- Artículos 62 a 64 del Real Decreto 557/2011 (BOE de 30 de abril).

Dar ocupación a trabajadores extranjeros sin la preceptiva autorización de residencia y trabajo constituye una infracción que está calificada como muy grave y que se encuentra tipificada en el artículo 54.1 d)<sup>20</sup> de la LOEX. Por ello, procede proponer la imposición de una sanción por una cuantía de 10.001 euros, según lo dispuesto en los artículos 55.3<sup>21</sup> y 4 de la LOEX y 254.2<sup>22</sup> y 3 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril. Conforme a lo dispuesto en el artículo 55.1 c)<sup>23</sup> de la LOEX y en el artículo 254.4 c)<sup>24</sup> del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, la sanción se propone en grado mínimo, cuantía inferior.

Además de la cuantía fija de la sanción, será de aplicación el artículo 48.1<sup>25</sup> de la Ley 62/2003, por el que procede incrementarla en el importe que habría correspondido ingresar por las

<sup>20</sup> Artículo 54.1 d) de la LOEX: «d) La contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de residencia y trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados, siempre que el hecho no constituya delito».

<sup>21</sup> Artículo 55.3 de la LOEX: «3. Para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerlas se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia».

Artículo 55.4 de la LOEX: «4. Para la determinación de la cuantía de la sanción se tendrá especialmente en cuenta la capacidad económica del infractor».

<sup>22</sup> Artículo 254.2 del Real Decreto 557/2011: «2. Las sanciones por las infracciones a las que se refiere el apartado anterior podrán imponerse en los grados de mínimo, medio y máximo, atendiendo a los criterios expresados a continuación y aplicando el principio de proporcionalidad».

Artículo 254.3 del Real Decreto 557/2011: «3. Calificadas las infracciones en la forma y conforme a los tipos previstos en la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, las sanciones se graduarán en atención al grado de culpabilidad del sujeto infractor, al daño producido o al riesgo derivado de la infracción y la trascendencia de esta. Igualmente, se tendrá en especial consideración, en caso de proceder la imposición de la sanción de multa y para la determinación de su cuantía, la capacidad económica del infractor».

<sup>23</sup> Artículo 55.1 c) de la LOEX: «c) Las infracciones muy graves con multa desde 10.001 hasta 100.000 euros [...]».

<sup>24</sup> Artículo 254.4 c) del Real Decreto 557/2011: «c) Las muy graves, en su grado mínimo, con multa de 10.001 a 20.000 euros; en su grado medio, de 20.001 a 50.000 euros; y, en su grado máximo, de 50.001 hasta 100.000 euros».

<sup>25</sup> Artículo 48.1 de la Ley 62/2003: «1. Cuando se sancione a un empleador que utilice un trabajador extranjero sin la preceptiva autorización de trabajo, el importe de la multa establecido en la Ley orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se incrementará en la cuantía que resulte de calcular lo que hubiera correspondido ingresar por cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, desde el comienzo de la prestación del trabajo del trabajador extranjero hasta el último día en que se constate dicha prestación de servicios».

cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, desde el comienzo de la prestación de servicios del trabajador, sin tener en cuenta los plazos de prescripción que se establecen en el artículo 24 de la LGSS y sin aplicar el recargo que se determina en el artículo 28 de la LGSS.

Cálculo de las cuotas de Seguridad Social que hubiera correspondido ingresar a la empresa y que incrementarán la cuantía total de la sanción a proponer:

Periodo: 1 día, 20 de mayo de 2019.

La base mensual de cotización por contingencias comunes y profesionales se determinará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 147.1 de la LGSS y artículos 1, 2 y 3 de la Orden TMS/83/2019, en función de sus retribuciones computables.

Según se indica en el enunciado del ejercicio, las tablas salariales del convenio colectivo aplicable a la empresa establecen que las retribuciones mensuales con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias del trabajador con categoría profesional de auxiliar administrativo ascienden a 1.202,29 euros.

Como solo ha prestado servicios 1 día:  $1.202,29 \text{ euros}/30 = 40,08 \text{ euros}$ , que sería la base de cotización diaria. Dicha cuantía se encuentra comprendida dentro de las bases máxima y mínima y topes máximos y mínimos de cotización.

A esa base de cotización se aplican los porcentajes establecidos en los artículos 4 y 32 de la Orden TMS/83/2019:

Conceptos	Tipo	Cuota €
Contingencias comunes	28,3%	11,34
Desempleo	7,05%	2,83
Formación profesional	0,7%	0,28
Fogasa	0,2%	0,08
Accidentes de trabajo y enfermedad profesional (AT/EP)	1,5%	0,6
<b>Total cuota de 1 día que hubiera correspondido</b>		<b>15,13</b>

Por lo tanto, la propuesta de sanción resultante será la suma de las dos, 10.016,13 euros.

Asimismo, se podrá aplicar la sanción accesoria regulada en el artículo 55.6<sup>26</sup> de la LOEX, por la que la autoridad competente para resolver podrá proceder a la clausura del establecimiento por un periodo de 6 meses y hasta 5 años.

Como se trata de un trabajador extranjero extracomunitario, no procede su inclusión en el sistema de la Seguridad Social ni, por tanto, comunicación de datos a la TGSS a efectos de alta de oficio, según lo dispuesto en el artículo 42.2<sup>27</sup>, párrafo segundo, del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.

## Segundo

Del examen de los contratos temporales celebrados por la sociedad Proinext, SL, se observa:

a) El contrato de obra y servicio determinado concertado con la trabajadora doña Julia Sánchez Sánchez está celebrado correctamente, puesto que la obra tiene autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa, se expresa de manera precisa y clara el objeto de dicha obra y/o servicio y la duración del contrato no supera el plazo establecido con carácter general en el artículo 15.1 a)<sup>28</sup> del Real Decreto legislativo 2/2015, de 23

<sup>26</sup> Artículo 55.6 de la LOEX: «6. En el supuesto de la infracción prevista en la letra d) del apartado 1 del artículo 54 de la presente ley, la autoridad gubernativa podrá adoptar, sin perjuicio de la sanción que corresponda, la clausura del establecimiento o local desde 6 meses a 5 años».

<sup>27</sup> Artículo 42.2, párrafo segundo, del Real Decreto 84/1996: «Los extranjeros que, precisando de autorización administrativa previa para trabajar, desempeñen una actividad en España careciendo de dicha autorización no estarán incluidos en el sistema de la Seguridad Social, sin perjuicio de que puedan considerarse incluidos a efectos de la obtención de determinadas prestaciones de acuerdo con lo establecido en la ley».

<sup>28</sup> Artículo 15 del ET: «1. [...] Podrán celebrarse contratos de duración determinada en los siguientes supuestos: a) Cuando se contrate al trabajador para la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta. Estos contratos no podrán tener una duración superior a 3 años ampliable hasta 12 meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior. Transcurridos estos plazos, los trabajadores adquirirán la condición de trabajadores fijos de la empresa. [...] b) Cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exigieran, aun tratándose de la actividad normal de la empresa. En tales casos, los contratos podrán tener una duración máxima de 6 meses, dentro de un periodo de 12 meses, contados a partir del momento en que se produzcan dichas causas. Por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, podrá modificarse la duración máxima de estos contratos y el periodo dentro del cual se puedan realizar en atención al carácter estacional de la actividad en que dichas circunstancias se puedan producir. En tal supuesto, el periodo máximo dentro del cual se podrán realizar será de 18 meses, no

de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET). Se cumple con lo dispuesto en el artículo 2.2<sup>29</sup> del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada.

b) El contrato eventual por circunstancias de la producción formalizado con el trabajador don Tomás Gutiérrez Gutiérrez no cumple con lo dispuesto en el artículo 3.2<sup>30</sup> a) del Real Decreto 2720/1998, al no definir con precisión y claridad las circunstancias que lo justifican y no indicar la duración del mismo, en los términos señalados en el artículo 15 b) del ET y en el artículo 3.2 b) del Real Decreto 2720/1998. Con base en esta carencia, debe concluirse que el contrato se ha efectuado en fraude de ley, lo que conlleva la presunción de ser un contrato indefinido, tal como se recoge en el artículo 15.3 del ET y en el artículo 9 del Real Decreto 2720/1998.

c) El contrato de duración determinada formalizado con la trabajadora doña Raquel Martínez Martínez se ha celebrado para sustituir a un trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo y se ha indicado el nombre del trabajador que sustituye y la causa de la sustitución, en los términos indicados en el artículo 15.1 c) del ET. La causa de temporalidad que indica el contrato es la sustitución del trabajador Joaquín Pérez Pérez, a jornada completa, delinante, quien se encuentra en situación de excedencia voluntaria desde el 1 de febrero de 2019.

El contrato de interinidad se encuentra regulado en el artículo 15.1 c) del ET y en el artículo 4.1<sup>31</sup> del Real Decreto 2720/1998, que disponen que es posible su utilización para sustituir a un trabajador de la empresa con derecho a reserva de puesto de trabajo.

---

pudiendo superar la duración del contrato las tres cuartas partes del periodo de referencia establecido ni, como máximo, 12 meses. [...] c) Cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, siempre que en el contrato de trabajo se especifique el nombre del sustituido y la causa de sustitución».

<sup>29</sup> Artículo 2.2 del Real Decreto 2720/1998: «2. El contrato para obra o servicio determinados tendrá el siguiente régimen jurídico: a) El contrato deberá especificar e identificar suficientemente, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituya su objeto. b) La duración del contrato será la del tiempo exigido para la realización de la obra o servicio. Si el contrato fijara una duración o un término, estos deberán considerarse de carácter orientativo en función de lo establecido en el párrafo anterior».

<sup>30</sup> Artículo 3.2 del Real Decreto 2720/1998: «2. El contrato eventual por circunstancias de la producción tendrá el siguiente régimen jurídico: a) El contrato deberá identificar con precisión y claridad la causa o la circunstancia que lo justifique y determinar la duración del mismo. b) La duración máxima de este contrato será de 6 meses dentro de un periodo de 12 meses. En atención al carácter estacional de la actividad en la que se pueden producir las circunstancias señaladas en el apartado 1 de este artículo, los convenios colectivos de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior podrán modificar indistintamente: 1.º La duración máxima del contrato. 2.º El periodo dentro del cual puede celebrarse. 3.º La duración máxima del contrato y el periodo dentro del cual puede celebrarse. [...]».

<sup>31</sup> Artículo 4.1 del Real Decreto 2720/1998: «1. El contrato de interinidad es el celebrado para sustituir a un trabajador de la empresa con derecho a la reserva del puesto de trabajo en virtud de norma, convenio colectivo o acuerdo individual».

Según el artículo 46.5<sup>32</sup> del ET, la excedencia voluntaria no genera derecho a la reserva del puesto de trabajo. No obstante, este derecho pudo establecerse en virtud de convenio colectivo o acuerdo individual, circunstancia que no se aclara en el enunciado del supuesto. Es por ello que se estima que el contrato de interinidad celebrado con dicha trabajadora se ha formalizado en los términos legales al presumirse la existencia de un acuerdo individual entre el empresario y el trabajador Joaquín Pérez Pérez.

Por lo tanto, de los hechos expuestos anteriormente respecto del contrato eventual por circunstancias de la producción celebrado con el trabajador don Tomás Gutiérrez Gutiérrez, debe considerarse celebrado en fraude de ley. Por ello procede extender a la empresa acta de infracción en materia de relaciones laborales, en ejercicio de las atribuciones conferidas a los subinspectores laborales de Empleo y Seguridad Social por el artículo 22.5 de la LOSITSS.

Resulta sujeto responsable la sociedad Proinext, SL, al infringir los preceptos siguientes:

- Artículo 15.1 b) del ET (BOE de 24 de octubre).
- Artículo 3 del Real Decreto 2720/1998 (BOE de 8 de enero de 1999).

Transgredir la normativa de los contratos de duración determinada mediante su utilización en fraude de ley es una infracción que está calificada como grave y que se encuentra tipificada en el artículo 7.2<sup>33</sup> de la LISOS. Conforme a los criterios señalados en el artículo 39.2 y 6 de la LISOS corresponde proponer una sanción en grado mínimo, que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 40.1 b) de la LISOS, supone una sanción en su cuantía mínima de 626 euros.

## Tercero

Del examen de los recibos de pago de salarios de la sociedad correspondientes a los meses de enero, febrero y marzo de 2019, se aprecia la existencia de infractotización con respecto a las cuotas de cada uno de los siguientes trabajadores:

---

<sup>32</sup> Artículo 46.5 del ET: «5. El trabajador en excedencia voluntaria conserva solo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa».

<sup>33</sup> Artículo 7.2 de la LISOS: «2. La transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales, mediante su utilización en fraude de ley o respecto a personas, finalidades, supuestos y límites temporales distintos de los previstos legal, reglamentariamente, o mediante convenio colectivo cuando dichos extremos puedan ser determinados por la negociación colectiva».

## 1. Doña Julia Sánchez Sánchez

La sociedad Proinext, SL, ha excluido de la base de cotización por contingencias comunes y profesionales de los meses de enero, febrero y marzo la cuantía de 350 euros que percibe la trabajadora en concepto de «plus de kilometraje» por acudir diariamente a su centro de trabajo. La trabajadora se encuentra contratada mediante contrato de trabajo temporal para la realización de una obra o servicio en las oficinas del cliente en el municipio de Villanueva de la Cañada. El objeto del contrato es «desarrollo del prototipo de I+D de motor 4.0 para la empresa Carros, SL».

No existe un desplazamiento temporal del trabajador a otro centro de trabajo distinto al suyo habitual en el que haya efectuado su actividad laboral, sino que más bien se abonan cantidades por acudir diariamente a su centro de trabajo habitual. Por ello, no procede la exclusión de cotización del importe de lo abonado por este concepto, puesto que no se cumple con lo indicado en el artículo 147.2 b)<sup>34</sup> de la LGSS y en el artículo 23.2 A) b)<sup>35</sup> del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre.

## 2. Don Armando Pérez Pérez

La exclusión de la base de cotización de contingencias comunes y de contingencias profesionales de la cuantía de 400 euros percibida durante los meses de enero, febrero y marzo por la realización de un curso de capacitación profesional es correcta, al sufragar los gastos de estudios ocasionados al trabajador en relación con el desarrollo de su actividad, tal como se regula en el artículo 147.2 d)<sup>36</sup> de la LGSS y en el artículo 23.2 D)<sup>37</sup> del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre.

<sup>34</sup> Artículo 147.2 b) de la LGSS: «2. Únicamente no se computarán en la base de cotización los siguientes conceptos: [...] b) Las asignaciones para gastos de locomoción del trabajador que se desplace fuera de su centro habitual de trabajo para realizar el mismo en lugar distinto, no comprendidos en el apartado anterior, así como para gastos normales de manutención y estancia generados en municipio distinto del lugar del trabajo habitual del perceptor y del que constituya su residencia, en la cuantía y con el alcance previstos en la normativa estatal reguladora del impuesto sobre la renta de las personas físicas».

<sup>35</sup> Artículo 23.2 A) b) del Real Decreto 2064/1995: «b) A los mismos efectos de su exclusión en la base de cotización a la Seguridad Social, se consideran gastos de locomoción las cantidades destinadas por el empresario a compensar los gastos del trabajador por sus desplazamientos fuera de la fábrica, taller, oficina o centro habitual de trabajo, para realizarlo en lugar distinto del mismo o diferente municipio [...]».

<sup>36</sup> Artículo 147.2 d) de la LGSS: «2. Únicamente no se computarán en la base de cotización los siguientes conceptos: [...] d) Las prestaciones de la Seguridad Social, las mejoras de las prestaciones por incapacidad temporal concedidas por las empresas y las asignaciones destinadas por estas para satisfacer gastos de estudios dirigidos a la actualización, capacitación o reciclaje del personal a su servicio, cuando tales estudios vengan exigidos por el desarrollo de sus actividades o las características de los puestos de trabajo».

<sup>37</sup> Artículo 23.2 D) del Real Decreto 2064/1995: «D) Las asignaciones destinadas a satisfacer gastos de estudios del trabajador dispuestos por instituciones, empresarios o empleadores y financiados directamente

Además, en la empresa Proinext, SL, resulta de aplicación el convenio colectivo de Industria, Servicios e Instalaciones del Metal de la Comunidad de Madrid. Su artículo 2 establece la tabla salarial aplicable a los trabajadores que se encuentran dentro de su ámbito de aplicación. Para la categoría profesional del trabajador Armando Pérez Pérez, que tal como se indica es de «peón de limpieza», le corresponde una base de cotización mensual (incluida la prorrata de pagas extraordinarias) de 1.128,98 euros al mes.

Sin embargo, según se indica en el enunciado, la base de cotización declarada por la empresa en enero, febrero y marzo fue de 850 euros/mes (salario base más parte proporcional de pagas extraordinarias).

Según establece el artículo 147.1<sup>38</sup> de la LGSS, la base de cotización estará constituida por la remuneración total que tenga derecho a percibir el trabajador.

Por lo tanto, existe infracotización por parte de la empresa durante los meses de enero, febrero y marzo de 2019 en la cuantía de 278,98 euros cada mes.

### 3. Doña Concepción Saiz Saiz

La sociedad Proinext, SL, ha abonado a la trabajadora un «bonus en consecuencia del incremento de clientes durante el año 2019» de 6.000 euros, que han sido excluidos de cotización.

Conforme se establece en el artículo 147.1 de la LGSS y en los artículos 23.1 A)<sup>39</sup> y 16.2<sup>40</sup> del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, la sociedad Proinext, SL, debe incluir en la base de cotización la cuantía del bonus, prorrateado en los 12 meses de año.

---

por ellos para la actualización, capacitación o reciclaje de su personal, cuando vengan exigidos por el desarrollo de sus actividades o las características de los puestos de trabajo».

<sup>38</sup> Artículo 147.1 de la LGSS: «1. La base de cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del régimen general, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional, estará constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, tanto en metálico como en especie, que con carácter mensual tenga derecho a percibir el trabajador o asimilado, o la que efectivamente perciba de ser esta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena. [...]».

<sup>39</sup> Artículo 23.1 A) del Real Decreto 2064/1995: «1. La base de cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del régimen general de la Seguridad Social, así como por los conceptos de recaudación conjunta con las cuotas de dicho régimen, estará constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, que, con carácter mensual, tenga derecho a percibir el trabajador o la que efectivamente perciba de ser esta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena. A) Las percepciones de vencimiento superior al mensual se prorratearán a lo largo de los 12 meses del año».

<sup>40</sup> Artículo 16.2 del Real Decreto 2064/1995: «[...] b) Las liquidaciones de cuotas referidas a conceptos retributivos incluidos en la base de cotización pero que se devenguen por periodos superiores al mensual

Por ello, la cuantía que durante el año 2019 se debe incluir mensualmente por este concepto en la base de cotización de contingencias comunes y profesionales es de  $6.000/12 = 500$  euros.

Así, en los meses de enero, febrero y marzo de 2019 existe una diferencia en las bases de cotización de 500 euros cada mes.

#### 4. Don Tomás Gutiérrez Gutiérrez

La sociedad ha cotizado desde enero a marzo de 2019 por una base de cotización de 2.300 euros al mes.

Sin embargo, durante el mes de marzo de 2019, el trabajador ha realizado horas extraordinarias por las que ha percibido una retribución de 650 euros, que no se han incluido en la base de cotización por contingencias comunes ni profesionales.

El artículo 147.2 e)<sup>41</sup> de la LGSS establece que las cantidades percibidas por el concepto de horas extraordinarias deberán excluirse de la base de cotización por contingencias comunes, pero se incluirán en la de contingencias profesionales. Por lo que el importe de la base de cotización de contingencias profesionales del mes de marzo debe ser de 2.950 euros.

Conforme a lo establecido en el artículo 24<sup>42</sup> del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, las cantidades percibidas por el concepto de horas extraordinarias están sujetas a una cotización adicional. Esta cotización adicional se efectuará aplicando el porcentaje del 14 % de derivarse de fuerza mayor o del 28,3 % si no derivan de esa causa.

---

o que no tengan carácter periódico y que se satisfagan dentro del correspondiente ejercicio económico se prorratearán en las liquidaciones mensuales de dicho ejercicio, en los términos que establezca el Ministerio de Empleo y Seguridad Social. c) Las partes proporcionales de conceptos retributivos incluidos en la base de cotización relativas a meses que ya hubieran sido objeto de liquidación y, en su caso, de pago, así como los incrementos de las bases, de los tipos o de las propias cuotas que deban tener efectos retroactivos serán objeto de liquidaciones complementarias, relacionando o declarando separadamente las bases de cotización para cada mes conforme a los toques, bases y tipos y demás condiciones vigentes en los meses a que correspondan los salarios. De igual manera se liquidarán, en su caso, aquellas gratificaciones que no pudieran ser objeto de cuantificación anticipada, total o parcialmente, a efectos del prorrateo a que se refiere el párrafo b)».

<sup>41</sup> Artículo 147.2 e) de la LGSS: «2. Únicamente no se computarán en la base de cotización los siguientes conceptos: [...] e) Las horas extraordinarias, salvo para la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social».

<sup>42</sup> Artículo 24 del Real Decreto 2064/1995: «La remuneración que obtengan los trabajadores en concepto de horas extraordinarias, con independencia de su cotización a efectos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, estará sujeta a una cotización adicional, destinada a incrementar los recursos generales del sistema de la Seguridad Social, y que no será computable a efectos de determinar la base reguladora de las prestaciones».

En este caso, la empresa ha considerado que las horas extraordinarias son motivadas por fuerza mayor aplicando el tipo de cotización del 14 % que se establece en el artículo 5<sup>43</sup> de la Orden TMS/83/2019, de 31 de enero.

El concepto de fuerza mayor se ha definido como un acontecimiento externo a la empresa e independiente de la voluntad del empresario, y que, a su vez, sea imprevisible o que, previsto, sea inevitable, tal como señala el artículo 1.105<sup>44</sup> del Código Civil.

Conforme a la descripción del motivo de la realización de las horas extraordinarias (se debió a la perentoria necesidad de entregar un proyecto que, de otro modo, no hubiera podido entregarse en plazo), dichas horas no pueden considerarse como motivadas por fuerza mayor, ya que el motivo que la empresa alega no puede considerarse como daño extraordinario y/o urgente, ni como consecuencia de un acontecimiento imprevisible o que, siendo previsto, fuera inevitable.

En consecuencia, corresponde aplicar el porcentaje del 28,3 % a la base de la cotización adicional, tal como indica el artículo 5 de la Orden TMS/83/2019, de 31 de enero, en lugar del 14 %.

Por todo lo anterior, se aprecia la existencia de diferencias de cotización por los cuatro trabajadores analizados anteriormente y procede la extensión de un acta de liquidación de cuotas al amparo de lo establecido en el artículo 34.1 b) de la LGSS, en ejercicio de las atribuciones conferidas a los subinspectores laborales de Empleo y Seguridad Social, por el artículo 22.6<sup>45</sup> de la LOSITSS, siendo sujeto responsable la sociedad Proinext, SL.

Se infringen los siguientes preceptos:

- Artículos 18.1, 2 y 3; 22.1; 29.1 y 2; 141.1; 142.1; 144.1, 2, 3 y 4; y 147 de la LGSS (BOE de 31 de octubre).

<sup>43</sup> Artículo 5 de la Orden TMS/83/2019: «La remuneración que obtengan los trabajadores por el concepto de horas extraordinarias queda sujeta a una cotización adicional, que no será computable a efectos de determinar la base reguladora de las prestaciones. La cotización adicional por las horas extraordinarias motivadas por fuerza mayor se efectuará aplicando el tipo del 14,00 por ciento, del que el 12,00 por ciento será a cargo de la empresa y el 2,00 por ciento a cargo del trabajador. La cotización adicional por las horas extraordinarias que no tengan la consideración referida en el párrafo anterior se efectuará aplicando el tipo del 28,30 por ciento, del que el 23,60 por ciento será a cargo de la empresa y el 4,70 por ciento a cargo del trabajador».

<sup>44</sup> Artículo 1.105 del Código Civil: «Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables».

<sup>45</sup> Artículo 22.6 de la LOSITSS: «6. Efectuar requerimientos de pago por deudas a la Seguridad Social, así como iniciar expedientes liquidatorios por débitos a la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta o bonificaciones indebidas, mediante la práctica de actas de liquidación».

- Artículos 6.1, 7.2, 12, 13, 22.1 y 23 del Real Decreto 2065/1995 (BOE de 25 de enero).
- Artículos 6, 12, 56 y 59 del Real Decreto 1415/2004 (BOE de 25 de junio).
- Artículos 1 a 4 y 32 de la Orden de cotización TMS/83/2019.

Periodo a liquidar: desde el 1 de enero de 2019 al 31 de marzo de 2019.

Cálculo de las diferencias de cotización:

1. Doña Julia Sánchez Sánchez: existe una diferencia de 350 euros en la base de cotización de contingencias comunes y de contingencias profesionales. La base de cotización de ambas contingencias, teniendo en cuenta la cuantía del plus de kilometraje, no excede de la base máxima ni del tope máximo de la cuantía de cotización señalado en los artículos 2 y 3 de la Orden TMS/83/2019.

A dicha cuantía aplicamos los porcentajes establecidos en los artículos 4 y 32 de la Orden TMS/83/2019, que son:

Concepto	Tipo	Cuota €
Contingencias comunes	28,3%	99,05
Desempleo	8,3%	29,05
Formación profesional	0,7%	2,45
Fogasa	0,2%	0,7
Accidentes de trabajo y enfermedad profesional (AT/EP)	3%	10,5
<b>Total cuota de 1 mes</b>		<b>141,75</b>

A la cuantía total del mes corresponde aplicar el recargo, tal como se indica en los artículos 28<sup>46</sup> y 30.1 a) 2.<sup>o</sup><sup>47</sup> de la LGSS, que corresponde al 20 %, resultando la cuantía del recargo de  $141,75 \times 20\% = 28,35$  euros, y, por lo tanto, la cuantía total pendiente de ingreso en la TGSS por 1 mes es de  $141,75 + 28,35 = 170,1$  euros.

<sup>46</sup> Artículo 28 de la LGSS: «La falta de pago de la deuda dentro del plazo reglamentario de ingreso establecido determinará la aplicación del recargo y el devengo de los intereses de demora en los términos establecidos en esta ley. [...]».

<sup>47</sup> Artículo 30.1 a) 2.º de la LGSS: «2.º Recargo del 20 por ciento de la deuda, si se abonasen las cuotas debidas a partir del segundo mes natural siguiente al del vencimiento del plazo para su ingreso».

Como la sociedad adeuda 3 meses y es la misma cuantía durante todo el periodo de liquidación, la cuantía total a ingresar por 1 mes se multiplica por el número de meses que comprende el periodo de liquidación:  $170,1 \times 3 = 510,3$  euros.

2. Don Armando Pérez Pérez: la empresa cotizó por una base mensual de 850 euros por contingencias comunes y profesionales, y debió cotizar por 1.128,98 euros. Dicha cuantía es superior a la mínima contenida en los artículos 2 y 3 de la Orden TMS/83/2019. Por lo que existe una diferencia de 278,98 euros mensuales. A dicha cuantía aplicamos los tipos establecidos en los artículos 4 y 32 de la Orden TMS/83/2019:

Concepto	Tipo	Cuota €
Contingencias comunes	28,3%	78,95
Desempleo	7,05%	19,67
Formación profesional	0,7%	1,95
Fogasa	0,2%	0,56
Accidentes de trabajo y enfermedad profesional (AT/EP)	3,6%	10,04
<b>Total cuota de 1 mes</b>		<b>111,17</b>

A la cuantía total del mes corresponde aplicar el recargo, tal como se indica en los artículos 28 y 30.1 a) 2.º de la LGSS, que será del 20 %, resultando la cuantía del recargo de:  $111,17 \times 20\% = 22,23$  euros.

La cuantía total pendiente de ingreso en la TGSS por 1 mes es de:  $111,17 + 22,23 = 133,4$  euros.

Como la sociedad adeuda 3 meses y es la misma cuantía durante todo el periodo de liquidación, la cuantía total a ingresar por 1 mes se multiplica por el número de meses que comprende el periodo de liquidación:  $133,4 \times 3 = 400,2$  euros.

3. Doña Concepción Saiz Saiz: hay una diferencia en las bases de cotización de contingencias comunes y profesionales de 500 euros cada mes, al no prorratear la sociedad Proinext, SL, el bonus entregado a dicha trabajadora.

La base resultante de cotización de la trabajadora se encuentra entre la base mínima y máxima conforme a su categoría profesional y los topes máximo y mínimo, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 2 y 3 de la Orden TMS/83/2019.

A la cuantía por la que la sociedad no ha realizado cotización (500 €) aplicamos los porcentajes establecidos en los artículos 4 y 32 de la Orden TMS/83/2019, que son:

Concepto	Tipo	Cuota €
Contingencias comunes	28,3%	141,5
Desempleo	7,05%	35,25
Formación profesional	0,7%	3,5
Fogasa	0,2%	1
Accidentes de trabajo y enfermedad profesional (AT/EP)	1,5%	7,5
<b>Total cuota de 1 mes</b>		<b>188,75</b>

A la diferencia de cotización mensual del mes corresponde aplicar el recargo del 20 %, tal como se indica en los artículos 28 y 30.1 a) 2.º de la LGSS, resultando la cuantía del recargo de  $188,75 \times 20\% = 37,75$  euros. Por lo tanto, la cuantía total pendiente de ingreso en la TGSS por 1 mes es de  $188,75 + 37,75 = 226,5$  euros.

Como la sociedad adeuda 3 meses y es la misma cuantía durante todo el periodo de liquidación, la cuantía total a ingresar por 1 mes se multiplica por el número de meses que comprende el periodo de liquidación:  $226,5 \times 3 = 679,5$  euros.

4. Don Tomás Gutiérrez Gutiérrez: se aprecian diferencias en la base de cotización de contingencias profesionales del mes de marzo, al no incluirse la cuantía de lo abonado por horas extraordinarias. Además, existen diferencias en los porcentajes aplicados a la cotización adicional que contempla el artículo 24 del Real Decreto 2064/1995.

La diferencia que existe en la base de cotización de contingencias profesionales es de 650 euros. A esta cuantía aplicamos los porcentajes señalados en el artículo 32 de la Orden TMS/83/2019, que son:

Concepto	Tipo	Cuota €
Desempleo	8,3%	53,95
Formación profesional	0,7%	4,55



Concepto	Tipo	Cuota €
Fogasa	0,2%	1,3
Accidentes de trabajo y enfermedad profesional (AT/EP)	3%	19,5
<b>Total cuota de contingencias profesionales del mes de marzo</b>		<b>79,3</b>

En la base de cotización adicional de las horas extraordinarias (650 €), la empresa ha efectuado una cotización aplicando el 14 %, cuando debería haber aplicado el 28,3 %, por lo que resulta una diferencia en los tipos de cotización del 14,3 %.

Así pues,  $650 \times 14,3\% = 92,95$  euros, que es la cuantía pendiente de ingreso por la cotización adicional de las horas extraordinarias efectuada en el mes de marzo de 2019.

A ambas cantidades se les aplicará el recargo, según disponen los artículos 28 y 30.1 a) 2.º de la LGSS, del 20 %. Resultando:  $(79,3 + 92,95) \times 20\% = 34,45$  euros.

Por lo tanto, la cuantía total pendiente de ingreso en la TGSS por el mes de marzo de 2019 será de  $172,25 + 34,45 = 206,7$  euros.

En conclusión, el importe total de las diferencias de cotización por el periodo de liquidación de enero a marzo de 2019 es de  $510,3 + 400,2 + 679,5 + 206,7 = 1.796,7$  euros.

Además, por esos mismos hechos procede extender a la sociedad Proinext, SL, acta de infracción en materia de Seguridad Social, en ejercicio de las atribuciones conferidas a los subinspectores laborales de Empleo y Seguridad Social por el artículo 22.5 de la LOSITSS.

Resultan infringidos los mismos preceptos señalados en el acta de liquidación, ya que ambas actas son coordinadas conforme a lo dispuesto en los artículos 14.4<sup>48</sup> y 34.1 a)<sup>49</sup> del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.

<sup>48</sup> Artículo 14.4 del Real Decreto 928/1998: «4. Las actas de infracción por infracciones graves que conlleven la expedición de actas o propuestas de liquidación por los mismos hechos se formalizarán simultáneamente con las liquidaciones».

<sup>49</sup> Artículo 34.1 a) del Real Decreto 928/1998: «a) Las actas de infracción y liquidación por los mismos hechos tendrán los requisitos formales exigidos para las mismas en el presente reglamento. El acta de infracción podrá remitirse en cuanto a relato de hechos y demás circunstancias fácticas al contenido del acta de liquidación y sus anexos, haciéndolo constar expresamente».

No efectuar el ingreso en la TGSS en la cuantía debida, habiendo cumplido dentro de plazo las obligaciones establecidas en el artículo 29.1 y 2<sup>50</sup> de la LGSS, constituye una infracción que está calificada como grave y que se encuentra tipificada en el artículo 22.3<sup>51</sup> de la LISOS.

La cuantía de la sanción a proponer se obtiene mediante la aplicación de un porcentaje a la deuda que figura en el acta de liquidación de cuotas, conforme a lo señalado en el artículo 40.1 d)<sup>52</sup> de la LISOS.

Ese porcentaje oscila para estas infracciones entre el 50 % y el 100 % de la deuda.

En este caso, la sanción debe preceptivamente proponerse en su grado mínimo, según establece el artículo 39.2<sup>53</sup>, segundo párrafo, de la LISOS, ya que la cuantía no ingresada no supera los 10.000 euros.

Así, el importe de la sanción es de  $1.796,7 \times 50 \% = 898,35$  euros.

<sup>50</sup> Artículo 29.1 y 2 de la LGSS: «1. En el sistema de autoliquidación de cuotas a que se refiere la letra a) del artículo 22.1, los sujetos responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar deberán transmitir por medios electrónicos a la Tesorería General de la Seguridad Social las liquidaciones de cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta, salvo en aquellos supuestos en que dicha liquidación proceda mediante la presentación de los correspondientes documentos de cotización. La transmisión o presentación a que se refiere el párrafo anterior podrá efectuarse hasta el último día natural del respectivo plazo reglamentario de ingreso. 2. En el sistema de liquidación directa de cuotas a que se refiere la letra b) del artículo 22.1, los sujetos responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar deberán solicitar a la Tesorería General de la Seguridad Social el cálculo de la liquidación correspondiente a cada trabajador y transmitir por medios electrónicos los datos que permitan realizar dicho cálculo, hasta el penúltimo día natural del respectivo plazo reglamentario de ingreso. [...]».

<sup>51</sup> Artículo 22.3 de la LISOS: «3. No ingresar, en la forma y plazos reglamentarios, las cuotas correspondientes que por todos los conceptos recauda la Tesorería General de la Seguridad Social o no efectuar el ingreso en la cuantía debida, habiendo cumplido dentro de plazo las obligaciones establecidas en los apartados 1 y 2 del artículo 26 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, siempre que la falta de ingreso no obedezca a una declaración concursal de la empresa, ni a un supuesto de fuerza mayor, ni se haya solicitado aplazamiento para el pago de las cuotas con carácter previo al inicio de la actuación inspectora, salvo que haya recaído resolución denegatoria».

<sup>52</sup> Artículo 40.1 d) de la LISOS: «d) Las infracciones señaladas en los artículos 22.3, 23.1 b) y 23.1 k) se sancionarán: 1. La infracción grave del artículo 22.3 se sancionará con la multa siguiente: en su grado mínimo, con multa del 50 al 65 % del importe de las cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta no ingresados, incluyendo recargos, intereses y costas; en su grado medio, con multa del 65,01 al 80 %; y en su grado máximo, con multa del 80,01 al 100 %. [...]».

<sup>53</sup> Artículo 39.2, segundo párrafo, de la LISOS: «Sin perjuicio de lo anterior, cuando se trate de infracciones tipificadas en los artículos 22.3 y 23.1 b), la sanción se impondrá en grado mínimo cuando la cuantía no ingresada, incluyendo recargos e intereses, no supere los 10.000 euros, en su grado medio cuando dicha cuantía esté comprendida entre 10.001 y 25.000 euros, y en su grado máximo cuando sea superior a los 25.000 euros».

## 2.ª pregunta. Fundamentación respecto del encuadramiento de los socios de la sociedad Proinext, SL, que se describe en el apartado **cuarto**.

Se observa que:

1. El socio don Gabriel Fernández Fernández figura en situación de alta en el RETA. Posee el 60 % del capital social de la sociedad, es su administrador y percibe una remuneración por el desempeño de dicho cargo de 1.500 euros/mes. Con base en todo ello, resulta acreditado que realiza una actividad a título lucrativo, de forma habitual, personal y directa, en el seno de la sociedad Proinext, SL, y poseyendo el control efectivo de la misma, por lo que se corrobora que cumple con lo señalado en el artículo 305.2 b)<sup>54</sup> de la LGSS. Su encuadramiento en dicho régimen es correcto.

La base de cotización de contingencias comunes y profesionales por la que debe cotizar don Gabriel Fernández Fernández es la contemplada en el artículo 312<sup>55</sup> de la LGSS, al ser un trabajador autónomo y encuadrarse en el RETA como consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 305.2 b) de la LGSS. De acuerdo con el artículo 15.12 de la Orden TMS/83/2019, durante el año 2019, la base de cotización será, al menos, de 1.214,1 euros, al comprobarse que dicho trabajador autónomo consta en alta en el RETA un periodo superior a 12 meses.

2. El socio don Jesús Olmos Olmos posee el 40 % del capital social, realiza funciones de auxiliar administrativo a tiempo completo en la sociedad Proinext, SL, desde enero de 2019 y

<sup>54</sup> Artículo 305.2 b) de la LGSS: «b) Quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad de capital, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto, de aquella. Se entenderá, en todo caso, que se produce tal circunstancia, cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el trabajador posee el control efectivo de la sociedad cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: 1.º Que, al menos, la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios esté distribuido entre socios con los que conviva y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado. 2.º Que su participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo. 3.º Que su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo, si tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad».

<sup>55</sup> Artículo 312 de la LGSS: «1. Para los trabajadores incluidos en este régimen especial que en algún momento de cada ejercicio económico y de manera simultánea hayan tenido contratado a su servicio un número de trabajadores por cuenta ajena igual o superior a diez, la base mínima de cotización para el ejercicio siguiente se determinará en la correspondiente Ley de presupuestos generales del Estado. 2. Dicha base mínima de cotización será también aplicable en cada ejercicio económico a los trabajadores autónomos incluidos en este régimen especial al amparo de lo establecido en el artículo 305.2, letras b) y e), a excepción de aquellos que causen alta inicial en el mismo, durante los 12 primeros meses de su actividad, a contar desde la fecha de efectos de dicha alta».

percibe una remuneración por el desempeño de dicha actividad. De acuerdo con los hechos descritos, no procede su inclusión en el RGSS, ya que realiza una actividad a título lucrativo, de forma habitual, personal y directa, y poseyendo el control efectivo de sociedad mercantil en cuyo seno tiene lugar, según lo dispuesto en el artículo 305.2 b) 2.º de la LGSS. Por lo tanto, corresponde su encuadramiento dentro del sistema de Seguridad Social en el RETA.

No procede aplicar el artículo 312.2 de la LGSS, puesto que no consta que dicho trabajador previamente hubiera estado dado de alta en el RETA. Asimismo, durante los primeros 12 meses de su alta inicial en dicho régimen está exento de aplicación de dicho precepto.

Para determinar la base de cotización de este trabajador autónomo hay que tener en cuenta su edad. Como el enunciado del ejercicio no proporciona ese dato y teniendo en cuenta que el artículo 43.2<sup>56</sup> del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, dispone que la inclusión en el RETA lleva implicada la obligación de cotizar, al menos sobre la cuantía de la base mínima que se determine con carácter general, según lo establecido en el artículo 15.2 de la Orden TMS/83/2019, para el año 2019, la base de cotización que corresponde es de 944,4 euros.

### 3.ª pregunta. Actuación que procede de los hechos descritos en el apartado quinto.

Corresponde practicar acta de liquidación de cuotas, según faculta el artículo 34.1 c) de la LGSS, al estar ante un supuesto de sucesión de empresa contemplado en el artículo 44.2<sup>57</sup> del ET.

De los datos constatados respecto de la empresa Next Project, SL, se ha dado de baja como tal en la TGSS y mantiene una deuda de 275.485 euros por las cuotas devenidas y no ingresadas por el periodo de junio de 2015 a diciembre de 2018. Esta sociedad había declarado realizar una actividad de diseño, fabricación y montaje de piezas para automoción.

<sup>56</sup> Artículo 43.2 del Real Decreto 2064/1995: «2. Las bases mínima y máxima de cotización a este régimen especial, para todas las contingencias y situaciones protegidas por el mismo, serán las que se establezcan en cada ejercicio económico por la Ley de presupuestos generales del Estado. La inclusión en este régimen especial llevará implícita la obligación de cotizar, al menos, sobre la cuantía de la base mínima que corresponda al interesado, sin perjuicio del derecho de este a elegir otra base superior, dentro de los límites comprendidos entre las bases mínima y máxima establecidas anualmente por la respectiva Ley de presupuestos generales del Estado, ya sea con carácter general o con carácter particular para determinados trabajadores autónomos, por razón de su edad, condición, actividad, situación o número de trabajadores que hayan contratado a su servicio en el ejercicio anterior. [...]».

<sup>57</sup> Artículo 44.2 del ET: «2. A los efectos de lo previsto en este artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria».

La empresa Proinext, SL, se ha dado de alta en la TGSS el día 1 de enero de 2019 para realizar la misma actividad y, por lo tanto, para seguir con el tráfico mercantil y con el desempeño de la misma actividad sin solución de continuidad. Por ello se aprecia la existencia de un tracto sucesivo del objeto social.

De los datos reflejados en el Registro Mercantil, ambas sociedades han nombrado administrador único a la misma persona, don Gabriel Fernández Fernández. Asimismo, consta reflejado el mismo domicilio social, calle Primavera del Alma, 14, en el municipio de Madrid.

También se ha acreditado que existe un traspaso de trabajadores de la sociedad Next Proyect, SL, a la sociedad Proinext, SL, los cuales continuaron su actividad en esta sin solución de continuidad.

Así pues, tras la valoración en su conjunto de los hechos descritos anteriormente, se concluye que existe una sucesión empresarial respecto de la sociedad Next Proyect, SL, a la sociedad Proinext, SL, al comprobarse la existencia de una entidad económica que mantiene su identidad y desarrolla una actividad propia. Además, la totalidad de los elementos materiales y personales se mantiene tras la sucesión, sin que puedan considerarse aportaciones aisladas.

De acuerdo con los elementos descritos y analizados anteriormente, se aprecia que se ha producido una transmisión de la titularidad jurídica de la empresa regulada en el artículo 44.2 del ET. Por ello, según establecen los artículos 18.3<sup>58</sup>, 142.1<sup>59</sup>, 154.1<sup>60</sup>

<sup>58</sup> Artículo 18.3 de la LGSS: «3. Son responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar y del pago de los demás recursos de la Seguridad Social las personas físicas o jurídicas o entidades sin personalidad a las que las normas reguladoras de cada régimen y recurso impongan directamente la obligación de su ingreso y, además, los que resulten responsables solidarios, subsidiarios o sucesores *mortis causa* de aquellos, por concurrir hechos, omisiones, negocios o actos jurídicos que determinen esas responsabilidades, en aplicación de cualquier norma con rango de ley que se refiera o no excluya expresamente las obligaciones de Seguridad Social, o de pactos o convenios no contrarios a las leyes. Dicha responsabilidad solidaria, subsidiaria o *mortis causa* se declarará y exigirá mediante el procedimiento recaudatorio establecido en esta ley y en su normativa de desarrollo».

<sup>59</sup> Artículo 142.1 de la LGSS: «1. El empresario es sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar e ingresará las aportaciones propias y las de sus trabajadores, en su totalidad. Responderán, asimismo, solidaria, subsidiariamente o *mortis causa* las personas o entidades sin personalidad a que se refieren los artículos 18 y 168.1 y 2. La responsabilidad solidaria por sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio que se establece en el citado artículo 168 se extiende a la totalidad de las deudas generadas con anterioridad al hecho de la sucesión. Se entenderá que existe dicha sucesión aun cuando sea una sociedad laboral la que continúe la explotación, industria o negocio, esté o no constituida por trabajadores que prestaran servicios por cuenta del empresario anterior. [...]».

<sup>60</sup> Artículo 154.1 de la LGSS: «1. A efectos de lo dispuesto en el capítulo III del título I de esta ley, los empresarios y, en su caso, las personas señaladas en los artículos 18 y 168.1 y 2, serán los obligados a ingresar la totalidad de las cuotas de este régimen general en el plazo, lugar y forma establecidos en esta ley y en sus normas de aplicación y desarrollo».

y 168.2<sup>61</sup> de la LGSS, el artículo 22.6<sup>62</sup> del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, y los artículos 12.1<sup>63</sup> y 13.1<sup>64</sup> del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, nos encontramos ante un supuesto de derivación de responsabilidad, siendo responsable solidario de la deuda que la sociedad Next Project, SL, ha generado durante el periodo de junio de 2015 a diciembre de 2018, por importe de 275.485 euros, la sociedad Proinext, SL.

<sup>61</sup> Artículo 168.2 de la LGSS: «2. En los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión. La misma responsabilidad se establece entre el empresario cedente y cesionario en los casos de cesión temporal de mano de obra, aunque sea a título amistoso o no lucrativo, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 16.3 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal. [...]».

<sup>62</sup> Artículo 22.6 del Real Decreto 2064/1995: «6. No obstante lo dispuesto en los números anteriores, el sujeto responsable del pago o cumplimiento de la obligación de cotizar al régimen general de la Seguridad Social es el empresario, que deberá ingresar en su totalidad tanto las aportaciones propias como las de sus trabajadores. Asimismo, responderán, en su caso, del cumplimiento de la obligación de ingresar la totalidad de las cuotas las personas y con el alcance señalado en los apartados 1 y 2 del artículo 127 de la Ley general de la Seguridad Social, en los artículos 42 y 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en los artículos 9, 10 y 12 del Reglamento general de recaudación de los recursos del sistema de la Seguridad Social y en las demás normas sustantivas sobre supuestos de imputación de responsabilidad simple, solidaria, subsidiaria o por sucesión «*inter vivos*» o «*mortis causa*» en orden al cumplimiento de la obligación de cotizar».

<sup>63</sup> Artículo 12.1 del Real Decreto 1415/2004: «1. Son responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar y del pago de los demás recursos de la Seguridad Social las personas físicas o jurídicas, o entidades sin personalidad, a las que las normas reguladoras de cada régimen y recurso impongan directamente la obligación de su ingreso y, además, los que resulten responsables solidarios, subsidiarios o sucesores *mortis causa* de aquellos, por concurrir hechos, omisiones, negocios o actos jurídicos que determinen esas responsabilidades, en aplicación de cualquier norma con rango legal que se refiera o no excluya expresamente a las obligaciones de Seguridad Social, o de pactos o convenios no contrarios a las leyes».

<sup>64</sup> Artículo 13.1 del Real Decreto 1415/2004: «1. Cuando concurren hechos, negocios o actos jurídicos que determinen la responsabilidad solidaria de varias personas, físicas o jurídicas o entidades sin personalidad, respecto de deudas con la Seguridad Social, podrá dirigirse reclamación de deuda o acta de liquidación contra todos o contra cualquiera de ellos. El procedimiento recaudatorio seguido contra un responsable solidario no suspenderá ni impedirá que pueda seguirse contra otro, hasta la total extinción del crédito».

## Normas de publicación

La *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF (RTSS. CEF)*, editada por el Centro de Estudios Financieros, SL, con ISSN 1138-9532 (en versión impresa) e ISSN-e 2531-212X (en versión electrónica), es una publicación dirigida a los estudiosos y profesionales de las materias conectadas con el área social del derecho que pretende ser un medio al servicio de aquellos que, a través de sus trabajos de investigación y opinión, desean ofrecer al lector su aportación doctrinal sobre temas controvertidos y de interés.

La *RTSS. CEF* tiene una periodicidad mensual e incluye tanto estudios de naturaleza académica como artículos que analizan las disposiciones normativas y resoluciones judiciales de actualidad más relevantes de las materias relacionadas con el objeto de la publicación: trabajo, seguridad social y recursos humanos. Asimismo, destina un espacio al análisis de cuestiones de controvertida aplicación práctica.

Los contenidos de la revista en versión impresa están también disponibles en versión digital en la página web <[www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm](http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm)>, vehículo de divulgación y a su vez instrumento que permite la difusión de aquellos estudios que, por las limitaciones propias del soporte papel, verían dificultada su publicación.

### Normas para el envío y presentación de originales

1. Los trabajos deberán ser originales e inéditos y se remitirán por correo electrónico a la dirección [revistacef@cef.es](mailto:revistacef@cef.es), identificándose el archivo con los apellidos del autor del trabajo seguidos de un guion y de la abreviatura de la sección de la revista a la que se destina: ED (estudios doctrinales), ARRL (análisis de actualidad de las relaciones laborales), DJ (diálogos con la jurisprudencia), FD (foro de debate), RRHH (estudios doctrinales específicos de esta área) o CP (caso práctico).

Los trabajos destinados a la sección «Estudios» (incluidos los que con esta consideración se dirijan a la sección «Recursos Humanos») se presentarán anonimizados, indicándose en un archivo independiente los datos de autoría y, en su caso, de la financiación de la investigación.

2. Los trabajos (excepto los dirigidos a la sección «Diálogos con la jurisprudencia») han de estar encabezados por:
  - Título en español e inglés.
  - Lista de palabras clave/descriptores (no menos de 2 ni más de 5) en español e inglés.
  - Extracto de no más de 20 líneas, en español e inglés.
  - Sumario (comenzando en página nueva), que utilizará la numeración arábiga, desarrollándose los subepígrafos secuenciados (dos dígitos: 1.1., 1.2., ...; tres dígitos: 1.1.1., 1.1.2., ...).
3. La extensión de los artículos (incluyendo título, extracto, palabras clave y sumario), en formato Microsoft Word (Times New Roman, cuerpo 11 e interlineado 1,5 para el texto y cuerpo 10 e interlineado sencillo para las notas a pie de página), será la siguiente:
  - Estudios doctrinales: mínimo 20 y máximo 35 páginas.
  - Análisis de actualidad de las relaciones laborales: máximo 25 páginas.
  - Diálogos con la jurisprudencia: mínimo 3 y máximo 7 páginas.
  - Foro de debate: máximo 10 páginas.
  - Casos prácticos: máximo 25 páginas.

4. Las notas se numerarán consecutivamente y su texto se recogerá a pie de página y no al final. Se evitarán las que sean simples referencias bibliográficas, en cuyo caso deberán ir integradas en el texto señalando entre paréntesis solo el apellido del autor, el año de publicación y, si procede, las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.). La mención completa se incluirá al final en las «Referencias bibliográficas».
5. Las citas de referencias legislativas o jurisprudenciales contendrán todos los datos necesarios para su adecuada localización y serán neutras. Se recomienda el empleo de la base de datos NormaCEF (<[www.normacef.es](http://www.normacef.es)>).

Las citas textuales deberán incluirse entre comillas latinas («» y, al final de las mismas, entre paréntesis, solo el apellido del autor, el año de publicación y las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.) de las que se ha extraído dicho texto.

No se utilizará letra cursiva para las citaciones.

Las citas bibliográficas a lo largo del texto se harán citando al autor solo por el apellido, año de publicación y, si procede, las páginas (todo entre paréntesis y separado por comas). *Vid.* ejemplos de citas basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>>.

6. Las referencias bibliográficas se limitarán a las que expresamente sustentan la investigación y son citadas en el trabajo.

No ocuparán más de 3 páginas.

Se situarán al final del artículo y se ajustarán a las normas APA (6.<sup>a</sup> ed.). *Vid.* ejemplos de lista de referencias basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>>.

7. Los criterios de edición que deben seguir los autores se encuentran detallados en <<http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>>.

## Proceso editorial

- Recepción de artículos. Se acusará su recibo por la editorial, lo que no implicará su aceptación.
- Remisión de originales al Consejo de redacción. La editorial remitirá el trabajo al Consejo de redacción de la revista, que lo analizará y decidirá su aceptación, su admisión condicionada a la introducción de cambios por el/los autor/es o su rechazo. En cualquiera de los casos, la decisión adoptada será comunicada al/a los autor/es.
- Sistema de revisión por pares. El estudio enviado a evaluación será analizado por dos evaluadores externos, de forma confidencial y anónima (doble ciego), que emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por el Consejo de redacción. El trabajo revisado que se considere que puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones deberá ser corregido y devuelto por los autores a la revista en el plazo máximo de 1 mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores.
- Proceso editorial. En los trabajos de investigación, una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor principal del trabajo la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, le serán remitidas, si así se requiere editorialmente, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección. Terminado el proceso y disponible el artículo, se le hará llegar por correo electrónico al autor.



## Más de **350 libros digitales** en las áreas de

- Calidad y medioambiente
- Ciencias de la salud
- Contabilidad
- Derecho laboral y Seguridad Social
- Derecho administrativo
- Derecho civil
- Derecho constitucional
- Derecho mercantil
- Derecho penal
- Derecho procesal
- Economía y finanzas
- Educación
- Historia
- Idiomas
- Informática
- Ingeniería
- Marketing
- Periodismo
- Psicología
- Recursos humanos
- Tributación

// Facilidades de pago

// Entrega inmediata

// También en papel

Tu currículum no dice que

# TE SACASTE EL GRADO MIENTRAS CUIDABAS A TU HIJO.

En la UDIMA reconocemos tu esfuerzo. Por eso te ofrecemos una metodología online que encaja con tu ritmo de vida, sea cual sea.

ERES MÁS DE LO QUE SE VE  
udima.es

Nuestro equipo de profesionales hace de la UDIMA un lugar donde cumplir tus sueños y objetivos: profesores, tutores personales, asesores y personal de administración y servicios trabajan para que de lo único que tengas que preocuparte sea de estudiar.

## GRADOS OFICIALES

### Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Ingeniería de Organización Industrial • Ingeniería de Tecnologías y Servicios de Telecomunicación • Ingeniería Informática

### Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Magisterio de Educación Infantil • Magisterio de Educación Primaria • Psicología (rama Ciencias de la Salud)

### Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Administración y Dirección de Empresas • Economía • Empresas y Actividades Turísticas • Marketing

### Facultad de Ciencias Jurídicas

Ciencias del Trabajo, Relaciones Laborales y Recursos Humanos • Criminología • Derecho

### Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Historia • Periodismo • Publicidad y Relaciones Públicas

## TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADO

(Consultar en [www.udima.es](http://www.udima.es))

## MÁSTERES OFICIALES

### Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Energías Renovables y Eficiencia Energética

### Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Dirección y Gestión de Centros Educativos • Enseñanza del Español como Lengua Extranjera • Formación del Profesorado de Educación Secundaria • Gestión Sanitaria • Psicología General Sanitaria • Psicopedagogía • Tecnología Educativa

### Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Auditoría de Cuentas • Banca y Asesoría Financiera • Dirección Comercial y Marketing • Dirección de Empresas (MBA) • Dirección de Empresas Hoteleras • Dirección de Negocios Internacionales • Dirección Económico-Financiera • Dirección y Gestión Contable • Marketing Digital y Redes Sociales

### Facultad de Ciencias Jurídicas

Análisis e Investigación Criminal • Asesoría de Empresas • Asesoría Fiscal • Asesoría Jurídico-Laboral • Dirección y Gestión de Recursos Humanos • Gestión Integrada de Prevención, Calidad y Medio Ambiente • Práctica de la Abogacía • Prevención de Riesgos Laborales

### Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Interuniversitario en Unión Europea y China • Mercado del Arte • Seguridad, Defensa y Geoestrategia • Sociedad y Relaciones de Poder en el Mundo Premoderno

**DESCUENTO ESPECIAL EN GRADOS. MATRÍCULA ABIERTA**