

# Trabajo y Seguridad Social. CEF

Revista mensual núm. 441 | Diciembre 2019

ISSN: 1138-9532

«Soberanía» sobre el tiempo y jornada  
«a la carta» ¿derechos-quimera?  
Cristóbal Molina Navarrete

## El modelo de protección del trabajo autónomo

Juan José Rodríguez Bravo de Laguna

## Trabajadores de edad avanzada y desempleo

María Isabel Granados Romera

## El derecho a la mentira como tutela preventiva

Fernando Fita Ortega

## Nuevos fragmentos de derecho jurisprudencial con rostro de mujer

### Discriminación en el acceso al empleo

María Teresa Alameda Castillo

### Nuevas manifestaciones de la protección del embarazo en el TJUE

Patricia Nieto Rojas

### Despido de trabajadora por la actividad sindical de su pareja

Glòria Poyatos i Matas

### El despido por absentismo

Miguel Ángel Gómez Salado





Feliz  
Navidad

DEF.- udimma

# Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Núm. 441 | Diciembre 2019

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

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

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

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

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

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

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

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

## Evaluadores externos

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

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

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

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

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

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

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

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

## Coordinación y edición

Teresa Díez Meriel y Domingo J. Panea Hernando

Centro de Estudios Financieros

P.<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 (2019) (11 números) 157 €

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.

© 2019 CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

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

## Sumario

### Editorial

- «Autodeterminación» («soberanía») sobre el tiempo y adaptación de la jornada «a la carta» por razones conciliatorias: entre utopías, derechos y quimeras 5-24  
Cristóbal Molina Navarrete

### Estudios

- El modelo de protección del trabajo autónomo en España: avances en la acción protectora y déficits de regulación normativa 25-50  
*Protection model of self-employment in Spain: progress in the protective action and setbacks of normative regulation*  
**Accésit Premio Estudios Financieros 2019**  
Juan José Rodríguez Bravo de Laguna
- Trabajadores de edad avanzada y protección por desempleo ante una política de envejecimiento activo 51-84  
*Elderly workers and unemployment protection in the face of an active ageing policy*  
María Isabel Granados Romera
- El derecho a la mentira como tutela preventiva de los derechos fundamentales de los trabajadores 85-116  
*The right to lie as a preventive protection of workers' fundamental rights*  
**Finalista Premio Estudios Financieros 2019**  
Fernando Fita Ortega

### Análisis de actualidad

- Fin de temporada 2019 de la serie (jurídico-política) «juego de tronos entre togados comunitarios»: mapa de nuevas «batallas judiciales» de última palabra en el orden social 117-150  
*End of season 2019 of the series (legal-political) «game of thrones between community togages»: a map of new «judicial battles» of last word in the labor law*  
Cristóbal Molina Navarrete

## Diálogos con la jurisprudencia

### Monográfico: Nuevos fragmentos de derecho jurisprudencial con rostro de mujer

- La urgencia e inmediatez en la cobertura del puesto es irrelevante en caso de discriminación en el acceso al empleo público por maternidad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 108/2019, de 30 de septiembre  
151-157  
María Teresa Alameda Castillo
- Nuevas manifestaciones de la protección del embarazo en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de junio de 2019, asunto C-404/18, Hakelbracht  
158-165  
Patricia Nieto Rojas
- Despido de trabajadora por la actividad sindical de su pareja. Discriminación «por asociación». Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 882/2019, de 29 de agosto  
166-172  
Glòria Poyatos i Matas
- 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  
173-182  
Miguel Ángel Gómez Salado

## Recursos humanos

- El empleo público a mediados del siglo XXI: problemas y soluciones. Una propuesta integradora  
183-222  
*Public employment in the middle of the twenty-first century: problems and solutions. A conciliatory proposal*  
**Finalista Premio Estudios Financieros 2019**  
Víctor Almonacid Lamelas y Jordi Mena i Ivars

- Normas de publicación  
223-224

*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>>.

# «Autodeterminación» («soberanía») sobre el tiempo y adaptación de la jornada «a la carta» por razones conciliatorias: entre utopías, derechos y quimeras

**Cristóbal Molina Navarrete**

*Director*

Sin la soberanía sobre nuestro propio tiempo resulta casi imposible ser autónomos en nuestras vidas.

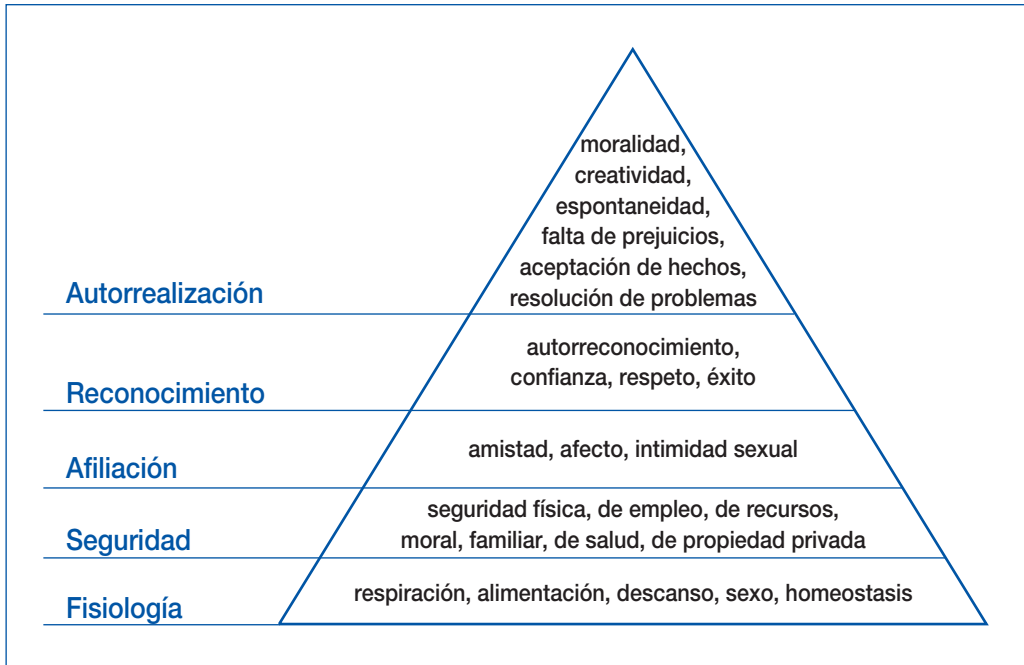
**Daniel H. Pink**

Los trabajadores necesitan mayor soberanía sobre su tiempo.

**OIT (2019)**

**1. La gestión empresarial del tiempo de trabajo: ¿de «tsunami» (registro) en «tsunami jurídico-laboral» («jornada a la carta»)?** Uno de los nuevos «gurús» del mundo del «desarrollo personal», más allá de los libros y técnicas de autoayuda, y que hace furor en ese difuso universo profesional del *coaching* (cada vez más al uso en el mundo de las empresas para optimizar competencias en sus equipos y/o para enfrentar conflictos internos o externos), Daniel H. Pink –(2018). *¿Cuándo? La ciencia de encontrar el momento preciso*. Barcelona: Alienta–, califica la «soberanía del tiempo» como pilar central de la «autodeterminación vital», de la «autonomía individual» de las personas. La autonomía en el gobierno del tiempo personal sería un rasgo propio de la «autorrealización personal» que, según la pirámide de necesidades de Maslow (*vid.* gráfico), ocupa la cúspide en el proceso de búsqueda del bienestar personal. Este sería solo posible si las personas hacemos en cada momento lo que queremos hacer y como lo queremos hacer, de modo que seamos los beneficiarios de su utilidad (el tiempo = inversión), sin perder (malgastar) el tiempo y sin que nos sea «robado» («ladrones de tiempo»).

Gráfico. Pirámide de Maslow: jerarquía de necesidades



Cualquier jurista del trabajo ortodoxo se sumaría, con gusto, a quienes critican este tipo de enfoques psicoanalíticos (y de psicoterapias), a los que reprochan inventar y difundir conceptos ilusorios o imaginarios, más propios de la alquimia quimérica que de la ciencia, y desde luego de la ciencia jurídico-laboral. Sabido es que lo que define el tiempo de trabajo, con relación al tiempo –pretendidamente– opuesto (autodeterminación) de ocio y descanso, es, justamente, el de implicar un momento –largo– de puesta a disposición de otro, del empleador. Este, mediante contrato, «compra» o «alquila» esos momentos de vida personal para su uso en sentido únicamente productivo. La célebre Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 192/2003 es inequívoca al respecto: el tiempo de trabajo es de uso productivo, el tiempo de descanso es de uso libre, de autodeterminación.

Sin embargo, los especialistas de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) han asumido, redefinido e impulsado este concepto de «soberanía del tiempo» como uno de los imperativos determinantes del estándar de trabajo decente del futuro próximo (*Informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*, 2019, p. 41). No faltan los que asu-

---

La OIT ha impulsado este concepto de «soberanía del tiempo» como uno de los imperativos determinantes del estándar de trabajo decente del futuro

---



men ya la obligación de registro del tiempo diario de trabajo ([art. 34.9 Estatuto de los Trabajadores –ET–](#)), objeto de análisis en la [actualidad del número anterior de esta revista](#), como una expresión ambivalente de esta nueva necesidad de autorrealización. Así, para quienes sufren abusos en la jornada (por sobreexplotación –de terceros– o por autoexplotación), puede servir de garantía efectiva para recuperar o desarrollar esa «soberanía», asumiendo una organización más equilibrada de tiempos de vida y de trabajo –*vid.* OIT. (2019). [Guía para establecer una ordenación del tiempo de trabajo equilibrada](#)–; para quienes su organización del trabajo se basa en cumplir objetivos, contando con una gran capacidad de disposición de su tiempo (cuánto, cuándo y cómo), el efecto podría ser el opuesto ([pérdida de soberanía](#)).

No sorprende, pues, en este contexto dialéctico entre «soberanía»/«sujeción» sobre los tiempos de vida y de trabajo, que producido un primer «tsunami jurídico-laboral» (registro), el mundo de la empresa comience a sentir los efectos de un segundo, potencialmente más «peligroso» para los intereses productivos: la irrupción de la bautizada mediáticamente como «jornada a la carta» ([art. 34.8 ET](#)). Si el primero se percibe por la empresa como reflejo de un movimiento activista de la «policía laboral» (la Inspección de Trabajo y Seguridad Social), el segundo se percibe alentado por una intervencionista «autoridad judicial», que se tendría más propia del arbitraje de conflicto de intereses que de derechos. La cuestión del registro horario volvía la mirada a la duración (enfoque cuantitativo), la –pretendida– «jornada a la carta» se centra en su distribución flexible, no a favor de usos de empresa, sino de las necesidades de conciliación (dimensión cualitativa y bidireccional). A un breve análisis de las primeras, y controvertidas, experiencias aplicativas de esta reforma, en especial en sede judicial, dedicamos este editorial.

---

Producido un primer «tsunami jurídico-laboral» (registro), el mundo de la empresa siente los efectos de un segundo: la irrupción de la «jornada a la carta»

---

**2. ¿Qué alcance novedoso real tiene la reforma legislativa? Claves legales.** Puesto que el [artículo 34.8 del ET](#) es conocido, nos limitaremos a recordar los puntos más novedosos, antes de afrontar su aplicación jurisdiccional. En relación con la finalidad de la reforma legal, lo que quizás destaque más es la eliminación de la «razón conciliatoria de vida personal» para el ejercicio del derecho-expectativa razonable de adaptación del tiempo de trabajo. Algunos analistas lo valoran positivamente, en la medida en que esta razón individual carecería del fundamento constitucional de la conciliación por causa familiar ([STC 26/2011](#)). Mi parecer es desfavorable a esta opción. De un lado, se mantiene en el [artículo 44.1 de la Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres](#). De otro, reduce el concepto de familia ínsito en el [artículo 39 de la Constitución española](#) (CE) en relación con el [artículo 32 de la CE](#), en la medida en que dejaría fuera razones conciliadoras de la pareja, para facilitar su vida en común (el [Tribunal Superior de Justicia de Madrid niega a un matrimonio de azafatos viajar juntos](#)), aun sin descendientes o ascendientes (no expresado en el texto, queda claro que las razones de necesidad conciliatoria afectan también al cuidado

de ascendientes dependientes) que atender. Finalmente, también se ignora la dimensión constitucional de este derecho conforme a la cláusula del libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), ignorando toda idea de «soberanía razonable» de los tiempos de vida y de trabajo.

Si aparentemente restrictivo es con relación a la finalidad, expansivo se muestra con el objeto del derecho de adaptación razonable. No solo incluye novación de cualquier aspecto organizativo del tiempo de trabajo –distribución–, sino también del lugar (transición de una obligación de actividad a otra de resultado). Siendo, además, de ida y vuelta (derecho a tornar a la organización originaria).

Es, pues, un derecho dinámico, que admite novación posterior si median razones nuevas. Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Andalucía/Sevilla 1082/2019, de 11 de abril, asume esta facultad de novación del acuerdo que se adoptó precedentemente, pero rechaza la pretensión concreta de la solicitante por no constar cambios relevantes. Por su parte, la STSJ de Canarias/Las Palmas 255/2019, de 12 de marzo, no solo asume esta potestad, sino que reconoce en el caso tal novación de circunstancias, habilitadoras del cambio sucesivo.

Pero no cabe duda alguna que donde más novedad legislativa existe, también donde mayor controversia aplicativa hallaremos, es en relación con el procedimiento de ejercicio efectivo del derecho/expectativa de conciliación razonable. Si bien la norma sigue primando la fuente colectiva, ahora reconoce un auténtico derecho subjetivo a un procedimiento de negociación individual (con obligación empresarial de negociar de buena fe): derecho a solicitar, derecho a una propuesta razonable y derecho a recibir respuesta de buena fe. Esta es la gran novedad de la reforma (así lo entiende la Sentencia del Juzgado de lo Social –SJS– núm. 26 de Madrid, 191/2019, de 10 de mayo, considerando que obliga a una lectura sistemática también del art. 37.6 ET; que, sin embargo, parece rechazar la STSJ del País Vasco 1385/2019, de 9 de julio, que minimiza la reforma, considerando que excluye novaciones de tipo vertical, admitiendo solo las horizontales), incomprendida en la regulación precedente por la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo –SSTS– de 13 de junio de 2008, rec. 897/2007, y 661/2017, de 24 de julio), pese a la apertura, aun ambigua, del Tribunal Constitucional (acepta: SSTC 3/2007 y 26/2011; rechaza: STC 24/2011). La negociación es el camino preferente, pues, para lograr el acuerdo transaccional entre necesidades de conciliación y necesidades de empresa, actualizando la expectativa creada.

---

Ni basta la mera conveniencia conciliatoria ni existe obligación empresarial de aceptar la propuesta, solo de negociarla de buena fe

---

Por tanto, ni basta la mera conveniencia conciliatoria ni existe obligación empresarial de aceptar la propuesta (que, además, debe ser proporcionada), solo de negociarla de buena fe: debe plantear propuesta alternativa que posibilite, de forma razonable, las necesidades

de conciliación (juicio de buena fe) o justificar suficientemente –por escrito– la negativa (juicio de razonabilidad). La referencia explícita –antes implícita, por la doctrina constitucional– al respeto del derecho a la no discriminación en los criterios rige también la negociación individual. Para la seriedad del procedimiento se limitan las técnicas dilatorias (limitación temporal: máximo de 30 días). En definitiva, el objetivo es hallar un justo equilibrio entre ambas razones, eje central a cuyo logro deberán dirigirse todos los sistemas: colectivos, contractuales y judiciales.

**3. ¿Y en caso de desacuerdo o frustración del proceso negociador individual quién tiene la última palabra?** ¿La intervención judicial expresa un juicio de razonabilidad, o lo es más bien de oportunidad o equidad? Sin duda, la intervención judicial deviene central, consagrando el precepto estatutario una vía de judicialización, prevista en el [artículo 139 de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#) (LRJS), de dudosa eficacia.

Aunque no podemos profundizar aquí en este tema, un aspecto crucial para intentar desenmarañar la complejidad del papel de la jurisdicción en esta nueva regulación del conflicto conciliatorio de tiempos de vida y de trabajo, donde se entrecruzan aspectos de conflicto de derechos (solución interpretativa) y conflicto de intereses (creación de una nueva norma con relación al más justo equilibrio en la organización de jornada), sí conviene advertir que aquí los tribunales no ocupan una posición de equidad en sentido estricto, sino jurídica. Por tanto, no deberían emitir juicios de oportunidad (cuál es la mejor forma de conciliar las razones y los intereses de ambos sujetos de la relación de trabajo), sino de razonabilidad, en línea con una solución ya adecuadamente resuelta, al menos teóricamente, en relación con otros conflictos de esta naturaleza (como los del control judicial de las razones organizativas y productivas para los despidos –o novaciones– en interés de empresa). La ley llama expresamente a un juicio de proporcionalidad doble (necesidad, idoneidad y razonabilidad tanto de la propuesta, como de la negativa a la misma), a fin de alcanzar un justo equilibrio sobre las razones de necesidad que en ambos casos se esgrimen, ponderando adecuadamente las circunstancias concurrentes y, en modo alguno, un juicio de arbitraje en sentido estricto, menos de equidad u oportunidad. A mi juicio, esta idea subyace en la sugerente [STSJ de Canarias/Las Palmas 858/2019, de 27 de agosto](#), cuando revoca la de instancia social, que había establecido una solución propia, al margen de lo que se pedía por la trabajadora, en aras de ese equilibrio.

---

*La ley llama a un juicio de proporcionalidad doble (tanto de la propuesta, como de la negativa a la misma), ponderando adecuadamente las circunstancias concurrentes y, en modo alguno, un juicio de equidad u oportunidad*

---

**4. ¿Qué tiene que probar la persona trabajadora: que no puede conciliar de no adaptar su tiempo de trabajo o la necesidad de conciliación trabajo-familia?** Norma disruptiva para unos, que están creando una imagen de una «tormenta legal» –por lo general

sobre la base de una lectura maniquea de la regulación precedente (para una lúcida comprensión de la norma en su versión precedente, sustantivamente no disímil de la actual, *vid.* [STSJ de Andalucía/Sevilla 1281/2019, de 16 de mayo](#))–, con alto riesgo de mutar en «huracán jurisdiccional», imperativo de justicia, incluso de productividad, para otros, una mirada a la reciente (y no pacífica) práctica judicial con relación al sentido y alcance de este precepto evidenciaría que uno de los aspectos de mayor controversia es el relativo a la distribución de la carga de la prueba. ¿Qué probar y quién está obligado a hacerlo? ¿Cuál es realmente el alcance, a tales efectos, de tan ensoñador como polémico precepto legal, que permitiría obviar la reducción de jornada *ex artículo 37.6 del ET* (que tiene el coste de la reducción salarial), e incluso la excedencia (que tiene el mayor coste de privar de retribución), con una –pretendida– «jornada a la carta», adaptando a conveniencia su organización del tiempo –y lugar– de trabajo?

Al respecto, especial impacto mediático (que sigue casi sentencia a sentencia el modo en que evoluciona esta práctica –que presume conflictiva para la organización empresarial–) ha tenido la [STSJ de Galicia de 28 de mayo de 2019 \(rec. 1492/2019\)](#) –trabajadora a tiempo parcial e indefinida, que pasó de turno de noche a otro de tarde, pidiendo ahora el de día–. Alejándose de soluciones generales (enésima apelación a la belleza creativa de la norma de justicia del caso concreto), y reclamando sus precedentes anteriores a la reforma (lo que evidencia que el cambio no es tan radical, al menos para determinados tribunales, sí para otros, que vaciaron de sentido práctico el cambio legal, sujetándose a la neutralizadora jurisprudencia social), diferencia entre reducción de jornada, con concreción horaria dentro de la jornada ordinaria y sin novación (cambio de días de prestación, de turnos, etc.), que tiene como genuino «derecho personalísimo» de la persona trabajadora, y reducción de jornada con novación, negando que se genere un derecho automático o inmediato a tal concreción. En realidad, es un «derecho a la ponderación razonable de las circunstancias concurrentes» con fundamento en el derecho a la no discriminación por razón de sexo, en su dimensión constitucional, no tanto comunitaria (la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de septiembre de 2019, asunto C-366/18](#), niega encaje en la [Directiva 2010/18/CE](#), derogada por la [Directiva 2019/1158/UE](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional).

En el caso, la actora había acreditado que el horario del centro –y no solo de los cursos de educación infantil– es de 9:00 a 14:00. Es irrelevante –a diferencia de lo que sostiene la instancia social– la existencia o no de comedores o de servicios extraescolares, pues ni es de exigencia obligada ni puede prescindirse del coste económico que ello tendría: al no ser «gratuitos [...] entendemos que ello excede de lo que es ponderable por un órgano jurisdiccional». Tampoco tiene que acreditarse por la madre peticionaria que el padre no puede adaptar su jornada, o que no dispone de ayuda de terceros familiares (abuelos o no), siendo derecho individual. No existiría –como parece apuntar la instancia social– un pretendido derecho al disfrute conjunto de la vida en familia, que excede de lo que es ponderable por un órgano jurisdiccional. En cambio, la empresa no acredita ningún dato que permita afirmar que la petición de horario realizada por la trabajadora su-

ponga una imposibilidad, o que admitir el mismo sea notablemente gravoso, ni tampoco acredita que, por la concurrencia de más personas trabajadoras en situación análoga, le resulte más difícil tal aceptación. Al respecto, sí consta que las reducciones de jornada dentro de la plantilla de la empresa son mínimas en este momento. En esta línea, la [STSJ de Andalucía/Sevilla 1384/2018, de 3 de mayo](#) considera que corresponde a la trabajadora acreditar sus mayores razones conciliatorias solo cuando el empleador pruebe sus razones organizativas impositivas.

En cambio, para la [STSJ de Madrid 24/2018, de 15 de enero](#), conforme a la [STC 26/2011](#) (entre las «circunstancias familiares concurrentes [...] resultaba necesario tener en cuenta [...] la situación laboral de su cónyuge [...] y la posible incidencia que la denegación del horario nocturno al recurrente puede haber tenido para conciliar su actividad profesional con el cuidado de sus hijos [...]»), sí pondera la situación laboral del otro progenitor. Y ello «[...] por el principio de corresponsabilidad familiar [...] que destaca la citada ley orgánica [...]». De este modo, queda claro que la corresponsabilidad como factor de ponderación específico no solo es controvertido, sino que es peligroso, pues se corre el riesgo de perpetuar una situación discriminatoria que, sin embargo, se dice querer corregir. Los derechos de conciliación tienden a ser individuales e intransferibles, otra cosa es que se deba –por el legislador, por la negociación colectiva, por los poderes públicos– fomentar que se ejerzan de forma corresponsable, es decir, compartiendo los padres –o los progenitores– el trabajo de cuidar. Pero el juez social no puede ordenar la vida familiar en pareja y el reparto del trabajo de cuidar.

---

*La corresponsabilidad como factor de ponderación específico no solo es controvertido, sino que es peligroso, pues se corre el riesgo de perpetuar una situación discriminatoria*

---

Cosa distinta es confundir necesidades de conciliación con conveniencia de conciliar, pues la norma legal fija dos condiciones al derecho de adaptación de jornada –que, por tanto, ni es incondicionado ni mucho menos «a la carta»–: una causal, «necesidades de la persona», otra modal, propuesta de adaptación «razonable y proporcionada». Por lo tanto, conviene evitar los equívocos de un lado y de otro. No parece triunfar, pues, una suerte de «activismo judicial» de protección de la conciliación corresponsable convertida en condición para reconocer a la mujer, que se dice tutelar en última instancia, el derecho a la adaptación, con lo que se crearía un obstáculo judicial más en una realidad que, conforme a la experiencia y a la cultura sexista aún dominante, llevará a que esa conciliación (responsabilidad del trabajo de cuidar) se haga sobre medidas más gravosas para la mujer (reducción de jornada, excedencias). Al margen de la cuestión procesal de implicar a un tercero, que, en justa lid, debería también ser llamado a juicio. Una extremada complejidad que conviene evitar, para no deslizarnos sobre aguas todavía más pantanosas y claramente personales o de pareja –Casas Baamonde, M. E. (2019). «Soberanía» sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 3, 227-244–. Volveremos sobre este tema, siquiera brevemente, por su importancia y conflictividad actual.

**5. ¿Las expectativas iniciales de flexibilidad «a la carta» chocan con poderosas razones de empresa? ¿Qué comprensión judicial de las razones organizativo-productivas opuestas a las necesidades de adaptación arroja un primer balance de la práctica aplicativa?** Es aún pronto para hacer un balance suficientemente representativo. Pero parece claro que crece de forma notable esta conflictividad judicial, encontrándose una práctica bastante dividida, por lo que sería difícil concluir con certeza si va ganando el enfoque garantista (derecho de adaptación que limita la razón productiva) o el de gestión (la razón de empresa frustra la expectativa).

El –marcado– seguimiento mediático (sobre todo por la prensa más especializada en cuestiones económicas y de empresas) parece inclinarse por un balance negativo, de modo que las mayores expectativas iniciales de flexibilidad conciliatoria parecieran toparse de bruces con la realidad organizativa de nuestras empresas y una cierta comprensión hacia las mismas de los tribunales, por lo que el derecho sobre el papel se vería neutralizado por imposibilidad o dificultad excesiva organizativas. De este modo, tiende a concluirse, quizás algo a la ligera, que un destacado número de decisiones judiciales (por ejemplo, [STSJ de Cataluña 3269/2019, de 20 de junio](#)) estarían dando «portazo a la jornada a la carta» solicitada por la persona trabajadora, con la consiguiente significativa comprensión de las razones organizativas (por ejemplo, dificultad de elegir turnos) o económicas (por ejemplo, aceptar la solicitud le obligaría a contratar a más personas). Aunque, se insiste, el balance final es difícil de fijar sin un estudio cuantitativo suficiente –lo que hoy no sucede–, dependiendo más esa conclusión del punto de vista valorativo del que lo hace, queda claro que contamos con un buen número de experiencias que permiten identificar una significativa tipología de razones relevantes a fin de oponerse a la solicitud con visos de éxito. Así, entre otras:

---

Tiende a concluirse, quizás algo a la ligera, que un destacado número de decisiones judiciales (por ejemplo, [STSJ de Cataluña 3269/2019, de 20 de junio](#)) estarían dando «portazo a la jornada a la carta»

---

a) **La mayor demanda en el turno que se quiere novar, así como los eventuales conflictos con compañeros/as de trabajo, que también tienen sus necesidades de conciliación, como razones organizativas suficientes para rechazar la solicitud**

Así, por ejemplo, la [SJS núm. 3 de Gijón 338/2019, de 29 de agosto](#), rechaza la solicitud de una empleada de una clínica veterinaria que pedía cambiar el turno, y ello porque:

[...] no puede prevalecer sobre el interés de la empresa y de los compañeros [...], una fijación de turno en el trabajo para el cuidado de su hijo [...] mientras el centro de trabajo cuente con 3 veterinarios para atender un horario de 9 a 21 horas, y que suponga una limitación y restricción de los derechos de sus compañeros.

La sentencia no da pie a recurso, pues no se había solicitado indemnización ni alegado vulneración de derecho fundamental alguno. Craso error por parte de la defensa de los intereses de la trabajadora que ha perdido así una segunda oportunidad de examen de su causa. En sentido análogo, actualizando el muy extendido método de razonar judicial por la técnica del «corta-pegar», su [Sentencia 294/2019, de 27 de junio](#), con lo que parece que tiende a configurarse como práctica del juzgado.

b) La existencia de propuesta de la empresa alternativa a la solicitada evidenciaría una negociación de buena fe que favorece su posición, por sería, penalizando, en cambio, por rigidez, el rechazo, sin más, de la persona trabajadora

Este es el caso de decisiones como la SJS núm. 8 de Bilbao 217/2019, de 9 de septiembre, o la citada [STSJ de Andalucía/Sevilla 1082/2019, de 11 de abril](#), que denegó la adaptación de horario de la empleada de una gasolinera. En esta, junto a las serias dificultades organizativas que suponía, tuvo en cuenta las alternativas ofrecidas desde la dirección, que se acercaban «en cierta manera» a lo solicitado, sin que la trabajadora aceptara esa transacción (en la misma línea, la [SJS núm. 2 de Gijón 316/2019, de 29 de julio](#)). En cambio, justamente por mostrar rigidez el empleador, un [juzgado de lo social de Alicante \(septiembre de 2019\)](#) reconoce (la sentencia es firme) a una empleada de una tienda Primark (con un contrato a tiempo parcial de 30 horas semanales y franja horaria de mañana de lunes a domingo de 8:00 a 14:00, con 2 días de descanso semanal) su derecho a excluir los domingos, al tener un hijo menor de 12 años a su cargo. Invocó que el horario de su pareja, que también trabajaba de lunes a domingo (empresa de transporte público), les hacía imposible cuidar del niño. Le reprocha que ni negociara propuesta alguna ni en el juicio tratara de acreditar razones organizativas de peso para oponerse a la adaptación (en la misma dirección, las SSJS núm. 2 de [Guadalajara 166/2019, de 13 de mayo](#), y núm. 1 de [Palencia 236/2019, de 23 de julio](#), entre muchas más).

---

Le reprocha que ni negociara propuesta alguna ni en el juicio tratara de acreditar razones organizativas de peso para oponerse a la adaptación

---

c) El carácter de mayor o menor fungibilidad de las actividades desempeñadas por parte de la persona trabajadora: será más fácil aceptar la propuesta si es susceptible de sustitución por las tareas de otros compañeros, más complicado en caso contrario

No obstante, conviene aquí advertir, igualmente, una cierta discrepancia judicial. Si una parte significativa de las decisiones judiciales dictadas hasta ahora atienden como un criterio de relevancia, aunque no determinante, por supuesto, el relativo a la mayor o menor dificultad de sustitución de la persona trabajadora que solicita la novación, no faltan tribunales, como la sala de suplicación social canaria, que introducen matices importantes. Así, se exige a la empresa, en aplicación de su deber de negociar de buena fe, un ejercicio razonable de su deber legal de capacitación en tales casos. Por ejemplo, en un caso en el

que una auxiliar de clínica solicitó el cambio de turno por razones conciliadoras, alegando la empresa que le era imposible recolocar a la empleada en otro puesto similar debido a sus limitaciones funcionales, necesarias para un ejercicio óptimo del puesto (por ejemplo, idiomas, contabilidad), la sala canaria (Las Palmas) rechazó esta razón, porque la empresa «podría haber ofrecido formación en tales materias dentro del talante abierto que han de tener las partes en una negociación de estas características».

#### d) El tamaño de la empresa como factor para evaluar la capacidad de organización de la compañía

En efecto, junto a las eventuales fluctuaciones de actividad y los horarios del resto de la plantilla, la dimensión de la empresa es un factor a ponderar a la hora de comprender si las razones de la empresa son suficientes o no para oponerse a la adaptación novadora solicitada (por ejemplo, [STSJ de Canarias/Las Palmas 252/2019, de 12 de marzo](#), que pondera la mayor capacidad organizativa de una empresa de grandes dimensiones e integrada en un grupo nacional más amplio aún). En este sentido, la citada [SJS núm. 26 de Madrid 191/2019, de 10 de mayo](#), respaldó a una cajera cuya propuesta de reducción de jornada con cambio de turno se denegó. Asumida la razonabilidad de la pretensión conciliadora de la trabajadora –«a la vista del régimen de turnos rotativos del padre y de los horarios de las guarderías, la solicitud resulta plenamente ajustada», pues, de no admitirse la solicitud, la menor «podría quedar por las tardes en situación de desamparo»–, reconoce también que lo pedido genera disfunciones organizativas. Pero es gran empresa, por lo que debe agotar todas sus «posibilidades organizativas», de modo que no atienda solo a «la tienda en que presta sus servicios la actora» (FJ 4.º, punto 2), sino que debe explorar todas «las medidas que le permite la legislación laboral (arts. 39, 40 o 41 ET) para permitir su reorganización y minimizar los posibles perjuicios y disfunciones», aunque precise un tiempo adicional para su realización.

En definitiva, la potestad novatoria del empleador –incluso extraordinaria– se pone al servicio del derecho conciliatorio de la trabajadora, en aras del interés del menor, exigiéndose del empleador su ejercicio efectivo (en este caso, de movilidad locativa –a otros centros–), en la medida en que no resulta desproporcionadamente gravoso para este tipo de organizaciones. Por lo tanto, parece que la interpretación judicial del [artículo 34.8 del ET](#) introduciría una nueva causa organizativa de flexibilidad interna, a ejercer de forma obligatoria, no potestativa, so pena de tenerse por no suficientemente razonables sus razones de tal naturaleza para oponerse a la solicitud de novación de horario (el rechazo de la solicitud como una suerte de última *ratio*).

#### e) El carácter necesario –no solo conveniente– de la medida conciliatoria propuesta, por no existir alternativas menos exigentes que el cambio horario

Ya se ha recordado que el [artículo 34.8 del ET](#) no identifica la causa o razón del derecho que reconoce con la conveniencia o mayor facilidad de conciliar para las personas



trabajadoras, en aras del interés del menor, que siempre requeriría la mayor soberanía posible individual en el gobierno del tiempo de trabajo, sino con la «necesidad». Una exigencia coherente, por otro lado, con la exigencia modal de «razonabilidad», integrante de un juicio de proporcionalidad.

La citada [STC 26/2011](#) también apela a este criterio de valoración (a diferencia del [Auto del Tribunal Constitucional –ATC– 1/2009](#)). Precisamente, utilizando este criterio, un juez de Cáceres rechazó la petición de una dependienta de cambiar el día de descanso de viernes a sábado al valorar, por un lado, que durante el fin de semana la tienda facturaba más; y, por otro, que tal cambio no era la única medida a disposición de la trabajadora para satisfacer el interés conciliador. No faltan, además, algunos casos extravagantes, o incluso esotéricos, como el del tío que, sin pedirlo los padres, reclama adaptación de jornada para cuidar de su sobrina de 2 años. Se le deniega, naturalmente, en la medida en que no hay necesidad conciliadora alguna al respecto, al menos constitucional o legalmente protegida en tales casos, pues la patria potestad reside en los padres (SJS núm. 10 de Bilbao 287/2019, de 24 de septiembre).

**6. ¿La corresponsabilidad como presupuesto de la necesidad de conciliación de la vida laboral y familiar de las mujeres?: un criterio vaporoso y conflictivo que siempre vuelve.** Este último criterio nos vuelve a situar ante una cuestión muy espinosa, que está dando lugar a una gran fractura de la práctica judicial en los diferentes niveles de la jurisdicción ordinaria, acorde con la propia fractura

de la doctrina constitucional al respecto. Vimos como la sala gallega niega la legitimidad de toda forma de «externalización», transferencia o delegación del trabajo (no remunerado) de cuidar a otros «recursos personales», ya sean los abuelos (pese a que hoy crece el «síndrome de los/as abuelos/as esclavos/as»), ya el otro progenitor. Así lo asumió el [ATC 1/2009](#), que remite a la [STC 3/2007](#), en contra del criterio de la [STC 26/2011](#).

Esta última decisión constitucional está alimentando la posición de un buen número de resoluciones de los tribunales ordinarios, que valoran, entre las razones de necesidad conciliatoria de la persona trabajadora, cuál es la disponibilidad y el compromiso del otro progenitor (por ejemplo, SSJS núm. 1 de [Cáceres 158/2019, de 15 de julio](#), y núm. 3 de Bilbao 267/2019, de 11 de septiembre, etc.). En dirección opuesta, la SJS núm. 8 de Bilbao 242/2019, de 24 de septiembre (concede el cambio de turno sin reducción de jornada a una persona trabajadora masculina, con alto salario y una hija menor con dependencia III, trabajo a turnos alternos, incluyendo algunos sábados). Así, con cita del [ATC 1/2009](#), dirá:

[...] no se acredita que concurren causas [...] que impidan la concesión solicitada y el hecho que la esposa del demandante trabaje como peluquera autónoma no

---

La [STC 26/2011](#) está alimentando la posición de un buen número de resoluciones de los tribunales, que valoran cuál es la disponibilidad y el compromiso del otro progenitor

---

justifica tampoco su denegación, pues debe partirse [...] de que el titular del derecho no tiene que demostrar una especie de necesidad insuperable de conciliación y la imposibilidad de que concilie su pareja, si existe (o un familiar), teniendo que revelar innecesariamente datos de su vida familiar (art. 18 CE) al conocimiento ajeno [...]. Así las cosas, siendo la raíz de la negativa [...] el aumento de costes, no se ha acreditado por la empresa el perjuicio económico [...].

Asimismo, se insiste en el deber empresarial de acudir a su potestad novatoria, incluso extraordinaria, para «facilitar la conciliación de la vida familiar del actor y reorganizar dichos turnos o los que estime convenientes, con las facultades que le posibilita el ET» (FJ 2.º). En el mismo sentido, la SJS núm. 8 de Bilbao 217/2019, de 9 de septiembre (también es un trabajador el que solicita el cambio de turno, pero esta vez sí implica reducción de jornada).

En suma, desde esa posición hermenéutica, no es la adaptación-expectativa novatoria de la jornada una suerte de «última *ratio* conciliadora» (solo utilizable si no se puede «recolocar» el cuidado en otras personas del entorno familiar), sino el rechazo a su actualización en derecho concreto («última *ratio* empresarial»). Asimismo, no compete al juez un juicio de oportunidad sobre el mejor modelo de ejercer el derecho de conciliación, como sería el ejercicio corresponsable, pues en tales casos habría un derecho de autodeterminación razonable a la hora de decidir cuál es el mejor modelo, aunque se deba articular a través de un acuerdo transaccional, probando la necesidad y siguiendo un procedimiento negociador de buena fe, bidireccional.

**7. ¿Cabe el derecho de adaptación de jornada por razones familiares relativas al trabajo de cuidar a descendientes dependientes?** Ya vimos cómo el artículo 34.8 del ET, pese a la expectativa de universalidad subjetiva con que se abre (toda persona trabajadora tiene derecho-expectativa de conciliación), tiende a identificarla con el cuidado de descendientes, con el trabajo de cuidar a personas menores. Ahora bien, parece claro que la razón conciliadora tiene tanta dimensión constitucional, como dosis de realismo social, cuando se proyecta en las –crecientes– necesidades de cuidar a personas ascendientes (padres –«progenitores»–).

En este sentido, se pronuncia la [SJS núm. 2 de Valladolid 317/2019, de 31 de julio](#), que resuelve la controversia generada por la petición de un trabajador (presta servicios de limpieza en un hospital) de realizar solo turnos de tarde (horario de 15:00 a 22:00), excluyéndolo de los turnos de noche, por lo tanto, para atender su necesidad de conciliación: el cuidado de su madre, con 91 años y enferma. El hospital niega tal adaptación novatoria, 6 días después, sobre la base de la pretendida carencia de fundamento legal y la falta de prueba suficiente de la necesidad que esgrime. La sentencia da la razón al trabajador en estricta

---

La razón conciliadora tiene tanta dimensión constitucional, como dosis de realismo social, cuando se proyecta en las necesidades de cuidar a personas ascendientes

---

aplicación de la [STC 26/2011](#). Así, de un lado, sí aprecia la situación de necesidad, pues resulta manifiesto que, una vez acreditada la edad de la madre, la situación habilitadora de la facultad de adaptación es manifiesta. De otro lado, en cambio, la posición comunicada por la empresa estaría huérfana de prueba de «la existencia de dificultades en la organización del trabajo [...]».

### **8. Más allá del trabajo de cuidar a los demás («cargas familiares»): ¿hay derecho a una «jornada a la carta» –aun con menú reducido– para recuperar una vida de pareja?**

La pregunta, que ya no tiene una respuesta tan clara, es la relativa a las razones de conciliación de la vida personal, en aras, justamente, de una auténtica «soberanía del tiempo de trabajo» al margen de las «responsabilidades familiares» (que condicionan tanto o más que el trabajo productivo el tiempo de autodeterminación de vida). Ya se dijo el favor con que se ha acogido esta restricción legislativa por ciertos sectores de análisis y opinión, dando cuenta de algún pronunciamiento reciente en tal sentido (pareja de azafatos), evidenciando, por mi parte, la crítica desde el plano jurídico, sin que merezca la pena volver sobre ello. Ahora apelaré, sin embargo, a un argumento de «actualidad» y realismo, para evitar que los razonamientos se desenvuelvan en la abstracción. A tal fin traigo una noticia, relativa a la campeona española de natación sincronizada, Ona Carbonell.

Tras confesar que «le asusta» otro vacío, «el vacío tras la retirada», por lo que realiza terapia psicológica, reconoce que lo deja, defraudando las expectativas que se tenían con ella para los próximos Juegos Olímpicos (Tokio 2020), por resultar a todas luces inconciliable con su vida familiar: «[Dos familiares están enfermos y sentí que, por primera vez en mi vida, debía priorizar la familia al deporte](#)». En un testimonio estremecedor recuerda, la española con más medallas, lo que todos sabemos: maximizar el rendimiento laboral y la vida familiar fue, es y será incompatible. Es la familia la que se sacrifica para ese rendimiento, no viceversa. Todo lo demás son «milongas» o quimeras. Pero va más allá, refiriendo a su relación de pareja. Mi enfoque aquí –insisto– es jurídico, no sociológico, pero no me resisto –porque es difícil expresar con más realismo y emoción el conflicto conciliatorio, no solo para las personas deportistas de élite<sup>1</sup>– a reproducir algunas de sus palabras:

---

En un testimonio estremecedor recuerda, la española con más medallas, lo que todos sabemos: maximizar el rendimiento laboral y la vida familiar fue, es y será incompatible

---

<sup>1</sup> La [STSJ de Cataluña 1171/2019, de 6 de marzo](#), confirma –revocando la decisión anulatoria de la instancia o primer grado social– la validez de la cláusula contractual que requiera del trabajador (programador de robots) disponibilidad total de movilidad a nivel mundial. Para el tribunal, se trata de una compañía internacional, por lo que los traslados temporales «son parte de la actividad de la mercantil». No obstante, se declara la improcedencia del despido al entender que el incumplimiento no reúne la gravedad suficiente para una sanción tan grave como es la de despido.

[...] Llevo toda la vida poniendo el deporte por encima de las personas y, por primera vez, sentía de corazón que tenía que priorizar a mi familia. Eso es incompatible con un año olímpico, que es lo más maravilloso para un deportista, pero exige estar permanentemente viajando y entrenando [...]. Mi corazón y mi cabeza no estaban en la piscina. [...] En una situación tan delicada como la actual, te das cuenta de que lo que más importa en esta vida es la gente que quieres y yo les he faltado. Ahora voy a estar. Para mi familia y para mi pareja, que llevo once años con él y no hemos podido tener una vida de pareja normal ni un minuto.

En suma, se abren aquí nuevos frentes de controversias que, lógicamente, deberán ser los tribunales los que los afronten. A tal fin, ponderarán adecuadamente las circunstancias concurrentes relativas a las necesidades «individuales» de las personas trabajadoras y las de las empresas, sobre bases parcialmente diversas, eso sí, a las necesidades familiares (el trabajo de cuidar a las personas descendientes menores –¿de 12 años?– o ascendientes –dependientes–), decidiendo, como es habitual, caso a caso (el eterno arte de lo bello y lo justo, también de lo imprevisible, de la norma del caso concreto). Convendrá recordar que la ley no busca tan solo un cambio de marco regulador, sino de cultura, y, en ese cambio, la vida personal, al margen de la familiar, debe hallar también su espacio.

### 9. La novación a la modalidad contractual de teletrabajo como opción del derecho a la «jornada a la carta».

Entre las auténticas novedades del artículo 34.8 del ET, se recordó la posibilidad que la norma legal prevé de utilizar como medida de conciliación no solo el tiempo de trabajo, sino también el lugar de prestación de servicios. Pues bien,

esa opción legislativa también se ha refrendado en sede judicial, con la [SJS núm. 1 de Martaró 251/2019, de 12 de septiembre](#). La sentencia estima la demanda interpuesta por la trabajadora (fisioterapeuta) sobre concreción horaria, con reducción de jornada (85 % de su jornada laboral por cuidado de un hijo menor de 12 años desde 2013), y novación de su distribución. Entre las propuestas que realizaba –más de una–, cumpliendo plenamente la condición de adaptación razonable, incluía la posibilidad de trabajar parcialmente a distancia (30 minutos). Frente a ello, la empresa rechazó la propuesta, sin más argumento que la imposibilidad de acomodar tal propuesta a su planificación a tal fin en el centro (residencia geriátrica), chocando de raíz con los intereses organizativos.

En la sentencia se asume un específico enfoque constitucional de género (protección prevalente de las razones de la persona trabajadora por el riesgo de discriminación), además de un cuidadoso método de ponderación de todas las «concretas circunstancias personales y familiares que concurren en el trabajo, así como la organización del régimen de trabajo de la residencia en la que presta servicios para ponderar si la negativa empresarial

---

Entre las auténticas novedades, la norma legal prevé utilizar como medida de conciliación el lugar de prestación de servicios

---

a su pretensión constituye o no un obstáculo injustificado para la compatibilidad de su vida familiar y profesional». Al respecto, de interés es reseñar que sigue también la doctrina de la citada [STC 26/2011](#), por lo que no descarta atender a la «situación laboral de su cónyuge», pero sí excluyendo por completo la eventual disponibilidad de otros parientes (los abuelos). Aunque pesará más, en su decisión final, si la empresa acredita o no «graves dificultades organizativas suficientemente importantes como para excluir dicha petición». En el caso, se pondera de una forma prevalente las razones de necesidad conciliatoria sobre las organizativas, porque «[...] una parte del trabajo de fisioterapeuta consiste en rellenar el historial de los residentes en un sistema informático».

Además, la sentencia evidencia una cierta mala fe de la empresa, destacando la dilación que se produjo desde la recepción de la solicitud hasta la respuesta: 1 mes. La ausencia de buena fe (o al menos de espíritu colaborativo alguno; desde luego, la falta de empatía) del empleador se pondría de manifiesto no solo por esa dilación en el inicio del proceso de negociaciones, sino también por la falta de seriedad del mismo, pues la denegación tuvo lugar el mismo día en el que se reunió con la trabajadora.

**10. ¿Cabe indemnización en caso de negativa injustificada a una persona trabajadora, más si es mujer, de su derecho-expectativa de conciliación razonable del trabajo en la empresa con el trabajo de cuidar?** Tampoco hay suficiente consenso judicial al respecto, ni con relación a si procede o no el derecho indemnizatorio ni, mucho menos, al *quantum*, en caso de que se reconozca aquel. La citada [STSJ de Canarias/Las Palmas 858/2019, de 27 de agosto](#), sí lo reconoce.

El fundamento de tal derecho residiría en la existencia de un daño discriminatorio. Sin embargo, sorprende que, aceptándose –correctamente– esa base, luego se fije una cantidad muy exigua –3.125 €: la media pretendidamente virtuosa, en sentido aristotélico, al estar entre los 626 € del grado mínimo y los 6.250 € del grado máximo del [art. 40.1 b\)](#) en relación con el [art. 7.5 Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social](#) (LISOS) (infracción grave de normas relativas al tiempo de trabajo)–, cuando hubiera procedido, cuando menos, lo solicitado por la trabajadora –6.251 €, aplicando el mínimo del [art. 40.1 c\)](#) en relación con el [art. 8.12 LISOS](#) (infracción muy grave al vulnerar la prohibición de discriminación, en este caso por razón de sexo)–. A mi juicio, el derecho a una indemnización resarcitoria se engarza en el ejercicio del derecho de reducción de jornada, lo que exige que su interpretación y aplicación se realice también con perspectiva de género, y sin perjuicio, claro está, de atender a otras circunstancias, como la dimensión de la empresa (por ejemplo, [Auto del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2019, rec. 3209/2018](#), que deja firme la [STSJ de la Comunidad Valenciana 902/2018, de 13 de marzo](#); también la [STSJ de la Comunidad Valenciana 27/2019, de 8 de enero](#)).

---

Tampoco hay suficiente consenso judicial ni con relación a si procede o no el derecho indemnizatorio ni, mucho menos, al *quantum*, en caso de que se reconozca aquel

---

Precisamente, al rechazar el fundamento del derecho indemnizatorio en la prohibición de no discriminación (por entender que las medidas legales de conciliación son aplicables por igual a hombres y mujeres), agotándolo en un plano de legalidad ordinaria –[art. 139 LRJS](#)–, negará el resarcimiento la [STSJ de Madrid 413/2019, de 5 de abril](#). A su juicio –errado, al mío–:

En lo que se refiere a la petición acumulada de indemnización por perjuicios causados, ya hemos dejado dicho que no cabe apreciar en el presente caso lesión de derecho fundamental. Por tanto, la posible indemnización por perjuicios tendría que venir dada por razones de legalidad ordinaria, cuando la negativa empresarial haya obligado al trabajador/a a incurrir en gastos para atender la necesidad familiar a cuyo fin solicitó la adaptación horaria.

La contradicción es manifiesta con la [STSJ de Madrid 72/2019, de 25 de enero](#). Esta, una vez reprochada al recurrente su falta de diligencia a la hora de fundamentar la indemnización que pretende –3.000 €–, en aplicación del [artículo 139 de la LRJS](#), pues, si pretende daños materiales, no se habrían probado, y si pretende daños morales, tampoco los habría fundamentado de manera adecuada, concluye que, «[...] ante la magra actividad probatoria desplegada por la demandante, la sala considera que debe fijar, prudencialmente, tal indemnización por daños morales en la cantidad de 1.500 euros» (FJ 27.º). En este caso, sí presume daños morales, si bien tampoco hay motivo alguno para celebrar, en el plano jurídico, esta sentencia, pues amerita la misma crítica que le hace a la defensa letrada: demasiado «magro» su razonamiento jurídico, pues no fundamenta ni la causa de la indemnización –que debería ser el [art. 183 LRJS](#)– ni hace lo propio con el *quantum*, más allá, claro, del criterio de prudencia aristotélica –pides 3.000, te doy la mitad–.

También incurre en deficiente administración de justicia resarcitoria la [SJS núm. 1 de Mataró 251/2019, de 12 de septiembre](#), que sigue a pies juntillas la doctrina de suplicación canaria ya citada ([STSJ de Canarias/Las Palmas 252/2019, de 12 de marzo](#)), reconociendo una cuantía de 3.125 euros, por las mismas razones expuestas anteriormente. Ahora bien, hay diferencias en el caso concreto que evidencian una mayor insuficiencia protectora, pues a la infravaloración del daño discriminatorio –se queda en la legalidad ordinaria–, diluido además en el daño moral más tradicional («el precio del dolor de madre ante la incertidumbre del cuidado»), se suma la confusión del daño moral con el daño psicológico (biopsicosocial): «Entendiéndose [...] que dichos daños morales resultan acreditados por la situación de ansiedad que viene sufriendo la actora, existiendo parte médico, [...] [de] institución pública, [...] [y] plena relación de causalidad entre el estado de ansiedad que padece y la denegación [...]» (FJ 5.º). Consecuentemente, una conducta empresarial que genera tres tipos diversos de daños (discriminatorio, moral y biopsicosocial) se salda con la «friolera» de 3.125 euros.

**11. Otra vez «en el nombre del padre»: ¿las jornadas demasiado prolongadas de trabajo pueden costar la custodia compartida?** Los derechos (facultades)-deberes (responsabilidades) de conciliación de la vida laboral y familiar no solo se juegan en el ámbito

laboral, también en el ámbito civil. Diversas noticias difundidas en los últimos meses evidencian una realidad cada vez más presente: los excesos de jornada de trabajo, en especial en ciertos sectores, se están revelando también como fuente de un riesgo civil de pérdida de derechos de esta naturaleza, pudiendo privar de derechos civiles como el de obtener o conservar la custodia de los hijos en los casos de divorcio o, cuando menos, reducir las oportunidades para ello.

La disponibilidad real de tiempo para ejercer la conciliación aparece en el orden civil de la jurisdicción como condición para aquella custodia –aun compartida–, cuando se producen las crisis matrimoniales y se establecen unidades familiares separadas. Consecuentemente, **los progenitores con horarios más complicados deberán realizar un esfuerzo extra para conciliar**. Así lo confirmaría la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Badajoz 524/2019, de 9 de julio, que retiró la custodia compartida a un camarero porque su horario era incompatible con el cuidado de sus hijos. La madre –que trabaja de limpiadora en horario de mañanas– pidió la custodia monoparental a su favor después de que el padre se quedara dormido varias veces y no llevara a sus hijos al colegio. La actividad laboral de los progenitores, a veces, puede constituir un obstáculo para el buen fin del régimen de custodia compartida (por ejemplo, STS, Sala de lo Civil, 30/2019, de 17 de enero).

---

La actividad laboral de los progenitores, a veces, puede constituir un obstáculo para el buen fin del régimen de custodia compartida

---

Con todo, recuerda la Audiencia Provincial de Badajoz, con una dosis de sano realismo, el modelo de custodia compartida no puede estar previsto de forma ideal, tan solo para los progenitores que o estén empleados con horarios flexibles o se mantengan desocupados. En una sociedad donde es habitual que ambos padres trabajen a tiempo completo y donde las actividades diarias de los menores son múltiples:

[...] el cumplimiento de los deberes parentales no es siempre personalísimo. No es posible que uno mismo lo haga todo [...]. De ahí que la ayuda familiar y la ayuda externa estén a la orden del día [...]. Eso sí, estamos hablando de complementar, no de sustituir al progenitor en los quehaceres que le son propios. La delegación ha de ser puntual, no total. En este caso, quiebra el interés del menor y hace inviable cualquier tipo de custodia [...] (FJ 4.º).

En el asunto, aunque se reconoce al padre la honestidad de admitir que en más de una ocasión se quedó dormido, por las larguísimas jornadas, se concluirá su indisponibilidad real para el trabajo de cuidar. Por lo que fijará una pensión de 150 euros para cada uno de los hijos, quedando el tiempo de presencia en visitas los fines de semana alternos y vacaciones al 50 % con cada uno de los progenitores. La sentencia, que es firme y contra la que no cabe recurso, considera que la custodia compartida no es exclusiva para desem-

pleados o trabajadores con horarios flexibles, pero incide en que siempre debe prevalecer el bienestar del menor. Siendo razonable la decisión judicial, la doble penalización (laboral y familiar) para estos trabajadores está servida, sin que sean casos aislados, ni mucho menos (por ejemplo, [SAP de A Coruña 52/2019, de 7 de febrero](#), que retira la custodia a un padre por dejar regularmente a su hijo al cuidado de los abuelos, también por sus largas jornadas).

Emerge, pues, de esta doctrina judicial civil una pregunta laboral: ¿puede considerarse como motivo suficiente –razón de necesidad de conciliación– para solicitar la citada «jornada a la carta» (la formulación hace fortuna, al margen de su incorrección técnica, como sucede con otras, como, por ejemplo, el «derecho al olvido») el eventual riesgo de perder la custodia de los hijos menores? A mi juicio, la respuesta parece claramente positiva. En consecuencia, el derecho social de conciliación razonable de la vida laboral y familiar ex [artículo 34.8 del ET](#) actuaría como una garantía de efectividad real del derecho-deber civil a la patria potestad ex [artículo 154 del Código Civil](#), en general, y, más concreta y efectivamente, al derecho a la custodia de los mismos para las situaciones de separación de unidades familiares por crisis matrimoniales, sea en exclusiva sea, en especial, compartida, en aras, nuevamente, del principio de corresponsabilidad.

---

El derecho social de conciliación razonable de la vida laboral y familiar ex artículo 34.8 del ET actuaría como una garantía de efectividad real del derecho-deber civil a la custodia compartida, en aras, nuevamente, del principio de corresponsabilidad

---

**12. ¿Y en el futuro qué?: el papel de la negociación colectiva y de la jurisprudencia social en la reconducción de un panorama extremadamente incierto.** Aunque el balance que aquí se ha realizado de las primeras experiencias aplicativas de la mal llamada «jornada a la carta» nos permite precisar las respuestas a algunos problemas aplicativos de la reforma legal, sin duda son más los interrogantes que quedan abiertos, una vez evidenciada la conflictividad, creciente en este ámbito. Sin perjuicio de reseñar el papel de la intervención judicial en la clarificación de los mismos, conviene también aquí ser realistas –a veces este tipo de normas adolecen de un exceso de idealismo, también ciertas interpretaciones–, poniendo de relieve que no será, en modo alguno, la judicialización normalizada o generalizada la vía más justa, eficaz y eficiente para afrontar este tipo de conflictos –de derechos, sí, pero también de intereses legítimos muy complejos de resolver en una decisión «arbitral»–, sin duda sistémicos o estructurales en las empresas de nuestro tiempo y que irán aumentando en el futuro. Por eso, junto al papel de los poderes públicos, a través de las políticas de fomento (socialización de los costes de este trabajo de cuidar, por su dimensión de interés general, facilitando su externalización a través de servicios sociales o de mercado subvencionados), hay que destacar preponderantemente el de la autonomía colectiva, que a través de la negociación colectiva debe establecer las reglas más adecuadas para una ordenación más equilibrada, en términos de justicia y eficiencia, del conflicto trabajo-familia en las empresas, en todo tipo, no solo en las grandes.



Justamente, el refuerzo de la posición individual promovido por la norma legal puede ser una gran oportunidad para, ahora sí, tomarse más en serio esta cuestión, de modo que haya una negociación más extendida, porque la patronal sí tiene ahora claras razones para facilitarlos. Para prevenir escenarios conflictivos, o al menos contar con más mecanismos de gestión, las empresas deberían regular en sus convenios de empresa los términos del derecho a la adaptación de jornada.

En otro caso, o la empresa acepta la solicitud de adaptación o se entrará en un contexto o ambiente de tensión a raíz de la conflictividad entre ambas partes, que, de nuevo, llevará al lugar en el que no debiera terminar: la judicialización. Por supuesto, todo eso podrá ser creíble si, con carácter general, también la negociación colectiva asume su responsabilidad con la promoción de la igualdad real entre mujeres y hombres, en vez de seguir actuando en la práctica como una fuente de obstaculización, cuando no de perpetuación de discriminaciones. Solo por citar un ejemplo muy reciente, la [STS 589/2019, de 16 de julio](#), ha calificado de discriminatoria y contraria a la conciliación una cláusula convencional que requiere, para el cálculo de un complemento vinculado al trabajo durante un número de horas («complemento personal no absorbible de adaptación a la nueva jornada de carácter variable»), excluir el tiempo de baja por causas asociadas al alumbramiento (maternidad, paternidad, riesgo en el embarazo o riesgo en la lactancia, adopción o acogimiento de menores).

La sala de casación revoca la [Sentencia de la Audiencia Nacional 11/2018, de 22 de enero](#), y apela, entre otras razones, como la transversalidad del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de los derechos de conciliación, al contemporáneo enfoque comunitario. A tal fin, aunque la [Directiva 2019/1158](#) aún no es aplicable por razones cronológicas, sí es útil como uno de los criterios orientadores a seguir en la interpretación de las normas actuales. Así establece que: «Las políticas de conciliación [...] deben contribuir a lograr la igualdad de género promoviendo [...] el reparto igualitario de las responsabilidades en el cuidado de familiares entre hombres y mujeres [...]» (considerando 6).

No será fácil, sin embargo, que el Tribunal Supremo pueda establecer criterios de unificación en la materia aquí analizada ([art. 34.8 ET](#)), no ya porque, en principio, se trate de una materia que no es, en línea de principio, recurrible ([art. 139 LRJS](#); [STS de 28 de junio de 2013, rec. 4213/2011](#); [STSJ de Madrid 234/2019, de 28 de marzo](#)), llamando al protagonismo de instancia, en la que los criterios son muy dispares, dado que hay varias vías abiertas para el recurso –por ejemplo, petición de indemnización por lesión de derecho fundamental–. La experiencia así lo demuestra (por ejemplo, [STSJ de Madrid 778/2017, de 19 de julio](#)). El verdadero problema está en su carácter extremadamente casuístico, pues, de conformidad con lo que se ha señalado, estamos ante una típica cuestión de ponderación de un sinnúmero de circunstancias *de facto* –personales, familiares, laborales, organizativas, etc.–. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que están en juego no solo aspectos de legalidad ordinaria, sino también de trascendentales derechos fundamentales, por lo que ha de primar esta trascendencia de los bienes en juego a eventuales obstáculos procesales.

En todo caso, insistimos, lo que parece disfuncional es el mecanismo mismo de la intervención judicial, tratándose más bien de un conflicto prototípico para la técnica de la conciliación extrajudicial. En suma, también es posible que el riesgo de deriva de la práctica hacia el «arbitraje judicial» –en alguna ocasión incluso más de equidad que de derecho–, en vez de perfeccionar el debido juicio de razonabilidad, optando por una de las partes sin reparar en las soluciones propicias al equilibrio, pueda tener su efecto incentivo de la negociación, como se ha dicho, tanto colectiva como individual. Pues: «Sabido que tienen más que perder, si el árbitro elige la posición final de la otra parte, los participantes están más dispuestos a hacer concesiones en la negociación para llegar a su propia solución» –Bazerman, M. H. y Neale, M. A. (1993). *La negociación racional en un mundo irracional* (p. 122). Barcelona: Paidós–.

Sea como fuere, lo cierto es que estamos ante bastante más que cambios legislativos y desafíos organizativos para las empresas. Se trata de un hondo cambio cultural que la sociedad debe asumir y desarrollar en su conjunto, siendo las empresas, en especial las de dimensiones más significativas, también las más competitivas, solo «motores del cambio», no las «supremas hacedoras». La cuestión es global, social, y, por lo tanto, la solución debería serlo también, en aras de una igualdad efectiva entre mujeres y hombres y un desarrollo más cualitativo del trabajo social de cuidar, que debe compartirse entre progenitores (compromisos de corresponsabilidad) y poderes públicos (promoción de la corresponsabilidad, también de servicios de apoyo para el trabajo de cuidar de una manera más compartida).

---

Estamos ante bastante más que cambios legislativos y desafíos organizativos para las empresas. Se trata de un hondo cambio cultural que la sociedad debe asumir y desarrollar en su conjunto

---

**Cómo citar:** Molina Navarrete, C. (2019). «Autodeterminación» («soberanía») sobre el tiempo y adaptación de la jornada «a la carta» por razones conciliatorias: entre utopías, derechos y quimeras. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 441, 5-24.



# El modelo de protección del trabajo autónomo en España: avances en la acción protectora y déficits de regulación normativa

**Juan José Rodríguez Bravo de Laguna**

*Profesor ayudante doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de La Laguna*

Este trabajo ha obtenido un accésit del **Premio Estudios Financieros 2019** en la modalidad de **Trabajo y Seguridad Social**.

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

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

## Extracto

En estos más de 10 años de vigencia de la Ley del Estatuto del trabajo autónomo, como primer marco específico protector del trabajo por cuenta propia, han ido acaeciendo una serie de transformaciones económicas, sociales y laborales, que han ido requiriendo su debida actualización. Así, a finales del año 2017 se promulgó la Ley 6/2017, de 24 de octubre, que introdujo importantes reformas. En esta misma línea de actuación prosigue, 1 año más tarde, el Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre. En un giro de 180 grados respecto de la tradicional configuración voluntarista y flexible de la protección social del trabajo autónomo, se viene a definir como obligatoria tanto la cobertura por contingencias profesionales como por cese de actividad. Por otro lado, la implantación de las nuevas tecnologías y la ausencia de un marco regulador de la materia han dado lugar a una afluencia de falsos autónomos, tratando ahora de facilitar la labor de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para su detección. Por último, el continuo énfasis del Ejecutivo en la protección del trabajo autónomo trae, como lógica consecuencia, reformas legales para favorecer el disfrute de ayudas económicas. El presente estudio aborda el análisis exhaustivo del vigente marco regulador bajo una visión crítica de las novedades incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico.

**Palabras clave:** trabajador autónomo; Seguridad Social; cotización.

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

**Cómo citar:** Rodríguez Bravo de Laguna, J. J. (2019). El modelo de protección del trabajo autónomo en España: avances en la acción protectora y déficits de regulación normativa. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 441, 25-50.





# Protection model of self-employment in Spain: progress in the protective action and setbacks of normative regulation

Juan José Rodríguez Bravo de Laguna

## Abstract

Within more than 10 years of application of the Self-Employment Statute Law, as the first specific protective framework for self-employment, a series of economic, social and labour transformations have been taking place, which have required its updating. Thus, at the end of 2017, Law 6/2017 of 24 October was enacted, which introduced important reforms. Along the same lines, Royal Decree-Law 28/2018, of 28 December, continues 1 year later. In a turn of 180 degrees with respect to the traditional voluntary and flexible configuration of the social protection of self-employment, both coverage for professional contingencies and for cessation of activity are defined as compulsory. On the other hand, the introduction of new technologies and the absence of a regulatory framework in this area has led to an influx of workers engaged in false self-employment, trying now to facilitate the work of the Labour and Social Security Inspection to detect them. Finally, the permanent Government's emphasis on the protection of self-employment brings, as a logical consequence, legal reforms to promote the enjoyment of economic aids. This study deals with the exhaustive analysis of the current regulatory framework under a critical view of the new features incorporated into our legal system.

**Keywords:** self-employment; Social Security; contribution.

**Citation:** Rodríguez Bravo de Laguna, J. J. (2019). Protection model of self-employment in Spain: progress in the protective action and setbacks of normative regulation. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 441, 25-50.



## Sumario

1. Introducción: auge y desarrollo del trabajo por cuenta propia
2. Avances en la acción protectora: hacia la homogeneidad con el RGSS
  - 2.1. La obligatoriedad en la cobertura de las contingencias profesionales
  - 2.2. Novedades en la prestación por cese de actividad
    - 2.2.1. Su nuevo carácter obligatorio
    - 2.2.2. Alcance de la protección
    - 2.2.3. Tramitación y gestión de la prestación
    - 2.2.4. Duración de la percepción del subsidio
    - 2.2.5. Forma de financiación
    - 2.2.6. Formalidades en el proceso de resolución de las reclamaciones previas: algunas deficiencias en materia procesal
3. Medidas contra el fraude: la lucha contra la figura del falso autónomo
4. La financiación del RETA: de un sistema «a la carta» a una carta sin opciones
  - 4.1. Elevación de las bases de cotización
  - 4.2. Nuevos tipos de cotización aplicables
  - 4.3. La necesidad de un sistema de cotización adaptado a los nuevos modelos de negocio
5. A vueltas con la denominada «tarifa plana»
6. Reflexiones finales: liderar en un entorno cambiante

Referencias bibliográficas

## 1. Introducción: auge y desarrollo del trabajo por cuenta propia

La promulgación de la Ley del Estatuto del trabajo autónomo (LETA) en el año 2007 permitió disponer de una regulación sistemática y unitaria del trabajo autónomo. Su potencial creador de riqueza y empleo, tanto como autoempleo como de trabajo por cuenta ajena, ha hecho que haya sido objeto de intensas y extensas reformas en los últimos años. Ahora, el punto de mira se ha puesto en su protección social. El pasado 1 de enero de 2019 entró en vigor el 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<sup>1</sup>. Se contemplan en el mismo un conjunto de medidas en materia de Seguridad Social que afectan fundamentalmente a los siguientes ámbitos: revalorización de pensiones y otras prestaciones públicas, establecimiento de bases mínimas y máximas de cotización para 2019, nuevos convenios especiales que se pueden suscribir con la Seguridad Social y reformas en el régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos (RETA).

Por segundo año consecutivo, se introducen reformas de calado en torno a la protección social de los trabajadores autónomos. Recuérdese al respecto que, el pasado año 2017, se promulgó al efecto la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de reformas urgentes del trabajo autónomo. Las modificaciones objeto de la citada ley ya fueron calificadas como «reforma inacabada». Con carácter más reciente, se introduce un segundo grupo de medidas que, por su extensión e importancia en el texto del Real Decreto-Ley 28/2018, constituyen uno de los elementos centrales de análisis del presente artículo. En todo caso, no cierran el círculo, por lo que el calificativo de «reforma inacabada» sigue teniendo plena validez. Cuestiones trascendentales como la cotización por ingresos reales o a tiempo parcial siguen sin abordarse.

Diversos factores han favorecido que en los últimos años se haya reformulado la protección social del trabajo autónomo. En concreto, la creciente externalización de servicios hacia trabajadores por cuenta propia, el surgimiento de nuevos modelos de negocio con la economía de las plataformas digitales o las sucesivas políticas de fomento del emprendimiento se encuentran en la base de la necesidad de prestar atención jurídica a estas nuevas realidades de trabajo. Se viene tratando, en definitiva, de equiparar la estructura

---

<sup>1</sup> Sobre su fecha de entrada en vigor, véase su disposición final undécima.

y acción protectora del RETA a la del régimen general de la Seguridad Social (RGSS), un proceso que se ha de calificar como tendente a la equiparación, por cuanto siempre deberán tenerse en cuenta las particularidades o singularidades de la prestación de servicios por cuenta propia. La inexistencia de un tercero al que diferir el cumplimiento de las obligaciones en materia de Seguridad Social es precisamente lo que justifica la necesidad de un régimen diferenciado.

Así, es posible comprobar cómo se produce un goteo de medidas (Fernández, 2019, p. 6), que únicamente reforman aspectos concretos de la tutela social de los trabajadores autónomos. Las modificaciones más recientes afectan a algunos de los grandes pilares en torno a los que se estructura el régimen de Seguridad Social de este colectivo. En particular, se ven afectados aspectos relacionados con la acción protectora, la cotización y la financiación. Pero también se adoptan medidas sancionadoras en la lucha contra la figura del falso autónomo.

## 2. Avances en la acción protectora: hacia la homogeneidad con el RGSS

### 2.1. La obligatoriedad en la cobertura de las contingencias profesionales

La Ley general de la Seguridad Social (LGSS) dedica el título cuarto al RETA. Dentro del mismo, su capítulo tercero se centra en la acción protectora. Su artículo 315 es claro al establecer la obligación que tienen los autónomos de cubrir la prestación de incapacidad temporal por contingencias comunes con una mutua colaboradora. Una regla general que viene matizada por dos excepciones, referidas a los autónomos agrarios y a quienes por encontrarse en situación de pluriactividad ya la tengan cubierta en otro régimen de la Seguridad Social.

De las contingencias profesionales se ocupa el artículo 316 de la LGSS, regulando, hasta ahora, su cobertura en términos facultativos, al indicar que el autónomo «podrá mejorar voluntariamente el ámbito de su acción protectora incorporando la correspondiente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales». Solo se había previsto su cobertura obligatoria en dos casos, para los trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE) y para quienes realicen una actividad en la que por su peligrosidad así se determine. Esta voluntariedad había dado como resultado que, mayoritariamente, no se escogiera dicha opción por suponer un encarecimiento en la liquidación mensual. Una flexibilidad que había dado lugar a calificar el RETA como un régimen que permite elegir un menú de Seguridad Social (Comisión de expertos, 2005, p. 148). Una opción heterodoxa en el marco de una Seguridad Social obligatoria (Desdentado, 2011).

Pues bien, en el avance de la debida tutela del autónomo se modifica el referido precepto<sup>2</sup>, haciendo constar que «la cobertura de las contingencias profesionales será obligatoria», debiendo formalizarse con la misma mutua colaboradora encargada de la gestión de la prestación económica de incapacidad temporal por contingencias comunes. El carácter voluntario del aseguramiento constituía una carencia en materia de protección social, que impedía calificar como contingencia profesional genuinos siniestros de este tipo y protegerlos como tales (Alameda, 2019).

Desde el punto de vista de la prevención, esta situación daba lugar a la inexistencia de un auténtico deber legal de autoprotección. Por ello, se hablaba de una doble discriminación, en la óptica preventiva y en la óptica reparadora. La extensión de la protección en materia de accidente de trabajo y enfermedad profesional debe ir acompañada de la exigencia al autónomo del cumplimiento de las normas de prevención relacionadas con su actividad, a fin de evitar que se actualice el daño profesional (López, 2014). Las políticas públicas dirigidas al fomento del trabajo autónomo quedan vacías de contenido si no llevan aparejadas medidas preventivas.

La supresión de la opcionalidad supone, por un lado, un reforzamiento financiero del sistema y, por otro lado, el cumplimiento de dos principios en los que se sustenta el mismo: en primer lugar, el principio de solidaridad del artículo 2.1 de la LGSS (Fernández, 2019, p. 10); en segundo lugar, el principio de unidad, promulgado en el artículo 10 de la LGSS y referido a la necesaria homogeneidad de los regímenes especiales con el RGSS.

Dos últimas observaciones deben traerse a colación. La primera de ellas va referida al concepto de accidente de trabajo aplicable a este colectivo. A diferencia del RGSS, únicamente se contempla como tal aquel en el que hay una relación directa entre la lesión y el trabajo ejecutado, por lo que su campo de acción queda más restringido. La uniformidad debería ser la vía de actuación, así como el concepto de enfermedad profesional es el mismo para autónomos y trabajadores por cuenta ajena, debiera equipararse el concepto de accidente de trabajo del RETA al del RGSS (Rodríguez, 2014a). Por su parte, la Ley 6/2017, de 24 de octubre, lo amplió al accidente *in itinere*, si bien sus términos generan un efecto de expulsión de numerosos supuestos<sup>3</sup>. Resulta contradictorio exigir a todos los autónomos el abono de una cuota por contingencias profesionales y, al mismo tiempo, excluir a algunos de su protección. Las reformas parciales y sucesivas de un mismo precepto originan estas situaciones, que impiden lograr de forma efectiva una adecuada protección social.

<sup>2</sup> Según el apartado doce de la disposición final segunda del Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre. Al respecto también se reforma el artículo 26.1 de la LETA por el apartado uno de la disposición final tercera del Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre.

<sup>3</sup> Artículo 316.2 de la LGSS.



En segundo y último lugar, debe destacarse que más del 90 % de los autónomos menores de 40 años cotiza por la base mínima<sup>4</sup>, por lo que cuando se devengue la prestación su cuantía será ínfima, no cumpliendo, de ese modo, con el principio de suficiencia de las prestaciones proclamado por el artículo 41 de la Constitución española. En el modelo actual, la no cotización por ingresos reales perjudica al autónomo que obtiene un beneficio limitado o se encuentra en una fase inicial y favorece a quienes tienen altos beneficios, puesto que les resultará muy asequible cotizar por las bases de cotización mínimas y complementar su esquema protector con previsión privada (Alameda, 2019).

## 2.2. Novedades en la prestación por cese de actividad

La regulación de la prestación por cese de actividad no tuvo lugar en la LETA, sino posteriormente mediante una legislación específica, la Ley 32/2010, de 5 de agosto. Dicha norma constituyó un acontecimiento sociopolítico de primer orden (López, 2011, p. 62), y fue posteriormente desarrollada mediante el Real Decreto 1541/2011, de 31 de octubre. Esta prestación persigue proteger la carencia de ingresos experimentada por el autónomo ante una finalización involuntaria de su actividad. Habían sido unánimes las voces que reclamaban una protección similar a la prevista para los trabajadores por cuenta ajena en caso de desempleo. Sin embargo, la euforia inicial pronto tornó en decepción, al comprobar que el legislador no pretendió dotarla de un contenido idéntico. Así se deduce, entre otros aspectos, de los estrictos criterios de acceso a la prestación, y por su menor duración en comparación con la prestación de desempleo.

Esto ha provocado que haya sido muy limitado el número de autónomos que se han beneficiado de la misma. En concreto, de las 3.647 solicitudes presentadas durante el año 2018, solo fueron resueltas favorablemente en primera instancia 1.776<sup>5</sup>. Una situación que se va a mantener en el tiempo tras esta reforma, por cuanto que, si bien se ha duplicado el tiempo de disfrute, se han mantenido los presupuestos habilitantes para ser beneficiario. Como veremos, se trata de una reforma principalmente orientada a incrementar los recursos financieros del sistema.

Nuestra vigente LGSS, en lugar de contemplar su regulación dentro del capítulo tercero del título cuarto, el cual está destinado a la acción protectora del RETA, optó por dedicarle un título en exclusiva. Se trata del título quinto, el cual experimenta ahora novedades de profundo calado.

<sup>4</sup> Según los datos publicados por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social a fecha 31 de marzo de 2019 (<[http://www.mitramiss.gob.es/es/sec\\_trabajo/autonomos/economia-soc/autonomos/estadistica/index.htm](http://www.mitramiss.gob.es/es/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/autonomos/estadistica/index.htm)>).

<sup>5</sup> Así consta en los datos estadísticos publicados, para esta prestación, en la página oficial de la Seguridad Social en fecha 7 de febrero de 2019 (<[www.seg-social.es](http://www.seg-social.es)>).

### 2.2.1. Su nuevo carácter obligatorio

Al igual que ocurría hasta el momento con las contingencias profesionales, era voluntario para los trabajadores por cuenta propia proceder a la cobertura de la prestación por cese de actividad con una mutua colaboradora. De ese modo, solo si habían optado por la misma y se habían hecho cargo de la cotización correspondiente, al cesar en su actividad profesional tendrían protección social. Esta cobertura voluntaria se acercaba más a la lógica del seguro privado (Alameda, 2019). Además, su configuración como obligatoria se había manifestado como la única fórmula capaz de garantizar la prestación desde el punto de vista de la solidaridad y la sostenibilidad (Valdés, 2009, p. 34). Pues bien, ahora el legislador modifica dicho criterio, al contemplar que su cobertura ya no será voluntaria, sino preceptiva, con la misma mutua colaboradora que se encargue de la protección de las contingencias profesionales, así como de la incapacidad temporal<sup>6</sup>. Una ruptura en su naturaleza que viene motivada por la necesidad de búsqueda de nuevos ingresos para poder sufragar las mejoras de la acción protectora del sistema.

### 2.2.2. Alcance de la protección

El sistema de protección de esta prestación está pensado para aquellos casos en los que el autónomo cese totalmente en el ejercicio de su actividad, ya sea de manera definitiva o temporal. La exigencia del cese total discrepa de lo previsto al respecto en la prestación por desempleo, por lo que se ha planteado la posibilidad de regular el acceso a la prestación por cese de actividad de forma parcial (Blázquez, 2013, pp. 143-144). En todo caso, dándose la premisa del cese total, el contenido de la protección tiene el alcance que se expone a continuación<sup>7</sup>. En primer lugar, el acceso a un subsidio de tipo económico, cuando se reúnan los presupuestos habilitantes. En segundo lugar, se prevé como novedad el abono por la entidad colaboradora de todas las cuotas a la Seguridad Social durante el periodo de percepción de la prestación. Con anterioridad, esa cotización quedaba reducida a las contingencias comunes. Ahora, deberá hacerlo por todos los conceptos, tanto comunes como profesionales, e incluso a cuenta de la propia prestación por cese de actividad (Taléns, 2019, p. 37).

Además de lo anterior, también se contempla una protección novedosa en aquellos casos en los que el autónomo se encuentra de baja por incapacidad temporal. Durante los primeros 60 días de baja, el autónomo tiene la obligación de seguir cotizando. Transcurrido el periodo anterior, será la mutua la que se haga cargo del pago de todas las contingencias, con cargo a las cuotas por cese de actividad.

<sup>6</sup> De conformidad con el apartado dieciséis de la disposición final segunda del Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, que modifica el artículo 327.1 de la LGSS.

<sup>7</sup> Nueva redacción del artículo 329 de la LGSS.

Igualmente debe destacarse que ya no se financia con cargo a esta prestación lo relacionado con las medidas de formación, orientación profesional y promoción de la actividad emprendedora de los trabajadores autónomos. Hasta el momento se financiaba con el 1 % de las cuotas abonadas en concepto de protección por cese de actividad, de conformidad con el artículo 344.5 de la LGSS. Dicho apartado ahora ha sido suprimido por el Real Decreto-Ley 28/2018, contemplando al mismo tiempo un tipo de cotización independiente por formación profesional, del mismo modo que los trabajadores por cuenta ajena, a razón de un 0,1 %<sup>8</sup>.

### 2.2.3. Tramitación y gestión de la prestación

Las entidades encargadas de la gestión de esta prestación seguirán siendo las mutuas colaboradoras. Una opción legislativa con la que se pretende dar una mayor agilidad a la tramitación, pero puesta en tela de juicio, dado que no asumen todas las competencias, al excluirse las relativas a la potestad sancionadora. Al quedar disgregado el poder de vigilancia y el disciplinario, es por lo que se ha propugnado que la gestión debiera atribuirse al Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) (Blázquez, 2013, p. 139), si bien hay voces discrepantes (Rodríguez, 2014a).

Pero en materia de control y tramitación, la reforma no ha puesto el foco de atención en el título competencial, sino en el momento del nacimiento de la prestación tras su solicitud. Así las cosas, si antes se contemplaba que el derecho nacía a partir del primer día del mes siguiente a aquel en el que se produjera el hecho causante, ahora acontece al día siguiente a aquel en el que tenga efectos la baja en el RETA. Así será, siempre y cuando se trate de las tres primeras bajas cursadas en el RETA en 1 año natural, dado que, a partir de la cuarta baja, el criterio respecto al nacimiento del derecho será el del mes siguiente.

Esta reforma está en consonancia con lo previsto por la Ley 6/2017, de 24 de octubre, que contempló el cambio de un sistema de cotización por meses completos a otro por periodos de actividad. De esta manera, en los meses de inicio o cese, la contribución al sistema es proporcional al tiempo en el que se desempeñe la actividad, siempre que se trate de las tres primeras altas o bajas en un año natural.

### 2.2.4. Duración de la percepción del subsidio

Uno de los aspectos de esta prestación que había sido objeto de crítica iba referido a su menor duración en comparación con la prestación de desempleo (Alameda, 2019)<sup>9</sup>, al

<sup>8</sup> Artículo 7 del Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre.

<sup>9</sup> La posibilidad de la ampliación del periodo de disfrute ya se había contemplado en la disposición adicional décima de la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se regulaba esta prestación, en la que se

extenderse únicamente a un máximo de 12 meses, en lugar del tope de las 24 mensualidades previstas para los trabajadores por cuenta ajena. Además, el artículo 338 de la LGSS preveía dos escalas de duración diferentes en función de la edad del autónomo. Ahora no solo se duplica la duración del periodo de percepción, sino que se contempla una única escala con independencia de la edad del beneficiario. Con ello desaparecen incentivos para un abandono más temprano del mercado de trabajo por parte de los autónomos de edad avanzada (Fernández, 2019, p. 12). Al mismo tiempo, se logra, en este aspecto, la homogeneidad con la prestación contributiva de desempleo.

En todo caso, se mantiene un sistema de tramos o escalones cerrados en la determinación de la duración de la protección. En cada tramo se establece un intervalo de meses cotizados a efectos de fijar el tiempo de protección. Con la reforma se han mantenido los mismos tramos, si bien en cada uno se ha duplicado el tiempo de prestación al que se tiene derecho.

Con este sistema de tramos, la cotización de 1 día más, cuando signifique pasar al escalón siguiente, puede dar lugar a una importante variación en el tiempo de disfrute del derecho. Esta situación es especialmente llamativa a partir de los 43 meses de cotización. Hasta los primeros 42 meses cotizados se contemplan cinco escalones, de forma que la duración de la prestación se va ampliando de forma gradual, a razón de 2 meses por escalón. De ese modo, en los primeros cinco escalones, el tiempo de disfrute oscila entre un mínimo de 4 meses y un máximo de 12 meses. Sin embargo, a partir de los 43 meses de cotización solo se contemplan dos escalones, fijando para el primero 16 meses de prestación y para el segundo 24 mensualidades. No se entiende esta falta de proporcionalidad en la ampliación de la duración en los últimos escalones.

Esta situación no está presente en la prestación contributiva por desempleo. El artículo 269.1 de la LGSS, al regular su duración, contempla once escalones y, en cada uno, el tiempo de disfrute aumenta a razón de 60 días, transcurriendo desde un mínimo de 120 días hasta un máximo de 720 días. Esta progresión gradual y proporcional debería trasladarse a la prestación por cese de actividad. Por tal motivo, como propuesta *de lege ferenda* se plantea contemplar un mayor número de escalones en sus últimos tramos y, con ello, que el incremento del periodo de percepción sea siempre el mismo.

### 2.2.5. Forma de financiación

La prestación se financia exclusivamente con cargo a lo cotizado por este concepto. El tipo de cotización aplicable será el que se prevea cada año en la ley de presupuestos gene-

---

indicaba que el Gobierno, transcurridos 24 meses desde la entrada en vigor de la ley, elaboraría un estudio y, si quedaba acreditada la viabilidad financiera, se realizaría una propuesta de incremento de la duración de la prestación por cese de actividad.

rales del Estado, fijándose en el artículo 344 de la LGSS como tope mínimo el 0,7 % y como tope máximo el 4 %. Para el año 2019 se ha concretado en un 0,7 %<sup>10</sup>. Para el cálculo de la cuota a ingresar cada mes, el tipo de cotización se aplicará a la base de cotización que el trabajador autónomo hubiera elegido como propia.

Se ve reducido el tipo de cotización, que anteriormente estaba previsto en un 2,2 %. Este cambio obedece a la fijación de su cobertura como obligatoria. Su previo carácter voluntario obligaba a fijar un tipo de cotización más alto que pudiera garantizar su sostenibilidad. En todo caso, se prevé para los próximos años el aumento progresivo del tipo porcentual, tal y como se expondrá en el epígrafe referido a la financiación del RETA.

## 2.2.6. Formalidades en el proceso de resolución de las reclamaciones previas: algunas deficiencias en materia procesal

El artículo 350 de la LGSS, en coherencia con el artículo 2, letra o), de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS), mantiene que el orden social será el competente para conocer de las controversias que puedan surgir, en relación con los actos de gestión que adopte la mutua colaboradora, respecto a la protección por cese de actividad. En cuanto al procedimiento administrativo previo, el citado precepto de la LGSS mantiene que el autónomo tiene la posibilidad, que no la obligación, de formular reclamación previa, al especificar que «podrá» efectuarla. No obstante, debe ponerse de manifiesto que el real decreto-ley ahora comentado ha desaprovechado la oportunidad de adecuar la LGSS con la LRJS. La norma procesal, al regular la modalidad prevista para las prestaciones en materia de Seguridad Social, expone en su artículo 140.1 que en la demanda «se acreditará haber agotado la vía administrativa», contemplando como única excepción las impugnaciones de altas médicas emitidas al agotarse el plazo máximo inicial de 365 días en los procesos de incapacidad temporal. Tal previsión no deja lugar a duda sobre el carácter obligatorio de la reclamación previa en materia de cese de actividad (Rodríguez, 2014b, p. 61). Por ello, como propuesta *de lege ferenda* se plantea la reforma de la norma de Seguridad Social para adecuarla a la norma procesal.

La única novedad legislativa que se plantea ahora en relación con la reclamación previa estriba en que, cuando esta se formule, la mutua deberá emitir una propuesta motivada de resolución, la cual deberá ser remitida a una comisión paritaria. Dicha comisión deberá pronunciarse al efecto, emitiendo un informe que tendrá fuerza vinculante para la mutua a la hora de adoptar esta su decisión final. En cuanto a la composición de la comisión, se destaca que

<sup>10</sup> Así se refleja en el artículo 7 del Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre. En coherencia con dicha previsión, se plasma igualmente en el artículo 35.4 de la Orden TMS/83/2019, de 31 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2019 (BOE de 2 de febrero de 2019 y corrección de erratas de 13 de febrero de 2019).

estará integrada por representantes de las propias mutuas, así como de las asociaciones representativas de trabajadores autónomos y de la Administración de la Seguridad Social<sup>11</sup>.

### 3. Medidas contra el fraude: la lucha contra la figura del falso autónomo

La *gig economy* o economía de las plataformas digitales ha puesto de nuevo en el punto de mira las denominadas «zonas grises» del derecho del trabajo. Con esta nueva realidad empresarial han proliferado los denominados «falsos autónomos» y, con ello, una delimitación cada vez más difusa entre trabajo asalariado y trabajo autónomo. Pero, además, las últimas reformas podrían seguir incentivándolo, dado que la base mínima de cotización del RETA se ha fijado para 2019 en 944,4 euros al mes, por debajo del salario mínimo interprofesional (SMI), que asciende a 1.050 euros mensuales si se prorratean las pagas extraordinarias.

El nuevo modo de trabajar en las plataformas digitales y los términos en los que se desarrolla el vínculo contractual no encajan plenamente en el marco normativo que actualmente proporciona el ordenamiento laboral<sup>12</sup>. Por ello, como se recomienda desde la Organización Internacional del Trabajo (OIT), los Estados deben definir en su legislación los indicios específicos que permiten determinar la existencia de una relación de trabajo.

Francia ha sido pionera en este sentido, mediante la Ley 2016-1088, de 8 de agosto de 2016. De la nueva regulación parece desprenderse que el trabajo desarrollado para una o varias plataformas digitales tiene naturaleza de trabajo autónomo, sin perjuicio del reconocimiento de ciertos derechos laborales mínimos. Así, son calificados como trabajadores independientes, precisándose que, si la plataforma determina las características del servicio prestado o de la mercancía vendida y fija su precio –no, por tanto, cuando las plataformas se limitan a poner en contacto a un número indefinido de empresas o particulares a través de internet–, tiene respecto de esos trabajadores una responsabilidad social, que incluye cotización para cubrir accidentes de trabajo o contribución a la formación profesional del trabajador. Y este, el trabajador independiente, tiene reconocidos derechos colectivos de manifestación y asociación a una organización sindical, entre otros.

En nuestro país, algunos autores abogan por su regulación como relación laboral especial (Cavas, 2017, o Todolí, 2017). Otro sector expone la necesidad de «hacer nacer fórmu-

<sup>11</sup> En la Resolución de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social de 20 de marzo de 2019, se regula la creación, constitución, composición, organización y funcionamiento de dicha comisión paritaria (BOE de 25 de marzo de 2019).

<sup>12</sup> Un interesante estudio sobre las mismas en el ámbito europeo ha sido elaborado en 2018 por la Comisión Europea bajo el título *Platform workers in Europe* (<[https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC112157/jrc112157\\_pubsy\\_platform\\_workers\\_in\\_europe\\_science\\_for\\_policy.pdf](https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC112157/jrc112157_pubsy_platform_workers_in_europe_science_for_policy.pdf)>).

las particulares y especiales de trabajo autónomo adaptadas a estos patronos de cambio» (Mercader, 2017, p. 115). E incluso se aboga por explorar relaciones híbridas (Alameda, 2019)<sup>13</sup>. De momento se mantiene en nuestro marco regulador el binomio trabajo dependiente versus trabajo por cuenta propia. En los casos judicializados en materia de economía colaborativa, nuestros tribunales han detectado, en unas ocasiones, la presencia de relación laboral<sup>14</sup> y, en otras, de prestación de servicios en régimen de TRADE<sup>15</sup>. Con carácter general, se viene entendiendo que, cuando la actividad se limita a la provisión de una aplicación móvil que permite el contacto entre oferta y demanda, sin incidir en el diseño, control y provisión del servicio, quienes lo prestan lo hacen de forma autónoma. Si, por el contrario, se interviene en la prestación del servicio y se imponen condiciones a los prestadores del mismo, la relación se acerca más al trabajo por cuenta ajena. En todo caso, «la calificación de la relación debe responder al modo en que en la realidad material se presta el trabajo, sin buscar itinerarios de ingeniería jurídica que pretendan la elusión de las responsabilidades jurídicas correspondientes» (Ramos, 2018, p. 14).

Como propuesta *de lege ferenda*, para evitar situaciones de inseguridad jurídica, cabría plantear una regulación análoga a la prevista en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores (ET), que recoge los indicios detectados por nuestros tribunales para diferenciar la cesión ilegal de trabajadores respecto de la lícita contrata. Tal esquema jurídico podría trasladarse al ET para la prestación de servicios a través de plataformas digitales, enumerando los indicios jurisprudenciales que hasta ahora han permitido identificar cuándo nos encontramos ante una relación laboral y cuándo ante un trabajo por cuenta propia. En aquellos casos en los que se valore la presencia de trabajo por cuenta propia, no necesariamente deberá ser siempre bajo la forma de TRADE. Esta figura tiene un régimen con sustantividad propia, a caballo entre el trabajador por cuenta ajena y el trabajador por cuenta propia (Dans, 2019, p. 190). En dicho marco legal se prevé que al menos el 75 % de sus ingresos deben proceder de un mismo cliente, aspecto que colisiona con muchos supuestos de prestación de servicios en la *gig economy*, al ser habitual pertenecer a varias plataformas virtuales.

Hasta el momento, el legislador únicamente ha intervenido para favorecer la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) en la detección de falsos autónomos en este nuevo modelo de negocio<sup>16</sup>. En este sentido, debemos destacar la entrada en vigor del Real Decreto 997/2018, de 3 de agosto, que modificó el Real Decreto 84/1996,

<sup>13</sup> En otros países de nuestro entorno, como es el caso de Gran Bretaña, la calificación ha sido la de *worker*, figura intermedia entre el autónomo y el trabajador dependiente, con derechos específicos en materia de tiempo de trabajo, vacaciones anuales y salario mínimo. En relación con este último caso, véase la Sentencia de 2 de agosto de 2017 dictada por el Central London Employment Tribunal (caso 2200436/2016).

<sup>14</sup> Sentencias del Juzgado de lo Social (SSJS) núm. 6 de Valencia 244/2018, de 1 de junio, y núm. 33 de Madrid 53/2019, de 11 de febrero.

<sup>15</sup> SSJS núm. 39 de Madrid 284/2018, de 3 de septiembre, y núm. 17 de Madrid 12/2019, de 11 de enero.

<sup>16</sup> Este constituye uno de los objetivos que la ITSS ha fijado en su Plan director por un trabajo digno 2018-2020.

de 26 de enero. Persigue facilitar la labor de la ITSS en los procedimientos de alta de oficio en el RGSS, por cuanto, tras su tramitación, las empresas venían cursando la baja a través del sistema RED. Dicha práctica empresarial obstruccionista se ha tratado de neutralizar mediante dos medidas: por un lado, al contemplar que, para resolver tales bajas, será preceptivo un informe de la ITSS; y, por otro lado, que dichas bajas no producirán efectos ni extinguirán la obligación de cotizar hasta que el procedimiento inspector finalice, cuando afecten a periodos de tiempo comprendidos en las actas de la ITSS. Al respecto se ha matizado que la referencia normativa hubiera debido ser a todo el periodo incluido en las propuestas de oficio de la ITSS, no ya solo los incluidos en las actas (Molina, 2018, p. 164). Esta reforma reglamentaria dirigida a la mejora de la eficacia de la actuación de la ITSS se inserta dentro del plan del Gobierno contra el fraude. No obstante, había sido valorada como insuficiente (Molina, 2018, p. 165).

Si en dicha ocasión se actuó sobre las altas de oficio, ahora el Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, pone el foco de atención en el régimen sancionador. En concreto, se incorpora un nuevo apartado 16 en el artículo 22 de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, relativo a la tipificación de infracciones graves en materia de Seguridad Social por parte de empresarios y trabajadores por cuenta propia. Se configura como tal el hecho de:

Comunicar la baja en un régimen de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta ajena pese a que continúen la misma actividad laboral o mantengan idéntica prestación de servicios, sirviéndose de un alta indebida en un régimen de trabajadores por cuenta propia. A estos efectos se considerará una infracción por cada uno de los trabajadores afectados.

La comisión de esta infracción se penaliza con la sanción económica prevista en el artículo 40.1 e) del mismo texto legal, cuya cuantía oscila, en función de las circunstancias concurrentes, entre los siguientes intervalos: 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. Nuevas medidas para tratar de desincentivar el uso indebido de la figura del falso autónomo, pero que no evitarán que siga su curso la ingeniería empresarial de ahorro de costes, tendente a la huida del halo protector del derecho del trabajo. Una situación que no solo perjudica al propio trabajador, al verse mermada su protección social, sino también al sistema de la Seguridad Social en su conjunto, al reducirse sus ingresos vía cotizaciones.

## **4. La financiación del RETA: de un sistema «a la carta» a una carta sin opciones**

En materia de financiación del RETA, dos son los retos a afrontar: por un lado, la heterogeneidad del colectivo al que se dirige; por otro lado, la ausencia de un tercero al que diferir el cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social. De ahí que la flexibilidad



haya sido el denominador común de este régimen, tanto en lo que se refiere a la elección de las contingencias cubiertas, como en cuanto a la base de cotización aplicable. Por ello, el RETA era definido como un sistema «a la carta», por decirlo con una fórmula suficientemente expresiva.

Ahora, la base mínima de cotización se va a ver incrementada. Además, la calificación como obligatoria de todas las contingencias trae como consecuencia la necesidad de especificar los tipos de cotización aplicables a cada una de ellas, todo ello siguiendo los términos del acuerdo alcanzado entre el Ministerio de Trabajo y las organizaciones más representativas de trabajadores autónomos<sup>17</sup>.

## 4.1. Elevación de las bases de cotización

La base mínima de cotización mensual de los trabajadores autónomos se incrementa a partir del 1 de enero de 2019 un 1,25 %, fijándose en 944,4 euros<sup>18</sup>. El incremento contributivo no se ha concretado en igual medida que para el RGSS, en el que el SMI ha experimentado para el año 2019 una subida de un 22,3 %<sup>19</sup>, alcanzando la cuantía de 1.050 euros si se prorratean las pagas extraordinarias.

Queda así la base mínima de cotización de los autónomos por debajo de la base mínima de los trabajadores por cuenta ajena. Un menor esfuerzo contributivo que se define como provisional en el acuerdo firmado con los representantes del sector, por estar en vías de estudio el establecimiento de un sistema de cotización basado en los beneficios o ingresos reales percibidos, en concordancia con lo previsto en el RGSS. Pero, en este proceso de espera, el colectivo seguirá contribuyendo mayoritariamente de acuerdo con la base mínima de cotización, repercutiendo negativamente en su carrera de seguro.

Así, la que podemos definir como regla general de cotización implica la facultad de elegir entre una base mínima de 944,4 euros y una base máxima de 4.070,1 euros. Recuérdese que la Ley 6/2017, de 24 de octubre, amplió el ámbito de actuación del autónomo para modificar su base de cotización, de dos a cuatro veces al año. A tal efecto, se concretaron legalmente cuáles son los periodos en los que puede materializarse dicha opción y la fecha de efectos económicos en cada caso. En concreto, se estipuló lo siguiente: a) si la solicitud se lleva a cabo entre el 1 de enero y el 31 de marzo, la fecha de efectos será el 1 de abril; b) si el derecho se ejercita entre el 1 de abril y el 30 de junio, la nueva cotización será a partir del 1 de julio; c) modificando la base entre el 1 de julio y el 30 de septiembre, su efectividad

<sup>17</sup> Acuerdo suscrito el 26 de diciembre de 2018.

<sup>18</sup> Artículo 6.1 del Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre.

<sup>19</sup> Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre.

será a partir del 1 de octubre; d) y si la opción se pone en práctica en el último trimestre del año, desplegará sus efectos el 1 de enero del año siguiente<sup>20</sup>. En definitiva, se divide el año en cuatro trimestres, situándose los efectos de los cambios en la base en el primer día del trimestre siguiente, siempre que se comuniquen antes del vencimiento del trimestre anterior. Consciente el legislador de los ingresos variables de los trabajadores por cuenta propia, pretende con esta medida adecuar mejor su contribución a su evolución financiera. Ahora bien, dado que el 82,2 % cotiza por la cuantía mínima<sup>21</sup>, escasos efectos tiene en la práctica esta ampliación del número de veces para instar el cambio de base.

La que hemos denominado como «regla general de cotización» se aplica sin más condicionamientos a los trabajadores por cuenta propia con una edad inferior a los 47 años a fecha 1 de enero de 2019. Esta regla se extiende a quienes, teniendo 47 años en esa misma fecha, hubieran tenido una base de cotización igual o superior a 2.052 euros en diciembre de 2018 o causen alta a partir de enero de 2019.

Si con 47 años la base de cotización hubiera sido inferior a 2.052 euros en diciembre de 2018, se podrá optar por una superior, hasta el límite de 4.070 euros, siempre que se ejercite esa facultad antes del 30 de junio de 2019. Un cuarto caso, al que se aplica el tope mínimo y máximo del supuesto general, viene referido a quienes, con anterioridad a los 50 años, hubieran cotizado 5 o más años en cualquiera de los regímenes y su última base de cotización hubiera sido igual o superior a 2.052 euros.

Fuera de los casos enunciados, el artículo 6 del Real Decreto-Ley 28/2018 contempla una serie de reglas especiales en cuanto al límite mínimo y máximo para elegir la base de cotización mensual, como viene siendo habitual en el RETA.

## 4.2. Nuevos tipos de cotización aplicables

En el acuerdo alcanzado entre el Ministerio de Trabajo y las organizaciones más representativas de trabajadores autónomos, se fijó que el tipo de cotización para el año 2019, por todas las contingencias, pasaba a ser del 30 %, según el siguiente desglose<sup>22</sup>: por contingencias comunes, 28,3 %; por contingencias profesionales, 0,9 %; por cese de actividad,

<sup>20</sup> Disposición final segunda de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, que incorpora el artículo 43 bis al Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre.

<sup>21</sup> Este porcentaje supera el 90 % si se toma en consideración el colectivo de trabajadores por cuenta propia con una edad inferior a los 40 años. Así se deduce de los datos actualizados a 31 de marzo de 2019 publicados por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social (<[http://www.mitramiss.gob.es/es/sec\\_trabajo/autonomos/economia-soc/autonomos/estadistica/index.htm](http://www.mitramiss.gob.es/es/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/autonomos/estadistica/index.htm)>).

<sup>22</sup> Artículo 7 del Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre.

0,7 %; y, por formación profesional, 0,1 %. Nuevas vías de lograr la viabilidad del sistema de la Seguridad Social en tiempos de déficit y dar cumplimiento al principio de solidaridad.

Salvo el tipo de cotización por contingencias comunes, que es igual al del RGSS, en los demás observamos diferencias sustanciales. Por un lado, el fijado para las contingencias profesionales, que se desglosa en 0,46 % por incapacidad temporal y 0,44 % por incapacidad permanente, muerte y supervivencia, es inferior al previsto en la tarifa de primas<sup>23</sup>, aplicable al RGSS. Por otro lado, en el tipo por cese de actividad, también debemos destacar su inferior cuantía en comparación con la regulada para el desempleo. Mismo comentario merece el tipo de cotización por formación. En definitiva, la equiparación en el esfuerzo contributivo es un reto pendiente, lo que redundaría en una intensidad prestacional más equiparable (Fernández, 2019, p. 7).

Siendo consciente el Gobierno de la necesidad de incrementar el esfuerzo contributivo, es por lo que se ha contemplado un aumento progresivo de los tipos de cotización<sup>24</sup>. Por contingencias profesionales, será de un 1,1 % en el año 2020, de un 1,3 % en el año 2021, y, a partir del año 2022, será el que se establezca con carácter definitivo en la ley de presupuestos generales del Estado. Por cese de actividad, el tipo se ha establecido para el año 2020 en un 0,8 %, y para el año 2021 en un 0,9 %, con igual previsión a partir del año 2022 que para las contingencias profesionales.

### 4.3. La necesidad de un sistema de cotización adaptado a los nuevos modelos de negocio

Nuestro ordenamiento laboral ha quedado obsoleto ante las nuevas formas de prestación de servicios en las plataformas digitales. El real decreto-ley actúa ahora únicamente para garantizar un procedimiento inspector más eficaz, lo cual constituye una medida insuficiente. Es más, a mayor esfuerzo para detectar situaciones de falsos autónomos, mayor labor de ingeniería por parte de los despachos de abogados para favorecerlo ante los nuevos modelos prestacionales que actúan sin una regulación específica. Téngase en cuenta que el número potencial de afectados es elevado, dada la configuración del tejido productivo español. Según datos de marzo de 2019, en nuestro país hay un total de 2.897.493 empresas, de las cuales solo 4.824 tienen la consideración de grandes empresas. La mayoría, o son autónomos sin asalariados –1.559.798– o tienen la consideración de pymes o microempresas con un número de trabajadores entre 1 y 9 –1.151.503–<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Una tarifa de primas que se ha visto reformada con el Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, pudiendo consultar la nueva en su disposición final quinta.

<sup>24</sup> Disposición transitoria segunda del Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre.

<sup>25</sup> Datos publicados por el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo (<<http://www.ipyme.org/Publicaciones/CifrasPYME-marzo2019.pdf>>).

Si, como apuntábamos, los tribunales han venido detectando en la economía colaborativa tanto trabajo asalariado como no asalariado, nuestro sistema de Seguridad Social debe tener la capacidad de conceder protección social en ambos escenarios. De ese modo, y siguiendo con la reforma estatutaria ya apuntada sobre la regulación de indicios que permitan deslindar ambas posibilidades, cuando se determine que nos encontramos ante trabajo por cuenta ajena, su protección social podría plantearse a modo de sistema especial. Tal opción, prevista en el artículo 11 de la LGSS, permitiría configurar reglas específicas en materia de encuadramiento, afiliación, cotización y recaudación para estos empleados (Cavas, 2017, p. 54).

Por su parte, los casos que merezcan la calificación de trabajo por cuenta propia quedarían encuadrados en el RETA. En el momento actual, está pendiente una reformulación de su ámbito subjetivo. Como es sabido, tanto el artículo 305.1 de la LGSS como el artículo 1 de la LETA contemplan la habitualidad como uno de sus rasgos definitorios, pero sin contener previsión alguna de qué debe entenderse por una prestación de servicios habitual. De su interpretación se ha encargado el Tribunal Supremo, fijando como indicio de habitualidad la percepción de una retribución anual superior al SMI<sup>26</sup>. De esta manera, cuando la dedicación temporal es incierta y los ingresos están por debajo del SMI se ha concluido que no concurre el requisito de habitualidad. Se entiende que el montante de la retribución normalmente guarda correlación con el tiempo de trabajo invertido, de forma que superar dicho umbral permite contemplar tal prestación de servicios como un medio de vida principal o, cuanto menos, complementario. *A sensu contrario*, percibir unos ingresos anuales inferiores al SMI implicaría la ausencia de obligación de causar alta y cotizar en el RETA. Ahora bien, este no es un criterio legal, sino judicial.

En la práctica, la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) viene entendiendo que el mero desempeño de la actividad profesional conlleva la obligación de causar alta en el RETA, con independencia del resultado económico. Ello se debe a dos motivos: en primer lugar, a la dificultad de acudir a módulos temporales en el trabajo autónomo para discernir entre una actividad habitual u ocasional; y, en segundo lugar, a la valoración por el Tribunal Supremo del montante económico como un indicio, pero no el único, para determinar si hay o no habitualidad<sup>27</sup>. En consecuencia, no tramitar el citado acto de encuadramiento,

<sup>26</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 29 de octubre de 1997 (rec. 406/1997). Reitera doctrina, entre otras, en SSTs de 14 de febrero de 2002 (rec. 1349/2001) y 20 de marzo de 2007 (rec. 5006/2005). Ha sido también aplicada por nuestros tribunales suplicatorios, tal es el caso de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de febrero de 2016 (rec. 451/2015), que concluye la falta de habitualidad al comprobar que los rendimientos netos percibidos en los tres últimos ejercicios no llegaban a la cuantía del SMI en cómputo anual; a lo que el tribunal añade que el trabajador compatibiliza la actividad profesional con la de estudiante, lo que conduce a concluir el carácter marginal o residual de la profesión.

<sup>27</sup> Como expone la STS de 20 de marzo de 2007 (rec. 5006/2005), debe analizarse también la forma de ejecución de la actividad.

pese a tener un rendimiento económico inferior al SMI, conlleva el riesgo de su exigencia en caso de inspección, lo que supondría el abono de las cuotas no ingresadas, además de la correspondiente sanción.

Tal situación de inseguridad jurídica quiere ahora paliarse. Así, la disposición adicional cuarta de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, encargó el análisis del concepto de habitualidad a una subcomisión, creada para el estudio de la reforma del RETA, constituida en el Congreso de los Diputados en los siguientes términos:

[...] 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.

La finalidad de la norma no es otra que el análisis de un posible sistema de cotización acorde con el volumen de ingresos reales. Su introducción ha sido una reivindicación constante de las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, así como de la doctrina científica (Ballester, 2016, p. 38; Desdentado, 2011; Vila, 2018, p. 74). En el mismo deberá contemplarse un mínimo de ingresos como mínimo exento, que correspondería al trabajo autónomo marginal (Desdentado, 2011), habiéndose vinculado ese mínimo de ingresos con el SMI (Vila, 2018, p. 74), en la misma línea que la Ley 6/2017. De ese modo, quien realice una actividad profesional de forma puntual o quien, aun haciéndolo de manera habitual, perciba unos ingresos limitados no tendría obligación de contribuir. Pero también beneficiaría a quienes se encuentran en los momentos iniciales de puesta en marcha de un negocio, en los que, aun existiendo actividad real, no hay rendimiento económico.

Con un sistema de cotización que determina la cuota a pagar en función de los beneficios de la actividad, se consigue que este responda tanto al principio de progresividad como al de contributividad, ya que quien genera un mayor beneficio vendrá obligado a satisfacer una mayor cotización. Al mismo tiempo, la determinación de la cuota no de manera uniforme para todos los autónomos, sino atendiendo al volumen de ingresos, constituiría el mecanismo jurídico para regular el trabajo autónomo a tiempo parcial, el cual constituye otro de los objetivos de la subcomisión. Este debe entenderse como un sistema más acorde a las nuevas formas de prestar servicios en la economía a demanda, en el que el número de horas de trabajo dependerá de los pedidos que tenga el prestador de servicios. En el momento actual no es posible darse de alta como autónomo a media jornada, es decir, no se puede abonar una cuota inferior porque solo se desarrolle la actividad por cuenta propia un número reducido de horas. En la práctica, el autónomo está obligado a abonar la cuota mensual íntegra. En definitiva, los cambios propuestos permitirían ofrecer soluciones diferenciadas según los estadios profesionales en que se encuentre en cada momento el individuo.

## 5. A vueltas con la denominada «tarifa plana»

El fomento del trabajo autónomo en los últimos años ha sido posible por la adopción de medidas de apoyo económico y, especialmente, en torno a los costes de Seguridad Social a través de la conocida como «tarifa plana». En determinados sectores de emprendimiento, por ejemplo, las *start-ups*, durante sus primeros años tienen gastos muy elevados y muy pocos ingresos. Dicho periodo ha venido a denominarse en la literatura económica norteamericana como «el valle de la muerte» (Love, 2016). Se trata de momentos en los que un coste añadido puede resultar contraproducente para la viabilidad futura del negocio.

Pues bien, con el objetivo de reducir los costes de Seguridad Social en estos momentos iniciales de puesta en marcha de una actividad profesional, se reguló la tarifa plana, habiendo estado dicha figura en el punto de mira en las dos últimas reformas del trabajo autónomo. No obstante, su universalización ha generado en la práctica efectos perversos en forma de falsos autónomos, especialmente en el ámbito de la economía colaborativa. Con todo, se han introducido algunas novedades, que merecen ser destacadas, en los artículos 31 y siguientes de la LETA, preceptos reguladores de esta materia, mediante la Ley 6/2017, de 24 de octubre. Actualmente, el Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, la reformula y amplía su ámbito.

El artículo 31 de la LETA contempla el supuesto general de reducción en la cuota a la Seguridad Social para nuevos autónomos o tarifa plana. Con la reforma de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, el importe de la cuota a abonar se fijó en 50 euros mensuales durante los primeros 12 meses de actividad, siempre que el autónomo opte por la base mínima de cotización por contingencias comunes. La novedad que introduce el Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, mediante la fijación como obligatoria de la cotización por contingencias profesionales, tiene repercusión en la cuantía de esta cuota única mensual. Se eleva a 60 euros, desglosándose en 51,5 euros en concepto de contingencias comunes y 8,5 euros por contingencias profesionales, quedando exentos de cotizar por cese de actividad<sup>28</sup>. *A sensu contrario*, deberá entenderse que procede la cotización por formación profesional. Además, como ya había previsto la Ley 6/2017, de 24 de octubre, esta reducción en la cuota será aplicable únicamente a aquellos trabajadores por cuenta propia que causen alta inicial o a quienes no lo hubieran estado en los últimos 2 años.

Transcurrido el primer año de ejercicio de la actividad profesional, la secuencia temporal en las reducciones o bonificaciones sobre la cuota por contingencias comunes no experimenta cambio alguno, con independencia de la base de cotización elegida. De ese modo, se establecen los siguientes intervalos: durante los meses 13 a 18, habrá una reducción

<sup>28</sup> Artículo 31.1 de la LETA, en la redacción dada por el apartado dos de la disposición final tercera del Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre.

del 50 % de la cuota mensual; entre los meses 19 a 21, la reducción se limita al 30 %; finalizando con una bonificación del 30 % en el periodo comprendido entre el mes 21 y el 24. Para los autónomos varones menores de 30 años o mujeres menores de 35 años, la bonificación del 30 % se prolonga del mes 25 al 36. Con la nueva regulación debe entenderse que, a partir del mes 13, el autónomo debe asumir un gasto adicional, la cuota por contingencias profesionales y por cese de actividad.

Con anterioridad a la presente reforma, la Ley de presupuestos generales del Estado para 2018<sup>29</sup> incorporó un supuesto<sup>30</sup> en el cual el autónomo puede disfrutar de la tarifa plana durante un periodo de 24 meses, con efectos a partir del 1 de agosto de 2018. Se trata de aquellos trabajadores autónomos que residan y desarrollen su actividad en municipios de menos de 5.000 habitantes, siempre que cumplan una serie de premisas, entre ellas: estar empadronados en el municipio, permanecer en tal situación durante los 4 años siguientes a darse de alta en el RETA y mantener dicho acto de encuadramiento en el municipio durante los 2 años siguientes.

Si el artículo 31 de la LETA se centra en la regulación de la tarifa plana con carácter general, su artículo 32 la contempla para supuestos especiales. La norma se refiere a personas con discapacidad, víctimas de violencia de género y víctimas de terrorismo que se establezcan por cuenta propia. Pues bien, la elevación a 60 euros de la cuota única mensual se contempla también para estos colectivos durante el mismo periodo de tiempo, 12 meses<sup>31</sup>. Superado ese espacio temporal, podrán disfrutar de una bonificación del 50 % sobre la cuota por contingencias comunes durante un periodo máximo de 48 meses; aspecto que ya estaba en la norma con anterioridad a la presente reforma. Habrá que añadir a dicho importe, como novedad, la cuota por contingencias profesionales y por cese de actividad.

Igual elevación en la cuantía se refleja legalmente en otro de los supuestos especiales, previsto en el artículo 38 bis de la LETA<sup>32</sup>. Se trata de las trabajadoras autónomas que se reincorporan al trabajo en los 2 años siguientes al cese<sup>33</sup> por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento o tutela. El precepto se refiere exclusivamente a trabajadoras, cuando los varones también pueden encontrarse en las situaciones descritas, lo que podría plantear dudas sobre su constitucionalidad (Nicolás, 2018, p. 39).

<sup>29</sup> Disposición final vigésima tercera.Uno.

<sup>30</sup> Actualmente está regulado en el artículo 31.2 de la LETA.

<sup>31</sup> Apartado cuatro de la disposición final tercera del Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre.

<sup>32</sup> Apartado seis de la disposición final tercera del Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre.

<sup>33</sup> Según el criterio emitido en marzo de 2019 por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, el término «cese» no solo va referido a las trabajadoras autónomas que hubieran causado baja en el RETA por haber decidido no reanudar la actividad laboral, sino también a las que, habiendo disfrutado del descanso por maternidad, hubieran optado, sin solución de continuidad, por reanudar su actividad. Así lo ha publicado la TGSS en el Boletín de Noticias RED, núm. 3, 2019.

Por último, es preciso destacar como novedad la extensión de la tarifa plana a quienes se encuentren dados de alta en el sistema especial de trabajadores por cuenta propia agrarios (SETA). Así, la regla general del artículo 31 de la LETA se aplica al SETA mediante la incorporación de un nuevo precepto, el 31 bis de la LETA<sup>34</sup>. Lo mismo ocurre con lo previsto en el supuesto especial del artículo 32 de la LETA, que se extiende al SETA mediante el nuevo artículo 32 bis de la LETA<sup>35</sup>. La diferencia estriba en que la cuantía única mensual no es de 60 euros, sino de 50 euros, y únicamente por contingencias comunes, quedando excluidos de la cotización por cese de actividad y formación profesional. Esta diferencia en el importe se explica mediante la lectura de la nueva redacción dada al artículo 325 de la LGSS, en el que se hace constar que la cobertura de las contingencias profesionales para el SETA es voluntaria –excepción a la regla general– y su cuota dependerá de lo previsto en la tarifa de primas.

Pese a las novedades citadas, se observa que se mantiene la calificación de la tarifa plana como reducción y no como bonificación. Este aspecto ya fue puesto en tela de juicio tras la reforma llevada a cabo por la Ley 6/2017, de 24 de octubre. Como se exponía al respecto, se lograría así que su financiación fuera con cargo al presupuesto del SEPE, aliviándose el de la Seguridad Social (Vila, 2018, p. 49). Esta no es una cuestión baladí en tiempos de déficit, en los que se están estudiando alternativas para favorecer la sostenibilidad del sistema.

La necesidad de revisar su calificación jurídica cobra mayor importancia si tenemos en cuenta lo expuesto por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social en agosto de 2018, al evidenciar que gran parte de sus beneficiarios no permanecen en el sistema tras su disfrute. En la misma línea, según datos facilitados por asociaciones de trabajadores autónomos, en concreto por la Unión de Profesionales y Trabajadores Autónomos, algo más del 60 % de los autónomos menores de 30 años y beneficiarios de la tarifa plana permanecen en alta un periodo inferior a los 12 meses; porcentaje que se cifra en un 49,54 % para los que superan esa edad. En consecuencia, se trata de una medida que no ha sido tan favorecedora del autoempleo como a primera vista pudiera parecer. Por ello, se ha de concluir que esta medida no ayuda a favorecer un trabajo decente, puesto que provoca temporalidad.

Para evitar esta situación, podría resultar de interés, de cara a futuras reformas, que para el acceso a la tarifa plana sea preciso presentar un plan de negocio. Además, una vez transcurrido el primer año de actividad, debería analizarse el balance de esta. Debe entenderse que no tiene sentido seguir favoreciendo reducciones o bonificaciones en la cuota si queda acreditado que el autónomo ha alcanzado un rendimiento neto suficiente de 30.000 o 40.000 euros. Aspecto este último que deberá valorarse cuando el legislador afronte la demandada cotización por ingresos reales.

<sup>34</sup> Apartado tres de la disposición final tercera del Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre.

<sup>35</sup> Apartado cinco de la disposición final tercera del Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre.



## 6. Reflexiones finales: liderar en un entorno cambiante

El legislador ha afrontado en un periodo temporal de poco más de 1 año dos reformas profundas en materia de trabajo autónomo.

En cuanto a su protección social, la flexibilidad ha sido históricamente una de las notas definitorias del RETA. De los distintos aspectos que se veían afectados por esa opción flexible, interesa, en este punto, destacar la acción protectora. Esta se veía reducida como consecuencia del carácter voluntario de determinadas contingencias. Tal era el caso de los riesgos profesionales –con salvedades– y de la protección por cese de actividad. Su cobertura adquiere ahora el carácter de obligatoria y, sin duda, debe valorarse como una medida adecuada de protección social, tanto para el individuo, al ver incrementadas las prestaciones a las que tendrá acceso, como para el sistema en su conjunto, con base en el principio de solidaridad en el que se sustenta.

No obstante, otros aspectos tratados no merecen la misma acogida. En particular, la tarifa plana, cuyo mantenimiento como reducción, y, por tanto, con cargo al presupuesto de la Seguridad Social, debe ser objeto de una seria reconsideración. Es urgente no solo el replanteamiento de su calificación jurídica, sino la introducción de supuestos en los que, al transcurrir el primer año de actividad de un negocio, no se acceda directamente a tales beneficios, sino en función de los rendimientos netos anuales. Puesto que ya está contemplada una eventual reforma llamada a introducir un modelo de cotización acorde a los ingresos reales, ese debe ser el momento que el legislador ha de aprovechar para introducir las modificaciones apuntadas.

Tras dos reformas que han tenido por objeto la reformulación jurídica de la protección social del trabajo autónomo, mediante la Ley 6/2017 y el Real Decreto-Ley 28/2018, se puede observar perfectamente que se ha ahondado en un proceso de huida del derecho del trabajo.

Sin embargo, no se están adoptando medidas legales ante los cambios que ya se han iniciado en el trabajo asalariado con la cuarta revolución industrial. En el momento actual, no solo se debe hablar de precariedad laboral en forma de contratos temporales y a tiempo parcial, sino de un escenario de potencial pérdida de profesionales por la implantación de máquinas y robots en determinados puestos de trabajo. En este sentido, un informe del servicio de estudios de La Caixa plantea que un 43 % de los puestos de trabajo actualmente existentes en España tiene un riesgo elevado (con una probabilidad superior al 66 %) de poder ser automatizado a medio plazo<sup>36</sup>. Ahora bien, hay motivos para el optimismo. Las estadísticas actuales reflejan que los países con mayor número de robots, y, por ende, mayor automatización, tienen una tasa de desempleo inferior a los países menos automatizados.

<sup>36</sup> <<http://www.caixabankresearch.com/llegara-la-cuarta-revolucion-industrial-a-espana-d3>>.

Corroborando dicha afirmación, el pasado año, el Foro Económico Mundial pronosticaba que en el año 2025 las máquinas inteligentes asumirán el 52 % de las tareas en el entorno industrial. Esto comportará una pérdida de 75 millones de puestos de trabajo a nivel global, pero, a su vez, creará unos 133 millones de empleos y, por tanto, el balance positivo será de 58 millones. Este análisis y otros de similar naturaleza están anunciando que el tipo de trabajo cambiará, y que será preciso cubrir puestos de trabajo ajustados a las nuevas realidades del futuro.

En este proceso de transición, la búsqueda de un trabajo decente y sostenible debe ser uno de los ejes centrales de nuestros Gobiernos, y no solo respecto del trabajo autónomo. Así lo pone de manifiesto la OIT en el informe presentado el pasado mes de enero de 2019, elaborado por la Comisión mundial sobre el futuro del trabajo, bajo el título *Trabajar para un futuro más prometedor*<sup>37</sup>. Este informe ha sido calificado por quienes lo han elaborado como el «principio del viaje», e insta a los Estados a adoptar una serie de medidas para afrontar los desafíos a los que se enfrenta el mercado de trabajo ante los profundos cambios, sin precedentes, que trae consigo la tecnología. Para ello, en nuestro país es esencial una reforma integral del ET, dada la evidente obsolescencia de muchos de sus preceptos. La norma estatutaria no representa ya la realidad del mercado laboral actual, al no tener capacidad para dar respuesta a los retos que trae consigo la digitalización, la robotización y la inteligencia artificial. Es indispensable pensar en una nueva gobernanza del mercado de trabajo y de las distintas formas de prestar trabajo, lo cual solo será posible con una visión reguladora conjunta, tanto del trabajo dependiente como del trabajo autónomo, y no, como ha ocurrido hasta ahora en el marco y como consecuencia de la crisis económica, centrandolo los esfuerzos en el autoempleo y en la idea del «emprendimiento» falsamente planteada.

Por su parte, la Comisión Europea dio a conocer en diciembre de 2018 su Plan de coordinación entre los Estados miembros en materia de inteligencia artificial<sup>38</sup>. En él se expone, entre otras cuestiones, que la persona debe estar en el centro del desarrollo de la inteligencia artificial, y que su implantación traerá consigo que un elevado número de trabajadores deba mejorar sus habilidades profesionales. Se invita así a los Estados miembros al desarrollo de estrategias adecuadas. Algunos países de nuestro entorno han iniciado ese viaje de preparación, ante lo que viene a denominarse «un mundo con un empleo distinto». Sirva Francia de modelo, que, habiéndose adelantado a la Comisión Europea, presentó el pasado mes de marzo de 2018 el plan *Artificial Intelligence for Humanity*<sup>39</sup>, apostando por un marco propicio para el progreso técnico y social. También es el caso de China o Reino Unido, donde se registran iniciativas de similar naturaleza; países que son conscientes de

<sup>37</sup> <[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms\\_662442.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_662442.pdf)>.

<sup>38</sup> <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/coordinated-plan-artificial-intelligence>>.

<sup>39</sup> <<https://www.aiforhumanity.fr/en/>>.

la necesidad de subirse a este tren cuanto antes, y no quedarse en la estación, como es el caso de España, al menos, por ahora.

En los próximos años, el empleo tal y como lo conocemos va a experimentar una profunda mutación, debiendo adaptarse a una automatización global, a una transformación digital completa, que requiere preparación, entre otros campos, desde el punto de vista del liderazgo.

No obstante, debiera pensarse que el legislador debe poner el foco en el trabajador asalariado, por cuanto este representa la mayoritaria forma de prestación de trabajo, teniendo en cuenta que «el futuro del trabajo que queremos es el futuro de la regulación del trabajo que queremos» (Baylos, 2017, p. 116).

## Referencias bibliográficas

- Alameda Castillo, M. T. (2019). Empleo autónomo en la hibridación del mercado de trabajo. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 49, 26-43.
- Ballester Pastor, I. (2016). *Trabajo y protección social del autónomo. Un estudio sobre su precariedad*. Barcelona: Atelier.
- Baylos Grau, A. P. (2017). El futuro de las normas del trabajo que queremos. En M. L. Rodríguez Fernández y L. Mora Cabello de Alba (Coords.), *El futuro del trabajo que queremos* (pp. 115-132). Albacete: Bomarzo.
- Blázquez Agudo, E. M. (2013). [Disfunciones aplicativas de la protección por cese de actividad: una asistencia limitada frente al desempleo de los trabajadores por cuenta ajena](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 358, 127-164.
- Cavas Martínez, F. (2017). [Las prestaciones de servicios a través de las plataformas informáticas de consumo colaborativo: un nuevo desafío para el derecho del trabajo](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 406, 23-56.
- Comisión de expertos. (2005). Un estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo. Informe de la Comisión de expertos, designada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, para la elaboración de un Estatuto del trabajador autónomo. Recuperado de <<http://www.upta-aragon.es/documentacion/legislacion/09-04-13estatuto-autonomo/informecomision.pdf>> (consultado el 30 de abril de 2019).
- Dans Álvarez de Sotomayor, L. (2019). Régimen jurídico del trabajador autónomo económicamente dependiente en el sector asegurador tras la reforma de la distribución de seguros. En J. Bataller Gracu y M. R. Quintáns-Eiras (Dirs.), *La distribución de seguros privados* (pp. 187-210). Madrid: Marcial Pons.

- Desdentado Bonete, A. (2011). El futuro de la Seguridad Social de los trabajadores autónomos: reflexiones críticas con algunas propuestas. *Actualidad Laboral*, 15, 1.764-1.772.
- Fernández Avilés, J. A. (2019). [Possunt quia posse videntur: nuevo paquete de medidas urgentes para la protección social del trabajador autónomo](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 431, 5-14.
- López Anierte, M. C. (2014). El accidente de trabajo y la enfermedad profesional del trabajador por cuenta propia o autónomo: los retos de su protección y prevención. *Actualidad Laboral*, 7-8.
- López i Mora, F. (2011). Trabajo autónomo, Estado social y la expansión de su estatuto. En P. Morgado Panadero (Coord.), *Trabajo autónomo e igualdad. Reflexiones desde el derecho del trabajo* (pp. 31-73). Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- Love, H. (2016). *The start-up J curve: the six steps to entrepreneurial success*. Texas: Greenleaf Book Group Press.
- Mercader Uguina, J. R. (2017). *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Molina Navarrete, C. (2018). [«A la caza» del «falso autónomo»: mejora de la acción inspectora contra el fraude y el «estrés financiero» de la Seguridad Social](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 427, 153-169.
- Nicolás Bernad, J. A. (2018). [Controversias jurídicas en materia de Seguridad Social en la aplicación de la Ley 6/2017, de reformas urgentes del trabajo autónomo, y propuestas de mejora](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 422, 27-59.
- Ramos Quintana, M. I. (2018). Un soporte jurídico para el trabajo digital, ¿qué trabajo? *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 47, 10-14.
- Rodríguez Escanciano, S. (2014a). El régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores autónomos ante el proceso de reforma en la regulación de las mutuas (1). *Actualidad Laboral*, 9.
- Rodríguez Escanciano, S. (2014b). [La colaboración de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en la gestión del régimen público de la Seguridad Social. Consideraciones ante una anunciada reforma](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 372, 11-68.
- Taléns Visconti, E. E. (2019). [Novedades del Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, respecto de la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 433, 29-53.
- Todoí Signes, A. (2017). *El trabajo en la era de la economía colaborativa*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Valdés Dal-Ré, F. (2009). El sistema de protección por cese de actividad del trabajador autónomo: propuestas para una futura regulación. *Revista de Derecho Social*, 45, 25-46.
- Vila Tierno, F. (2018). [Emprendimiento y trabajo autónomo como formas de huida del estándar de trabajo decente](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 421, 45-76.

# Trabajadores de edad avanzada y protección por desempleo ante una política de envejecimiento activo

**María Isabel Granados Romera**

*Profesora contratada doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Granada*

## Extracto

Europa ha de afrontar en los próximos años uno de los mayores retos de carácter económico y social. El envejecimiento de su población provoca una sobrecarga en el sistema de protección social de los Estados miembros, al incrementarse el número de perceptores y reducirse el número de contribuyentes. Ante esta situación, las instituciones de la Unión Europea responden con una política de envejecimiento activo, siendo uno de los pilares fundamentales de esta el alargamiento de la vida laboral de los trabajadores. En una situación como la descrita, es vital que los trabajadores de edad avanzada cuenten con un sistema de protección por desempleo que les garantice suficiencia económica durante los periodos de paro y la vuelta al mercado laboral. E, igualmente, es imprescindible una modificación normativa que, a medio plazo, acabe con la «prejubilación subsidiada» y precaria, y con los perniciosos efectos que aquella provoca sobre la futura pensión de retiro; de lo contrario, el alargamiento de la vida activa será un objetivo inalcanzable en nuestro país.

**Palabras clave:** trabajadores mayores; envejecimiento activo; protección por desempleo.

Fecha de entrada: 19-09-2019 / Fecha de aceptación: 04-10-2019

**Cómo citar:** Granados Romera, M.<sup>ª</sup>l. (2019). Trabajadores de edad avanzada y protección por desempleo ante una política de envejecimiento activo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 441, 51-84.



# Elderly workers and unemployment protection in the face of an active ageing policy

María Isabel Granados Romera

## Abstract

Europe must face a great economic and social challenge in the coming years. The ageing of the population causes overload in the social protection system, because the number of beneficiaries increases and the number of contributors is descending. European Union Institutions adopt an active ageing policy to respond to this situation, the elongation working life, is an integral part of that policy. In this situation is very important that elderly workers have a good system unemployment protection that guarantees economic sufficiency during periods of unemployment and the return to the labour market. And it is also essential, in a medium term; a normative change to the elongation active life can be an achievable objective in our country.

**Keywords:** elderly workers; active ageing policy; unemployment protection.

**Citation:** Granados Romera, M.<sup>a</sup> I. (2019). Elderly workers and unemployment protection in the face of an active ageing policy. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 441, 51-84.





## Sumario

1. Introducción: el envejecimiento de la población, todo un desafío para la política de protección social
  2. El concepto político jurídico de «trabajador mayor» o de «edad avanzada»
    - 2.1. Los compromisos internacionales al respecto: la Organización Internacional del Trabajo y la UE
    - 2.2. Marco jurídico estatal
  3. Trabajadores mayores de 55 años y mercado de trabajo: un colectivo en situación especialmente vulnerable
  4. La protección por desempleo de los trabajadores de edad avanzada
    - 4.1. El subsidio de desempleo para mayores de 52 años: una prestación en proceso de cambio
      - 4.1.1. La situación legal de desempleo
      - 4.1.2. Requisitos de acceso a la prestación
      - 4.1.3. Contenido
      - 4.1.4. Duración y extinción
      - 4.1.5. La inadecuación del subsidio para mayores de 52 años a la política de envejecimiento activo
    - 4.2. El subsidio agrario para trabajadores eventuales mayores de 52 años de las comunidades autónomas de Andalucía y Extremadura
  5. La protección de los trabajadores de edad madura
    - 5.1. El subsidio de desempleo para mayores de 45 años
    - 5.2. Vías indirectas y subsidiarias de protección para trabajadores de edad madura
  6. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

## 1. Introducción: el envejecimiento de la población, todo un desafío para la política de protección social

El envejecimiento de la población se acelera en Europa. Según la Eurostat (2018), la población europea mayor de 65 años se incrementó un 2,4 % entre 2007 y 2017, y supone ya una quinta parte del total (19,4 %). La pirámide de población se va estrechando de un modo importante por su parte central, afectando a la población comprendida entre los 30 y 60 años, de modo que las previsiones apuntan a que en 2080 tendrá forma de bloque rectangular. La población comprendida en la franja entre los 15 y 64 años se ha reducido en un 2,1 % en los últimos 10 años, y la tasa de dependencia de personas mayores presenta una clara tendencia al alza, incrementándose un 4,7 % entre 2007 y 2017 (del 25,2 % pasó al 29,9 %), reduciéndose, por tanto, el número de personas en edad de trabajar respecto a las mayores de 65 años. Estimaciones que son aún más pesimistas en los estudios de prospectiva realizados en el ámbito internacional. La Organización de Naciones Unidas (ONU, 2015) pronostica que, en 2050, en Europa, las personas mayores de 60 años supondrán el 30 % de la población, siendo el continente más envejecido.

La situación en España no es más halagüeña. En la actualidad, mantiene cifras muy similares a las europeas; no obstante, el Consejo Superior de Investigaciones (2015) ha puesto de manifiesto que la tendencia al envejecimiento en nuestro país es aún más acusada que en el resto de los países europeos. Pronostica que, en el año 2050, la población mayor de 65 años superará la cifra del 30 %.

Indudablemente, el envejecimiento de la población genera una sobrecarga en el sistema de protección social y hace que se resienta el estado de bienestar, al incrementarse el número de perceptores de pensiones públicas y reducirse el número de contribuyentes; por ello es imprescindible la toma de medidas adecuadas. No cabe duda de que Europa está ante un gran reto de contenido económico, y social, del que salir airosa no va a ser fácil. Una de las claves para afrontarlo consistirá en incrementar la tasa de empleos. Todo un desafío<sup>1</sup>. Pero, ciertamente, es el modo de garantizar la entrada de más recursos en el sistema.

<sup>1</sup> Así lo establece el Consejo de Europa en sus Conclusiones de 14 y 15 de marzo de 2013.



La apuesta directa de la Unión Europea (UE) para afrontar esta situación ha sido el envejecimiento activo (Monereo, 2019, p. 53), es decir, el alargamiento de la vida laboral de los trabajadores, y el incremento de la tasa de empleo de los trabajadores mayores, comprendidos entre los 55 y 64 años, sensiblemente más baja en Europa que en países como Estados Unidos o Japón. Así se puso de manifiesto por la Comisión Europea en numerosas ocasiones<sup>2</sup>, si bien de un modo más reciente, en la Estrategia Europa 2020, adoptada en marzo de 2010; línea de actuación que se mantiene en la actualidad, como apunta la Decisión (UE) del Consejo 2018/1215, de 16 de julio<sup>3</sup>, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros<sup>4</sup>.

Ante una situación como la descrita, en la que el alargamiento de la vida activa es un hecho inexorable, la protección por desempleo de los trabajadores de edad avanzada se convierte en una pieza clave del sistema que debe asegurar la incorporación a un nuevo empleo, garantizar la suficiencia de recursos durante ese periodo de tiempo en el que el trabajador se encuentra desempleado<sup>5</sup> y todo ello sin generar efectos nocivos sobre la base de cotización, para evitar perjudicar la cuantía de una futura pensión. Con esta política, necesaria ante las bajas tasas de natalidad y el envejecimiento de la población, y con el objetivo de mantener los niveles de protección social actualmente existentes, los trabajadores mayores<sup>6</sup>, es decir, los comprendidos entre 50 y 67 años, e incluso por encima de esa edad, deben mantenerse necesariamente en activo, y los periodos de desempleo no pueden ser tratados, simplemente, como una transición precaria hacia la jubilación.

Los objetivos marcados por la UE requieren la adopción de medidas concretas. La realización de cualquier propuesta precisa de un análisis de la situación actual del mercado de trabajo en nuestro país y su regulación jurídica. No obstante, conviene detenerse previamente en el concepto de «trabajador mayor» o «de edad avanzada», para delimitar con precisión el campo científico sobre el que trabajar.

---

<sup>2</sup> Sobre esta cuestión, véase epígrafe siguiente.

<sup>3</sup> DO L 224/4, de 5 de octubre de 2018. Instrumento de aplicación de la Estrategia Europa 2020.

<sup>4</sup> «Las reformas de las pensiones deberán apoyarse en medidas que amplíen la vida laboral, como el aumento de la edad efectiva de jubilación, y enmarcarse en unas estrategias de envejecimiento activo» (Decisión 2018/1215).

<sup>5</sup> En este sentido se pronuncia la Decisión 2018/1215 citada: «Los Estados miembros deben facilitar a los desempleados unas prestaciones de desempleo adecuadas y de duración razonable [...]. Estas prestaciones no deben desincentivar un retorno rápido al trabajo y deben ir acompañadas de políticas activas del mercado de trabajo».

<sup>6</sup> Sobre los conceptos de «trabajador mayor», «trabajador maduro» y «de edad avanzada», véase epígrafe siguiente.

## 2. El concepto político jurídico de «trabajador mayor» o de «edad avanzada»

Desde el punto de vista sociológico, se consideran personas mayores a partir de los 65 años (Abellán *et al.*, 2019, p. 5); no obstante, la Organización Mundial de la Salud (2002) considera personas de edad avanzada a partir de 60 años. Sin embargo, desde la perspectiva laboral, la delimitación del concepto de «trabajador mayor» requiere la valoración de toda una serie de factores, y no solo la esperanza y calidad de vida, sino que también será imprescindible tener en cuenta la edad de jubilación fijada por la normativa vigente, la situación económica y demográfica del país, o el sistema de protección social<sup>7</sup>. Como no podía ser de otro modo, la búsqueda de un concepto jurídico requiere tener en cuenta los compromisos normativos internacionales adquiridos por España sobre esta cuestión.

### 2.1. Los compromisos internacionales al respecto: la Organización Internacional del Trabajo y la UE

Desde la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se ha prestado atención a los trabajadores de edad avanzada en distintos momentos y para la protección de aspectos diversos. La Recomendación número 162 de la OIT (1980), «sobre trabajadores de edad»<sup>8</sup>, pretende evitar cualquier forma de discriminación en materia de ocupación y empleo referida a los mismos, mejorar las condiciones y el ambiente en el trabajo y que el paso de la actividad al retiro sea de modo flexible y voluntario. Esa es la denominación que utiliza, «trabajadores de edad», no obstante, no se indica qué trabajadores han de ser calificados como tales, sino que cada país deberá delimitar los grupos de edad atendiendo a las circunstancias locales. Opción esta totalmente lógica, pues el concepto de «trabajador de más edad», o «de edad avanzada», vendrá delimitado por distintos factores propios de cada país, como ya se ha indicado.

No obstante, desde el seno de la OIT se ha prestado en varias ocasiones atención a los trabajadores mayores, con carácter previo a la recomendación anteriormente citada. Así, el 23 de junio de 1975, la Conferencia General, en su 60.<sup>a</sup> reunión, adopta la número 150<sup>9</sup>,

<sup>7</sup> En el Decreto 2431/1966, de 13 de agosto (BOE de 29 de septiembre), aparecía el concepto de «trabajadores de edad madura», y consideraba como tales a los trabajadores mayores de 45 años. Tan solo 4 años después, se consideró oportuno bajar la edad, y las medidas previstas en aquel, junto con otras nuevas de empleo protegido y preferente, pasaban a aplicarse a trabajadores mayores de 40 años, para evitar la discriminación que el mercado de trabajo ya practicaba hacia ellos. Así lo preveía el Decreto 1293/1970, de 30 de abril (BOE de 8 de mayo).

<sup>8</sup> Adoptada en la 66.<sup>a</sup> reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) (23 de junio de 1980).

<sup>9</sup> Recomendación que ha sido sustituida por la número 195, sobre el desarrollo de los recursos humanos (2004).

sobre «desarrollo de los recursos humanos», que dedica el apartado 50 a los trabajadores de edad avanzada, previendo una serie de medidas en materia de formación profesional y prevención de riesgos, para evitar la pérdida de empleo y facilitar, en su caso, el acceso a uno nuevo. También la Recomendación 122, sobre la «política de empleo» (1964)<sup>10</sup>, señala entre los colectivos que presentan dificultades especiales de acceso al empleo a los trabajadores de más edad e indica la importancia de que los Estados adopten las medidas oportunas para atender aquellas. De un modo más reciente, la Recomendación número 198<sup>11</sup>, sobre «la relación de trabajo», vuelve a recordar que los trabajadores de edad son un grupo de mayor vulnerabilidad, si bien no indica ni sugiere a los Estados ninguna medida concreta de protección. Con una fórmula genérica, la Recomendación número 204, sobre «la transición de la economía informal a la economía formal»<sup>12</sup>, incluye a los trabajadores mayores como colectivo desfavorecido, y, en consecuencia, a proteger en el diseño y aplicación de estrategias de transición de la economía informal a la formal.

Sin embargo, ninguno de estos documentos añade característica o rasgo que contribuya a la determinación del concepto de «trabajador mayor» o «trabajador de más edad».

La UE prestó atención a los trabajadores de edad avanzada desde inicios de la década de los ochenta. Aunque, en un primer momento, el foco se centró en las personas ancianas, es decir, aquellas que ya habían superado la edad de jubilación o estaban muy próximas a la misma, con el objetivo de asegurarles una vida independiente, esto es, fomentar su autonomía y su inserción social. También, en esta primera etapa, las resoluciones y documentos elaborados por las instituciones europeas pretendían, de un modo progresivo, que en la sociedad fuese calando, y los Estados la fijaran como objetivo político, la jubilación anticipada voluntaria, la jubilación parcial e, incluso, la flexible, para facilitar el paso de la actividad al retiro, de modo que los trabajadores asalariados pudieran elegir libremente el momento de acceso a la jubilación, o bien la reducción de su actividad laboral dentro de ciertos límites que los propios Estados marcarían, o la compatibilidad del trabajo con una pensión por vejez<sup>13</sup>.

El año 1993, «Año europeo de las personas de edad avanzada y de la solidaridad entre las generaciones»<sup>14</sup>, supuso un giro importante (Ordóñez, 2019, p. 59) en el tratamiento y

<sup>10</sup> Recomendación adoptada en la 48.ª reunión de la CIT, el 9 de julio de 1964.

<sup>11</sup> Adoptada en la 95.ª reunión de la CIT, de 15 de junio de 2006.

<sup>12</sup> Adoptada en la 104.ª reunión de la CIT, de 12 de junio de 2015.

<sup>13</sup> Recomendación del Consejo 82/857/CEE, relativa a los principios de una política comunitaria sobre la edad de jubilación, de 10 de diciembre de 1982.

<sup>14</sup> Véase Decisión del Consejo de 24 de junio de 1992, relativa a la organización del Año europeo de las personas de edad avanzada y de la solidaridad entre generaciones (1993), 92/440/CEE, DO de 26 de agosto de 1992, L 245/43.

atención que las instituciones europeas prestaban a las personas de edad avanzada. Se inicia una política clara de envejecimiento activo, se insta a los trabajadores mayores a que no abandonen su vida laboral, con el objetivo no solo de la prolongación de esta, sino también de la reducción del gasto en pensiones.

Y ese cambio político viene a ser confirmado por la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas: «Hacia una Europa para todas las edades. Fomentar la prosperidad y la solidaridad entre generaciones», de 21 de mayo de 1999<sup>15</sup>. En la misma, la Comisión realiza un planteamiento global de la cuestión analizando las distintas dimensiones: demográfica (el progresivo envejecimiento de la población europea), económico-financiera (la carga que va a implicar el incremento de pensionistas y el alargamiento del periodo de percepción en los sistemas de protección social), asistencial (creciente necesidad de recursos para la tercera edad que permitan asegurarles calidad de vida) y sanitaria (imprescindible la adopción de políticas de prevención que permitan el envejecimiento sano y que frenen el aumento de las personas dependientes).

La Comisión pretendía una serie de medidas para poder afrontar el cambio demográfico que implicaba el envejecimiento de la población. Por un lado, y con el objetivo de alargar la vida activa de los trabajadores, se proponía potenciar la formación para incrementar su capacidad de empleo<sup>16</sup>, reforzar la movilidad de los trabajadores, es decir, que la permanencia en el trabajo se produjera no necesariamente por su continuidad en la misma empresa y puesto, sino porque se preparase a los trabajadores para el acceso a nuevos empleos.

Con relación a la jubilación, se proyectaban una serie de medidas, muchas de las cuales actualmente están en vigor en nuestro país (Ordóñez, 2019, p. 65). Se consideraba imprescindible que la jubilación anticipada quedase reducida a supuestos excepcionales: aquellos en los que fuera necesaria por el carácter especialmente penoso de la actividad o en el caso de trabajadores con discapacidad; y elevar la edad de jubilación: la apuesta por una jubilación más tardía, gradual y flexible que permitiese compatibilizar el cobro de una parte de la

<sup>15</sup> COM(1999) 221 final (<[https://ec.europa.eu/employment\\_social/social\\_situation/docs/com221\\_es.pdf](https://ec.europa.eu/employment_social/social_situation/docs/com221_es.pdf)>) (consultado el 3 de septiembre de 2019).

<sup>16</sup> Objetivo este que ya se marcó en las Conclusiones del Consejo de Cardiff (apdo. 15), celebrado los días 15 y 16 de junio de 1998 (<[http://www.europarl.europa.eu/summits/car1\\_es.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/car1_es.htm)>) (consultado el 4 de septiembre de 2019). Y, de un modo más explícito, en la Resolución del Consejo de 22 de febrero de 1999, que tenía en cuenta las anteriores conclusiones (Diario Oficial núm. C 069, de 12 de marzo de 1999). Así, entre las directrices para mejorar la capacidad de inserción profesional, se establece:

[...] desarrollar, en el contexto de una política activa en lo que se refiere al envejecimiento, medidas tales como el mantenimiento de la capacidad de trabajo, el aprendizaje permanente y otras disposiciones laborales flexibles, para que los trabajadores de más edad puedan también participar activamente en la vida laboral.

prestación con la vida activa. Igualmente, y como mecanismo para garantizar la sustitución de rentas por parte del sistema de pensiones, la utilización de medidas que incentivasen la implantación de fondos de carácter privado «sostenibles y flexibles»<sup>17</sup>.

Por último, también cabe indicar que se apostaba por un «envejecimiento sano», se proponía «añadir vida a los años», y por ello se marcó como objetivo garantizar el acceso a los mayores a tratamientos avanzados que permitiesen su recuperación, siendo en este sentido fundamentales los tratamientos rehabilitadores.

No obstante, en este documento tampoco se delimita cuál es el concepto de «trabajador mayor» o «de edad avanzada». Es cierto que sí indica la importancia de incrementar el empleo en grupos de trabajadores entre 50 y 64 años, ya que las previsiones apuntaban que ese sector de la población se incrementaría más de un 25 % en los próximos 20 años, y por ello sería determinante mantener una tasa alta de actividad de este, que evitaría poner en riesgo la sostenibilidad del sistema de pensiones. Y, precisamente, la tendencia había sido la contraria, pues en los últimos años se había reducido bastante la tasa de empleo de los trabajadores entre 55 y 64 años, como consecuencia, en buena medida, de las reestructuraciones empresariales. Es evidente que, aunque no se fija un concepto de «trabajador mayor», las instituciones europeas dirigen sus políticas a aquellos con edades próximas a la jubilación; teniendo en cuenta que, en ese momento, la edad de jubilación estaba alrededor de los 62 años (Moreno, 2016, p. 203), la franja de edad se retrotrae entre 10 y 12 años, para delimitar al trabajador de edad avanzada.

Es con la Decisión del Consejo de 18 de febrero de 2002, «relativa a las directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros para el año 2002»<sup>18</sup>, cuando por primera vez se indica quiénes han de ser considerados «personas de más edad», señalando a los comprendidos entre 55 y 64 años. Precisamente el Consejo marca como objetivo para alcanzar en 2010 una tasa de empleo del 50 % de tales personas<sup>19</sup>. En idéntico sentido se manifiesta la Decisión del Consejo de 22 de julio de 2003, relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros<sup>20</sup> para los años 2003 y 2004<sup>21</sup>. También, entre

<sup>17</sup> En este sentido, véase Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas: «Hacia una Europa para todas las edades. Fomentar la prosperidad y la solidaridad entre generaciones», de 21 de mayo de 1999, citada.

<sup>18</sup> 2002/177/CE, DO L 60/60, de 1 de marzo de 2002.

<sup>19</sup> Objetivo este que se marcó en el Consejo Europeo de Estocolmo de 2001. Véanse «Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Estocolmo de 23 y 24 de marzo», parte I, apartado III.9.

<sup>20</sup> 2003/578/CE, DO 197/13, de 5 de agosto de 2003.

<sup>21</sup> Las directrices previstas para 2003 se prorrogan para 2004 por la Decisión del Consejo de 4 de octubre de 2004, relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros (2004/740/CE, DO 326/45, de 29 de octubre de 2004).

los objetivos marcados, se encontraba el incremento de 5 años de la media de edad de las personas que abandonan el mercado de trabajo, es decir, ya se establecían medidas políticas concretas para el alargamiento de la vida activa<sup>22</sup>.

En el año 2005, la Decisión del Consejo de 12 de julio, relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros<sup>23</sup>, que fija el programa de empleo para el periodo 2005-2008, vuelve sobre el concepto que ya fijaron las directrices precedentes, si bien ahora utiliza el término «trabajador de más edad»; delimitando como tales a los comprendidos entre los 55 y 64 años<sup>24</sup>. Es decir, es evidente que en el ámbito de la UE el término «trabajador mayor» viene referido a los que se encuentran en dicha franja de edad. Ya no se incluyen los trabajadores de 50-54 años, algo totalmente lógico, pues si uno de los objetivos marcados por la Estrategia europea de empleo era posponer al menos 5 años la edad de retirada del mercado laboral (en esta decisión se reitera tal medida<sup>25</sup>), y consecuentemente diferir la edad de jubilación, el concepto de «trabajador mayor» necesariamente ha de cambiar.

Posteriormente, la Estrategia europea 2020, «Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador», Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010<sup>26</sup>, también haría suyo ese concepto de «trabajador mayor». Mediante esta comunicación, la Unión pretendía la recuperación económica y financiera de Europa, superando las debilidades estructurales para que continuase siendo una potencia económica, e incluso se reforzara como tal, fijando, además, toda una serie de retos sociales como: el incremento del empleo hasta una tasa mínima del 75 %, la cohesión social y territorial, la erradicación de la pobreza, aumentar al menos hasta un 40 % la tasa de titulados superiores e invertir un 3 % del PIB en investigación y desarrollo.

Ciertamente, la Estrategia europea 2020 marca entre sus objetivos el incremento de la tasa de empleo de los trabajadores entre 55 y 64, al ser sensiblemente más baja que la de

<sup>22</sup> Objetivo que también se marcó en el Consejo Europeo de Barcelona de 2002. Véanse «Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Barcelona de 15 y 16 de marzo», parte I, núm. 32, página 12 (<<https://e00-elmundo.uecdn.es/documentos/2002/03/16/documento.pdf>>) (consultado el 6 de septiembre de 2019).

<sup>23</sup> 2005/600/CE, DO L 205/21, de 6 de agosto de 2005.

<sup>24</sup> Véase «Directriz núm. 17: Aplicar políticas de empleo conducentes al pleno empleo, la mejora de la calidad y la productividad del trabajo y el fortalecimiento de la cohesión social y territorial».

<sup>25</sup> Entre los objetivos y puntos de referencia establecidos en el marco de la Estrategia europea de empleo, parte final del anexo de la Decisión del Consejo de 12 de julio de 2005, ya citada, se establece: «un aumento de 5 años en la edad media efectiva de salida del mercado laboral en la UE de aquí a 2010 (con respecto a los 59,9 años en 2001)».

<sup>26</sup> COM(2010) 2020 (<<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:em0028&from=ES>>) (consultado el 5 de septiembre de 2019).

otros países como Estados Unidos o Japón, que asciende al 62 %, frente al 46 % europeo. Es decir, Europa estima que la baja tasa de actividad y de empleo se manifiesta a partir de los 55 años<sup>27</sup>, y, por ello, hacia ese colectivo se han de orientar las políticas de empleo y las distintas medidas de envejecimiento activo<sup>28</sup> que forman parte de la iniciativa emblemática «una agenda para nuevas calificaciones y empleos».

## 2.2. Marco jurídico estatal

Efectivamente, ninguno de los documentos europeos mencionados tiene carácter vinculante; son orientaciones y directrices, incluso a veces adoptan la forma de decisiones, pero, en este caso, tienen un carácter atípico y no se trata de las reguladas en el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

No obstante, se ha de tener presente que en la mayoría de los casos se trata de documentos relativos a la política de empleo, cuestión sobre la que la UE no tiene competencia normativa creadora. Ahora bien, a partir del Tratado de Ámsterdam (firmado el 2 de octubre de 1997, en vigor el 1 de mayo de 1999)<sup>29</sup>, las instituciones europeas sí tienen competencia para establecer y coordinar la política de empleo. Y los Estados miembros están obligados a tomar las medidas que estimen pertinentes para cumplir los objetivos que en la misma se marcan (Fernández y Calvo, 2016, p. 119) y, si en su caso no se alcanzan, informar a la Comisión sobre ello, y todo en virtud del artículo 148.3 del TFUE. Por tanto, y en virtud de ello también en España, se considera como trabajadores mayores los comprendidos entre los 55 y 64 años de edad.

Precisamente, en el Acuerdo social y económico firmado por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y el Gobierno en febrero de 2011 (legislatura presidida por Rodríguez Zapatero), se establece como objetivo el incremento de empleo de trabajadores de «más edad», señalando como tales los comprendidos entre los 55 y

<sup>27</sup> Sobre este tema, véase epígrafe siguiente.

<sup>28</sup> En la «Declaración del Consejo sobre el Año europeo del envejecimiento activo y de la solidaridad intergeneracional (2012). Estrategia futura» (de 7 de diciembre de 2012), se establece la importancia de aprovechar el potencial de todas las generaciones, y, en particular, de los grupos de mayor edad, para poder hacer frente al cambio demográfico que experimentará Europa en los próximos años. La formación y el aprendizaje permanente serán políticas básicas a adoptar en el mercado de trabajo como mecanismo para garantizar el envejecimiento activo (<<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-17468-2012-INIT/es/pdf>>) (consultado el 6 de septiembre de 2019).

<sup>29</sup> Es en el Consejo Europeo Extraordinario sobre el Empleo de Luxemburgo, celebrado los días 20 y 21 de noviembre de 1997, adelantándose de este modo una de las medidas previstas en el Tratado de Ámsterdam, a la entrada en vigor de este. El objetivo básico fijado fue la reducción significativa del empleo a lo largo de los 5 años siguientes (1997-2003).

64 años. Fruto de este compromiso fue la «Estrategia 55 y más» adoptada por el Consejo de Ministros el 28 de octubre de 2011, instrumento mediante el que se establece el marco general de las políticas dirigidas a favorecer el empleo de los trabajadores de más edad, considerando como tales a trabajadores y trabajadoras de más de 55 años.

El cambio inmediato y posterior de Gobierno en diciembre de 2012 no implicó una alteración de la política en este aspecto, pues igualmente el concepto de «trabajadores mayores» aludía a aquellos que tenían más de 55 años. De hecho, los califica como colectivo prioritario para participar en acciones y medidas de políticas activas de empleo. Precisamente mediante la disposición adicional octava del Real Decreto-Ley 5/2013<sup>30</sup>, se incluyó al colectivo de mayores de 55 años que hubiesen «agotado la prestación por desempleo de nivel contributivo o cualquiera de los subsidios por desempleo [...], o no tengan derecho a los mismos» como colectivo prioritario para su participación en las acciones y medidas de políticas activas de empleo que desarrollen los servicios públicos de empleo a los efectos previstos en el artículo 19 octies de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo. Es cierto que la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 61/2018 declarararía nulo el precepto, pero no por su contenido, sino por ausencia de presupuesto habilitante para la utilización del decreto-ley.

Igualmente, la modificación del subsidio de desempleo para mayores de 52 años, el denominado «subsidio de prejubilación», que pasó a ser para mayores de 55 años, puede considerarse una muestra más de que quería proporcionarse una protección al desempleo de larga duración a los trabajadores de esa franja de edad, pues se consideraba un colectivo más vulnerable. No cabe duda de que el objetivo prioritario del Gobierno, con esta medida, fue reducir los gastos en materia de protección social, ya que aminoraría considerablemente el número de beneficiarios (como más adelante se analiza), pero también es muestra de que el nuevo Gobierno consideraba trabajadores de edad avanzada o de mayor edad a los que tenían más de 55 años, y la medida sería una forma de contribuir al alargamiento de la vida activa<sup>31</sup>.

Con el Gobierno presidido por el Partido Socialista a partir de junio de 2018, los mayores de 55 años continúan siendo colectivo prioritario de las políticas de empleo, y son considerados «trabajadores mayores». Esta es la terminología utilizada por la Estrategia española de activación para el empleo 2017-2020<sup>32</sup> y que el nuevo Gobierno, después de la moción de censura, mantiene y hace suya, como se deduce del preámbulo del Real

<sup>30</sup> 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 (BOE de 16 de marzo).

<sup>31</sup> En este sentido, véase el preámbulo del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, p. 11.

<sup>32</sup> Real Decreto 1032/2017, de 15 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia española de activación para el empleo (BOE de 16 de diciembre).



Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo<sup>33</sup>, al indicar que el Gobierno prestará especial atención a los parados de larga duración y a los mayores de 55 años, para conseguir su reinserción laboral, como así lo marca la Estrategia de activación para el empleo 2017-2020. Y es que en la citada estrategia se indica que la tasa de ocupación de los mayores de 55 años es de las más bajas, casi 20 puntos porcentuales inferior a las del tramo de edad de mayor ocupación, e, igualmente, se señala que su transición al empleo es de las más difíciles<sup>34</sup>. Consecuentemente, entre los objetivos estratégicos se marca: «mejorar de manera prioritaria la activación e inserción de los desempleados de larga duración y los mayores de 55 años»<sup>35</sup>.

Tampoco el nuevo Gobierno del Partido Socialista, con Pedro Sánchez como jefe del Ejecutivo, opta por un concepto distinto de trabajador mayor. La recuperación del subsidio para mayores de 52 años es una medida de protección social ineludible para un colectivo que, como consecuencia de la crisis, quedó bruscamente desprotegido y fue situado al borde de la exclusión social, pero las políticas de empleo continúan dirigidas a los mayores de 55 años, considerando, por tanto, tal colectivo como trabajadores mayores.

### 3. Trabajadores mayores de 55 años y mercado de trabajo: un colectivo en situación especialmente vulnerable

Durante la década de 2007 a 2017, la tasa de desempleados con edad superior a 55 años se multiplicó por 3 en nuestro país, pasando de un 5,7 % a un 14,8 % en 2017 (actualmente ha descendido un poco, 12,27 %, tasa correspondiente al informe del segundo trimestre, junio de 2019, de la Encuesta de Población Activa –EPA–, Instituto Nacional de Estadística –INE–). Según el Informe «Mayores de 55 años en el mercado de trabajo español», realizado por el Gabinete Técnico de la UGT (2018), el número total de personas desempleadas durante esa década se incrementó un 112 %, pero para los trabajadores mayores de 55 años el aumento fue aún mayor: un 293 %. Es cierto que se ha incrementado la población activa en esa franja de edad, que pasó del 10,7 % en 2007 al 16 % en 2017, pero también crecen las personas inactivas, prácticamente en la misma proporción, del 62,3 % en 2007 pasan al 67,7 % en 2017. De modo que el crecimiento del número de trabajadores en esa franja de edad no justifica el incremento desmesurado del desempleo que tuvo lugar en esa década. Simplemente ello es una muestra del envejecimiento de la población. Entre 2007 y 2017 la franja de población comprendida entre los 55 y 69 años crece un 22,26 %, pues según el INE, en 2007, la población entre 55 y 69 años ascendía a 6.647.220 personas, y, en 2017, la cifra era de 8.126.964.

<sup>33</sup> De medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo (BOE de 12 de marzo de 2019).

<sup>34</sup> Véase, Real Decreto 1032/2017, citado, p. 14.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 21.

Además, otro dato negativo a destacar es que el colectivo de los trabajadores mayores es especialmente castigado por el paro de larga duración. En 2007, el número de personas que llevaban más de 1 año buscando empleo suponía un 23,7 % de los desempleados, un porcentaje que se elevó al 52,6 % en 2017. Entre los mayores de 55 años, el porcentaje de parados de larga duración era bastante superior: 50,8 % en 2007, llegando a una cifra muy elevada en 2017: 72,1 % de los desempleados mayores de 55 años llevaban más de 1 año buscando empleo. Es cierto que los datos mejoraron en 2018: según Eurostat, el porcentaje de desempleados mayores de 50 años que llevan más de 1 año desempleados asciende a un 62,23 %, pero duplican la tasa de los comprendidos entre 25 y 50, y triplican la de los trabajadores menores de 25 años.

Los datos referidos al paro de muy larga duración tampoco son especialmente alentadores. Se trata de trabajadores que llevan buscando empleo durante más de 2 años. En 2017, según el informe realizado por UGT (2018), afectaba a un total del 38,4 % de los desempleados, de los que el 60,1 % eran mayores de 55 años. En el segundo trimestre de 2019, la tendencia ciertamente es a la baja: el total de desempleados de muy larga duración según la EPA asciende al 31,5 %, de los que el 51,68 % son mayores de 55 años; valores inferiores a los de años precedentes, pero no deja de ser preocupante que la mitad de los trabajadores mayores desempleados lleven más de 2 años expulsados del mercado laboral.

Es decir, la estadística pone de manifiesto que el colectivo de los trabajadores mayores de 55 años ha sido especialmente golpeado durante la crisis. Y aunque las cifras, según indica el INE, comienzan a mostrar una tendencia positiva, pues la tasa de paro de los mayores de 55 años en el segundo trimestre de 2019 (12,27 %) es incluso inferior a la tasa general de desempleo (14,02 %), se trata de un sector de la población activa especialmente frágil, para los que la vuelta al trabajo se dificulta bastante. Son distintos escollos los que deben salvarse para su reciclaje, convirtiéndose, de este modo, en trabajadores poco atractivos, para los que salir de la situación de desempleo suele resultar muy difícil y a veces imposible, convirtiéndose aquella en permanente. De ahí la importancia del tratamiento del tema.

No obstante, existen otros rasgos que muestran la situación tan vulnerable en la que se encuentran los trabajadores de edad avanzada en el mercado laboral y que justifican el estudio que se propone. Y es que la pérdida de empleo no solo implica la reducción o desaparición total de su principal fuente de ingresos, colocando a los trabajadores en una situación de riesgo de pobreza<sup>36</sup>, sino que, además, tiene unos tremendos efectos negativos sobre la

<sup>36</sup> El indicador europeo AROPE pone de manifiesto que el grupo de edad entre los 55 y 59 años presenta el mayor porcentaje de personas en situación de riesgo de pobreza y exclusión social, con un 34,3 %. Y ello debido a que se trata de hogares con baja intensidad de trabajo, cuyos miembros, en los que se encuentran cónyuges e hijos dependientes, trabajan muy por debajo de su potencial. Es decir, como revela el CES (Informe, 2014, p. 55): «el paro se encuentra concentrado por hogares, y [...] esa concentración afecta particularmente a los hogares compuestos por una o más personas de 55 a 59 años de edad».

cuantía de su futura pensión de jubilación, y es que en tan solo 3 años, en 2022, se tendrán en cuenta para la determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación los últimos 25 años cotizados<sup>37</sup>, por lo que es evidente que largos periodos de desempleo a partir de los 55 años de edad tendrán consecuencias perniciosas sobre la protección de la vejez.

Por último, cabe señalar que las políticas de envejecimiento activo iniciadas por Europa marcan la agenda. Como ya se ha indicado anteriormente, el alargamiento de la vida activa es un hecho irrefutable para la sostenibilidad de los sistemas de protección social. Así se ha indicado, en numerosas ocasiones, por la UE<sup>38</sup> y, de un modo relativamente reciente, en la Decisión del Consejo 2018/121, de 16 de julio<sup>39</sup>, «relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros», en la que de un modo claro y contundente se afirma que la sostenibilidad del sistema de pensiones requiere de reformas que amplíen la vida laboral y aseguren la vuelta al mercado laboral de los trabajadores mayores. Consecuentemente, la necesidad de alargar la vida activa de los trabajadores exige un tratamiento específico y adecuado para la protección de las situaciones de desempleo de los trabajadores mayores, que permita garantizar la inserción laboral y la suficiencia de recursos.

## 4. La protección por desempleo de los trabajadores de edad avanzada

En nuestro país, la protección por desempleo de carácter contributivo no prevé un tratamiento específico del factor edad. Se trata de una prestación que se percibe en función del tiempo cotizado, sin que la edad del trabajador condicione el acceso a la misma o determine su cuantía. No obstante, en el nivel asistencial de la protección por desempleo, la edad, y, concretamente, la mayor edad, sí va a ser determinante para el acceso a determinadas prestaciones.

La Ley de empleo establece entre los colectivos prioritarios de las políticas de empleo a los mayores de 45 años; es, por ello, lógico que también en materia de políticas pasivas exista un tratamiento específico para los desempleados a partir de tal edad. Efectivamen-

<sup>37</sup> Según establece la disposición transitoria octava de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS), aprobada mediante el Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre (BOE de 31 de octubre).

<sup>38</sup> De un modo muy explícito se señalaba en la Comunicación de la Comisión «Hacia una Europa para todas las edades. Fomentar la prosperidad y la solidaridad entre generaciones», COM (1999), citada:

La manera más productiva y eficaz de oponerse a la amenaza que representa el envejecimiento para la sostenibilidad de los sistemas de pensión es invertir la tendencia al retiro anticipado. Capacitando y motivando a los trabajadores para permanecer activos durante más tiempo y optar por una jubilación más tardía y gradual (p. 14).

<sup>39</sup> DO L 224/4, de 5 de septiembre de 2018.

te, la prestación de desempleo de carácter asistencial prevé una protección particular para los mayores de 45 años y se intensifica para trabajadores mayores de 52 años. Ciertamente, hasta el año 2012 existió un subsidio de protección por desempleo para mayores de 52 años, pero la crisis económica (como ya se ha apuntado), junto con el envejecimiento generalizado de nuestra población, condujo al Ejecutivo a subir la edad para el acceso a ese subsidio a los 55 años. Justificaba el Gobierno que se trataba de una medida imprescindible para reducir el gasto del sistema de Seguridad Social y favorecer el alargamiento de la vida activa; según se manifestaba en la propia exposición de motivos del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, se trataba de modificaciones indispensables para garantizar la sostenibilidad del sistema público de pensiones. Sí mantuvo, en cambio, para el sector agrario, el subsidio para el colectivo de los mayores de 52, dada la gran estacionalidad y precariedad del mismo.

No obstante, el pasado 8 de marzo se aprobó en Consejo de Ministros el Real Decreto-Ley 8/2019, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, cuya entrada en vigor se produce el 13 de marzo, y mediante el que se recupera el tradicional subsidio de prejubilación para mayores de 52 años, si bien con importantes mejoras que a continuación se señalarán.

Como ya se ha indicado anteriormente, la intención del Gobierno con esta modificación normativa no ha sido apartarse de las directrices de la UE en materia de empleo, sino fundamentalmente atender a una necesidad de protección social de un colectivo que como consecuencia de la crisis se había quedado totalmente desprotegido (Vicente, 2014, pp. 61 y 76). Es muy probable que, a medio plazo y como consecuencia de las políticas de envejecimiento activo, se eleve la edad de acceso a esta prestación y que, igualmente, tenga lugar la modificación de otros rasgos de su régimen jurídico, pero tales cambios deberán realizarse de un modo progresivo, al tratarse de un colectivo tan vulnerable.

#### 4.1. El subsidio de desempleo para mayores de 52 años: una prestación en proceso de cambio

Como ya se ha mencionado, el subsidio de mayores de 55 años ha pasado a ser, de nuevo, de 52, desde el pasado 13 de marzo, fecha en la que entró en vigor la norma que previó la modificación. El Ejecutivo ya venía anunciando la intención de llevar a cabo tal cambio, no obstante, la lectura del real decreto-ley permite apreciar otras novedades, en cuanto a los requisitos de acceso a la prestación (flexibilizando el acceso) o en cuanto a la duración.

Por todo ello, considero que es imprescindible proceder al análisis del régimen jurídico de este subsidio, si bien centrando la atención en aquellos aspectos que han sido modificados.

### 4.1.1. La situación legal de desempleo

Para poder tener derecho al subsidio de mayores de 52 años, será necesario encontrarse en alguna de las situaciones que a continuación se indican:

- a) Haber agotado una prestación contributiva de desempleo.
- b) Ser trabajador español emigrante retornado de países no pertenecientes al Espacio Económico Europeo, o con los que no exista convenio sobre protección del desempleo, siempre y cuando acredite haber trabajado un mínimo de 12 meses en tales países, en los últimos 6 años, desde su última salida de España, y no tenga derecho a prestación contributiva de desempleo.
- c) También podrán tener acceso los liberados de prisión sin derecho a prestación contributiva por desempleo cuando la privación de libertad hubiera sido por tiempo superior a 6 meses. Y los menores que hubieran estado en centros de internamiento como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo y la medida privativa de libertad haya sido superior a 6 meses, si al ser liberados son mayores de 16 años<sup>40</sup>.
- d) Haber sido declarado plenamente capaz o inválido en el grado de incapacidad permanente parcial, como consecuencia de revisión por mejoría de una situación de invalidez. Se ha de matizar que, en este caso, el subsidio no protege de la pérdida del empleo, sino de la pérdida de una pensión de incapacidad permanente. El hecho causante es la resolución administrativa que declara la recuperación de la capacidad laboral.
- e) Estar en situación legal de desempleo y no tener derecho a prestación contributiva por desempleo por no haber cubierto el periodo mínimo de cotización, siempre que hayan cotizado, al menos, 3 meses con independencia de que tengan o no responsabilidades familiares.

No obstante, aunque se encuentren en alguna de las situaciones señaladas, no tendrán derecho a esta modalidad de subsidio los trabajadores fijos-discontinuos, mientras tengan la condición de tales<sup>41</sup> (art. 277.4, párrafo 2.º, LGSS).

<sup>40</sup> También se entenderán comprendidas en dicha situación las personas que hubiesen concluido un tratamiento de deshabituación de drogodependencia, siempre que el mismo hubiera durado un periodo superior a 6 meses y que, habiendo delinquido, hayan visto remitida su pena privativa de libertad, precisamente, porque haya quedado acreditada su deshabituación, o bien porque continúen en tratamiento (y ello en virtud de lo dispuesto en el art. 274.2, párrafo 3.º, LGSS).

<sup>41</sup> Sobre esta cuestión ya se pronunció el TC en la Sentencia 53/2004, de 15 de abril (cuestión de inconstitucionalidad 2192/1995), en la que se declaró que no se vulneraba el principio de igualdad al no

La nueva regulación introduce una ventaja importante en este aspecto, que facilita el acceso al subsidio de modo considerable, pues si el trabajador desempleado, encontrándose en alguna de estas situaciones, no ha cumplido aún los 52 años, pero desde dicha fecha mantiene su inscripción como demandante de empleo en el servicio público de empleo, podrá solicitar el subsidio en cuanto cumpla dicha edad (art. 274.4 LGSS).

## 4.1.2. Requisitos de acceso a la prestación

### A) Edad superior a 52 años

Como ya se ha señalado, esta modalidad de subsidio tuvo inicialmente como colectivo destinatario a los trabajadores mayores de 52 años. El Real Decreto-Ley 20/2012 elevó hasta los 55 la edad para acceder a dicho subsidio, con el objetivo, como se indicaba en la propia exposición de motivos «de garantizar su sostenibilidad en el largo plazo y para incentivar el alargamiento de la vida activa». La edad de 55 años fue la exigida a partir del 15 de julio de 2012 (fecha de la entrada en vigor del RDL 20/2012, según disp. final decimotercera.2). No cabe duda de que dicha modificación supuso la reducción del ámbito protector (Gala, 2015, p. 272, y García, 2017, p. 351).

Con el Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo, la edad de acceso al denominado «subsidio de prejubilación» vuelve a ser 52 años. Edad que deberá tener el trabajador desempleado en el momento que haya agotado el subsidio contributivo de desempleo, o se encuentre en alguna de las situaciones de desempleo a que se refiere el artículo 274.1.2 de la LGSS (indicadas en el epígrafe anterior). O, como se indicaba anteriormente, si, aun encontrándose en alguna de tales situaciones, no tiene 52 años, podrá percibir el subsidio cuando los cumpla siempre que no interrumpa la inscripción como demandante de empleo en el servicio público. Una regulación en este sentido ha permitido el acceso al subsidio a numerosos parados de larga duración que no tenían los 52 años cuando se agotaron sus prestaciones de desempleo; junto con la rebaja de la edad, ha supuesto ampliar la protección a 114.000 personas que no tenían acceso a prestación contributiva ni asistencial (así se manifiesta en el preámbulo del propio RDL).

---

reconocer el derecho a los trabajadores fijos-discontinuos al subsidio para mayores de 52 años, porque técnicamente no se encuentran en una situación legal de desempleo (ya que conservan su empleo), durante los periodos de inactividad. Así se declara en el fundamento jurídico quinto, párrafo tercero, de la sentencia citada: «[...] un trabajador fijo discontinuo, mientras mantenga dicha condición, no es (en rigor) un desempleado, aun cuando la interrupción de su actividad de temporada sea considerada por la ley como situación legal de desempleo». No es posible alegar, por tanto, vulneración del principio de igualdad, ya que en este supuesto se pretende equiparar dos grupos que se encuentran en situaciones distintas (los que han perdido el empleo y los que lo mantienen).

En relación con la edad del posible solicitante, hemos de tener en cuenta que el subsidio no se podrá solicitar cuando se tiene la edad que permita el acceso a la pensión de jubilación ordinaria, aspecto este también novedoso. El régimen jurídico precedente exigía la extinción del subsidio no solo si se reunían los requisitos para acceder a la pensión de jubilación ordinaria, sino también anticipada, no obstante, este tema será tratado más adelante.

## B) Inscripción como demandante de empleo y la obligación de aceptar una oferta de empleo adecuada

El artículo 274.1 de la LGSS establece unos requisitos comunes para cualquier subsidio. En primer lugar, para ser beneficiario del subsidio por desempleo es necesario encontrarse inscrito como demandante de empleo durante el plazo de 1 mes, tiempo en el que debe quedar probada la intención, la voluntad, de encontrar trabajo, pues se exige que no se haya rechazado oferta de empleo adecuada, ni se haya negado a participar, salvo causa justificada, en actividades de empleabilidad (de promoción, formación o reconversión profesionales). Conviene aclarar que la inscripción en el servicio público de empleo no es constitutiva, lo realmente importante es la acreditación de la voluntad de seguir en el mercado laboral (Blázquez y Sánchez-Urán, 2016, p. 98). La inscripción debe mantenerse durante todo el disfrute del subsidio, tal y como dispone el artículo 275.1 de la LGSS, igual que el resto de condiciones relacionadas con la demostración de la involuntariedad de la situación legal de desempleo.

## C) Carencia de rentas de cualquier naturaleza: rentas computables y criterios de cómputo

En segundo lugar, el artículo 275.2 de la LGSS exige para acceder al subsidio la carencia de rentas, de cualquier naturaleza, superiores en cómputo mensual al 75 % del salario mínimo interprofesional (SMI), excluida la proporción de las pagas extraordinarias. Carencia de rentas que deberá mantenerse durante todo el tiempo del disfrute del derecho, en cada prórroga y reanudación. No obstante, este es un requisito que debe reunirse en el momento de la solicitud, es decir, se ha de interpretar de un modo flexible, de forma que, si el trabajador desempleado no carece de rentas en el momento que agota el mes de inscripción en la oficina del servicio público de empleo, sí que podrá tener derecho al subsidio si lo solicita en un momento posterior a aquel en el que sí reúne los requisitos y los mantiene en el momento de la solicitud (De la Casa, 2017, p. 340).

A los efectos de determinar el requisito de la carencia de rentas, se ha de estar al tenor literal del artículo 275.4 de la LGSS:

[...] se considerarán como rentas o ingresos computables cualesquiera bienes, derechos o rendimientos derivados del trabajo, del capital mobiliario o inmobiliario,

de las actividades económicas y los de naturaleza prestacional, salvo las asignaciones de la Seguridad Social por hijos a cargo y salvo el importe de las destinadas a la financiación del convenio especial con la Administración de la Seguridad Social [...].

También se considerarán rentas las plusvalías o ganancias patrimoniales: el incremento patrimonial por venta de inmuebles<sup>42</sup> (Sentencia del TS –STS– de 27 de marzo de 2007, rec. 5391/2005); los bienes adquiridos por herencia y los premios obtenidos por participar en concursos; y la ganancia obtenida por el rescate de un plan de pensiones (STS de 3 de febrero de 2016, rec. 2576/2014); y, en general, los rendimientos derivados del patrimonio, a excepción de la vivienda habitualmente ocupada por el trabajador y de aquellos bienes cuyos rendimientos ya hayan sido computados.

Tales criterios fueron introducidos por la Ley 45/2002, apartándose, de este modo, el legislador de la jurisprudencia inmediata anterior. Así, el patrimonio deja de ser indiferente a la hora de delimitar la situación de necesidad y, evidentemente, la nueva norma dificulta el acceso al subsidio a los titulares de un patrimonio con ciertas dimensiones (De la Casa, 2017, p. 341).

No se computan como rentas las indemnizaciones legales por extinción del contrato de trabajo, con independencia de que su abono se efectúe de una sola vez o de forma periódica, ni las cantidades destinadas a pagar las cuotas del convenio especial de Seguridad Social (así lo ha declarado de modo reiterado el TS, entre otras, en Sentencias de 9 de junio de 2009, rec. 3527/2008, y 7 de marzo de 2012, rec. 4391/2010).

Se excluye del cómputo de ingresos las becas percibidas por un miembro de la unidad familiar del desempleado, siempre que aquellas sean concedidas:

[...] para la realización de estudios académicos, no profesionales, y que no son otorgadas en función de una realización de prestación de servicios sino exclusivamente a fin de compensar a la familia de los gastos y desventajas económicas que lleva consigo la dedicación al estudio de alguno de sus miembros, [...], y que dependen del nivel de renta familiar o patrimonio [...].

En este sentido se manifiesta el TS en su Sentencia de 16 de noviembre de 2010 (rec. 1125/2010, FJ 3.º). Entiende, en cambio, que, si se trata de becas concedidas en vir-

<sup>42</sup> La determinación de si los incrementos o ganancias patrimoniales debían computarse como rentas fue una cuestión controvertida bajo la vigencia del Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio. La interpretación de la expresión «rentas de cualquier naturaleza», prevista en el artículo 215.1, realizada por el Tribunal Supremo (TS) en la Sentencia de 31 de mayo de 1999, Sala Cuarta, rec. 1581/1988, lo evidencia. En el supuesto, el incremento patrimonial obtenido de la venta de un inmueble no se considera renta a computar a efectos de superar el límite para poder tener acceso al subsidio, en cambio, el voto particular manifiesta un criterio opuesto, considerando que durante el ejercicio en que se percibe el incremento no debería haberse percibido el subsidio por superar el nivel de rentas permitido.



tud de relación laboral o funcionarial, como rendimiento de un trabajo o investigación o para desarrollar estudios o investigación vinculados a una actividad profesional, o becas concedidas a estudiantes de formación profesional con el propósito de facilitar su colocación, si serían rentas a computar, pudiendo ser estas determinantes para impedir el acceso al subsidio.

Según lo establecido en el artículo 275.4 de la LGSS y en el artículo 7 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, las rentas computan por su rendimiento íntegro o bruto, y si proceden de actividades empresariales, profesionales, agrícolas, ganaderas o artísticas, se computan por la diferencia entre los ingresos y los gastos necesarios para su obtención. Las ganancias patrimoniales se computarán por la diferencia entre las ganancias y las pérdidas patrimoniales<sup>43</sup>.

Cuando el solicitante esté unido por vínculo matrimonial, con carácter general, las rentas se imputan a cada titular, cualquiera que sea el régimen matrimonial aplicable, salvo que se trate de gananciales, ya que, en tal caso, las rentas derivadas de la explotación de un bien de uno de los cónyuges se atribuyen la mitad a cada uno. Con relación al matrimonio y el cálculo de rentas, se ha de tener en cuenta que, al no exigirse convivencia conyugal, cuando exista separación de hecho, se incluirán en el cómputo de rentas mensual del cónyuge que ha solicitado la prestación las ganancias del otro cónyuge (en este sentido, STS de 11 de octubre de 2005, rec. 3460/2004).

Los bienes de patrimonio, fondos de inversión inmobiliaria o mobiliaria, fondos o planes de jubilación que tengan diferida su sujeción a la imposición sobre la renta y no se haya valorado su rendimiento mensual efectivo computarán por el rendimiento mensual presunto que resulte de aplicar el 100 % del tipo de interés legal del dinero vigente sobre el valor del bien, fondo o plan (art. 275.4 LGSS), prorrateado en 12 meses.

En relación con la carencia de rentas, la doctrina judicial ha mantenido los siguientes criterios: las rentas que deben tenerse en cuenta han de ser verdaderos ingresos, por lo que se excluyen las cantidades no reales y efectivas, y las compensaciones de gasto o suplidos (STS de 29 de octubre de 2001, rec. 529/2001). Con respecto a las rentas del capital mobiliario, han de tenerse en cuenta las realmente acreditadas en el año inmediatamente

---

<sup>43</sup> Para la determinación de cómo computar las rentas dependiendo de si tienen o no una periodicidad mensual, o si se reciben en pago único, véase el artículo 7.1 c) 1.º del Real Decreto 625/1985. Así, en el párrafo 3.º del citado precepto se aclara que la fórmula de mensualización se aplica a las indemnizaciones por extinción del contrato abonadas en un pago único por el importe que supere la indemnización legal, a los rendimientos derivados de enajenación de valores mobiliarios o de bienes inmuebles, salvo que se trate de vivienda habitual, al rescate de planes de pensiones y al resto de ganancias patrimoniales o rendimientos irregulares.

anterior a la solicitud, aun cuando en la declaración de la renta de años anteriores consten ingresos superiores (STS de 27 de enero de 2005, rec. 630/2004). Cuando los rendimientos a computar son exclusivamente los mobiliarios, se deben tener en cuenta solamente los devengados en el ejercicio que se realiza la solicitud (durante los meses transcurridos en ese ejercicio) y no los que constan en la declaración de la renta del ejercicio anterior, si se acredita que aquellos son inferiores a estos y al umbral del 75 % del SMI (STS de 28 de octubre de 2014, rec. 2577/2013).

En cuanto a la valoración de las rentas, también el Real Decreto-Ley 8/2019 introduce una modificación importante que flexibiliza los criterios de acceso al subsidio; no obstante, conviene analizar los cambios experimentados, de forma sucesiva, en este aspecto. Durante el Gobierno del Partido Popular, 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, estableció que la carencia de rentas había de ser de la unidad familiar (así se preveía en el art. 275.2 LGSS). De modo que, una vez que se demostraba que el supuesto subsidiado cumplía con la condición de la carencia de rentas propias, se procedía a examinar los ingresos de sus familiares, concretamente de su cónyuge, hijos menores de 26 años o mayores discapacitados o menores acogidos. Se sumaban los ingresos de todos ellos de acuerdo con el concepto de rentas ya analizado, incluidas las del solicitante, y se dividían por el número de miembros que la componen. Únicamente cuando esta división no superaba el 75 % del SMI, excluida la parte proporcional de las dos pagas extraordinarias, se entendía que se cumplían los dos requisitos relativos a las rentas para acceder a dicho subsidio.

Lo cierto es que esta medida no guarda demasiada coherencia con la finalidad del subsidio, pues la situación económica de la unidad familiar puede privar al trabajador de edad avanzada –y con especial dificultad de acceso a un nuevo empleo– de una mínima protección social hasta alcanzar la edad de jubilación. Lo que evidencia que tal recorte no pretende una mayor eficiencia del sistema de protección de desempleo del colectivo de trabajadores de mayor edad, sino simplemente reducir el gasto público (Martínez, 2018, p. 598). Indudablemente, la reducción de las dimensiones del sistema de protección social no es el medio para prolongar la vida activa y facilitar el retorno al trabajo de tal colectivo, ahora bien, sí tiene una consecuencia directa sobre el mismo: la precarización, aún mayor, de su situación. Afortunadamente, esta medida se había dejado de aplicar desde julio de 2018, así había dado instrucciones el Servicio Público de Empleo Estatal, ya que mediante STC 61/2018, de 7 de junio, se había declarado inconstitucional. Es cierto que no se entró a analizar el fondo, pero se consideró que no concurría el presupuesto de extraordinaria y urgente necesidad del decreto-ley.

No obstante, el Real Decreto-Ley 8/2019 da nueva redacción al artículo 275.2 de la LGSS, circunscribiendo el requisito de carencia de rentas, exclusivamente, a la situación económica del solicitante o posible beneficiario, sin tener en cuenta las rentas de la unidad

familiar. Se exige, por tanto, la presentación ante la entidad gestora de una declaración de sus rentas, acompañada de la documentación acreditativa que corresponda. Declaración que deberá presentar cada vez que transcurran 12 meses desde la fecha del nacimiento del derecho o desde la fecha de su última reanudación.

#### D) No es necesario que tenga responsabilidades familiares

Es decir, para acceder a este subsidio es independiente la existencia o no de responsabilidades familiares por parte del beneficiario, y, si en su caso las hubiera, no se tendrán en cuenta los ingresos del resto de los miembros de la unidad familiar para determinar si genera derecho o no a dicha prestación, como ya se ha señalado.

#### E) Cotización por desempleo durante al menos 6 años a lo largo de toda su vida laboral

Requisito este que evidencia el relativo carácter asistencial de este subsidio. Cotización que deberá reunirse a lo largo de la vida laboral del trabajador, no siendo computables las cotizaciones efectuadas a otros regímenes del sistema de Seguridad Social que no tuvieran incluida esta contingencia en el momento en el que se hicieron efectivas<sup>44</sup>.

Se ha de aclarar que la cotización se considera cubierta por el simple hecho de estar trabajando sin que pudiera perjudicarle el descubierto en las cotizaciones por falta imputable a la empresa (SSTS de 30 de marzo de 1998, rec. 1382/1997, o 13 de febrero de 2006, rec. 4661/2004).

En cuanto a las cotizaciones realizadas en otros países, se ha de indicar que se computarán las realizadas en otros Estados miembros de la UE (SSTS de 15 de octubre de 1993, rec. 3076/1992, y 27 de febrero de 2003, rec. 2103/2002) o en países con convenio que implique la totalización de los periodos cotizados, como ocurre, por ejemplo, con Suiza (STS de 5 de febrero de 2007, rec. 2912/2005), no siendo válidas las realizadas en otros países con los que España no tiene un tratado al respecto (García, 2017, pp. 353-354).

<sup>44</sup> En un primer momento, la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, por la que se modifica el título II de la Ley 51/1980, de 8 de octubre (BOE de 4 de agosto), que creó este subsidio, no exigía este requisito, pero el desarrollo reglamentario posterior preveía su reconocimiento únicamente a regímenes que protegieran la contingencia de desempleo. Ello provocaría la declaración de inconstitucionalidad del precepto reglamentario por ser considerado discriminatorio. No obstante, el artículo 20 del Real Decreto-Ley 3/1989, de 3 de marzo, vino nuevamente a modificar el régimen jurídico de dicha prestación asistencial, pues si bien, por un lado, suavizó los requisitos, bajó la edad a los mayores de 52 años –previsto, en un primer momento, para los mayores de 55–, pasó a exigir haber cotizado al desempleo al menos durante 6 años a lo largo de su vida laboral.

## F) Acreditar en el momento de la solicitud todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a la pensión de jubilación contributiva en el sistema de la Seguridad Social

Para beneficiarse de esta prestación, será necesario no haber cumplido la edad ordinaria de jubilación. En este aspecto se introduce una nueva modificación por parte del Real Decreto-Ley 8/2019. El régimen jurídico precedente establecía como causa de extinción de este subsidio el acceso a cualquier tipo de jubilación, aunque fuese la anticipada, sin que se tuviese en cuenta la voluntad del desempleado. El acceso a la pensión de jubilación anticipada podía suponer la reducción de la pensión de jubilación en cuantía muy importante, a tenor de los coeficientes reductores aplicables (de hasta el 7,5 % anual, aunque se aplican trimestralmente, según el art. 207.2 LGSS). Aspecto este totalmente criticable, porque dicha solución dificultaba considerablemente el acceso a un nuevo empleo al trabajador y condicionaba la futura pensión de jubilación; regulación que, sin lugar a duda, pugnaba con la consideración de la pensión de jubilación como un derecho (Martínez, 2018, p. 602).

Con la nueva regulación, el subsidio se extenderá hasta que se alcance la edad ordinaria para acceder a la pensión contributiva de jubilación que en cada caso se exija. Es evidente que el nuevo régimen ofrece importantes mejoras, ya que va a evitar, en determinados supuestos, el acceso a una pensión de jubilación precaria, no va a dificultar el acceso a un nuevo empleo y va a garantizar el ejercicio del derecho a la jubilación de los beneficiarios del subsidio.

### 4.1.3. Contenido

#### A) Cuantía

La cuantía del subsidio de mayores de 52 años, y la de cualquier subsidio asistencial, es el 80 % del indicador público de rentas de efectos múltiples (IPREM) que esté vigente en cada momento, con independencia de las responsabilidades familiares del beneficiario.

La cuantía es otro de los aspectos modificados mediante el Real Decreto-Ley de 8 de marzo, si los supuestos beneficiarios han sido trabajadores a tiempo parcial. El rasgo de contributividad que en el subsidio para mayores de 55 años podía observarse en este aspecto ha sido eliminado con el Real Decreto-Ley 8/2019. La redacción del artículo 278.1 precedente indicaba que, si la pérdida de empleo era de un trabajo a tiempo parcial, la cuantía del subsidio se modularía percibiéndose en proporción a las horas previamente trabajadas (norma que fue introducida mediante el art. 17.9 RDL 20/2012, de 13 de julio). Esta regla ya no se mantiene en el régimen jurídico del subsidio para mayores de 52 años. De este modo, la citada prestación pasa a guardar coherencia con el carácter asistencial que se califica,

alineándose con aquellos subsidios en los que al beneficiario no se le exigía una cotización previa inmediata, como: liberados de prisión sin derecho a prestación por desempleo, para los declarados plenamente capaces o en el grado de incapacidad permanente parcial para la profesión habitual, o para los trabajadores españoles emigrantes retornados.

Se elimina, de este modo, un criterio que no guardaba coherencia alguna con la finalidad del subsidio, ya que el objeto de este es proporcionar protección a los ciudadanos carentes de rentas y no el beneficio relacionado con la carrera de cotización del trabajador (Blázquez y Sánchez-Urán, 2016, p. 115).

## B) Cotización durante la percepción del subsidio

La protección asistencial por desempleo comprende no solo el abono de la prestación por desempleo, sino también la cotización de la Seguridad Social, a cargo de la entidad gestora, por asistencia sanitaria, protección familiar y, en esta modalidad de subsidio, también por jubilación (art. 280.1 LGSS). Las cotizaciones realizadas se valorarán para la determinación futura de la base reguladora y el porcentaje aplicable a esta en el cálculo de la pensión de jubilación.

Mediante Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, se incrementó la cotización por contingencia de jubilación durante la percepción de esta modalidad de subsidio a cargo exclusivo de la entidad gestora; del tope mínimo pasó a ser el 125 % del mismo. Sin embargo, con el Real Decreto-Ley 20/2012, se volvió a reducir considerablemente la cuantía de la base; estableció nuevamente el tope mínimo vigente en cada momento como base de cotización durante la percepción del subsidio, lo que supuso reducir nuevamente la dimensión protectora de esta prestación, ya que las bases de cotización por las que se cotiza se utilizarán para determinar la cuantía de la pensión de jubilación. El tratamiento que el legislador ha venido ofreciendo en este aspecto no tiene en cuenta el factor edad, perjudicando la cuantía y condiciones de acceso a la pensión de jubilación de tales trabajadores.

De nuevo el Ejecutivo, con el Real Decreto-Ley de 8 de marzo, introduce una mejora: considera imprescindible incidir en este aspecto volviendo a tomar como base de cotización el 125 % del tope mínimo, es decir, se vuelve al régimen anterior a la crisis, y ello sin duda mejorará las cuantías de las futuras pensiones de jubilación.

### 4.1.4. Duración y extinción

El subsidio para mayores de 52 años también recibe la denominación de «subsidio de prejubilación», precisamente, porque se puede estar percibiendo, como máximo, hasta que se cumpla la edad ordinaria que se exija en cada caso y permita acceder a la pen-

sión contributiva de jubilación (art. 277.3 LGSS), según la última redacción dada al citado precepto por el Real Decreto-Ley 8/2019. Se excluye como vía de extinción la jubilación anticipada.

Para mantener este subsidio, el beneficiario debe presentar una declaración de rentas cada 12 meses, acompañada de la documentación acreditativa que corresponda (art. 276.3 LGSS), para que la entidad gestora pueda constatar que continúa cumpliendo con el requisito de carencia de rentas (inferiores al 75 % del SMI mensual, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias), no habiendo variado las circunstancias que motivaron el acceso al mismo.

#### 4.1.5. La inadecuación del subsidio para mayores de 52 años a la política de envejecimiento activo

Es evidente que la reforma llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 8/2019, en relación con el subsidio de desempleo, ha sido temporalmente muy oportuna, a tenor de la situación de extrema vulnerabilidad en la que habían quedado los trabajadores desempleados mayores de 52 años durante la crisis económica, pues, precisamente, justo cuando la dificultad para encontrar un empleo se acentúa como consecuencia de la recesión, las ayudas sociales desaparecen para tales trabajadores. Era vital una intervención de estas características por parte del Ejecutivo, propia de la naturaleza jurídica del Estado «social», e ineludible cuando la situación financiera del país empezaba a estar saneada y las cifras mostraban la entrada en un nuevo ciclo económico ascendente (Ministerio de Hacienda, 2018).

No obstante, este no es el régimen jurídico de protección del desempleo propio de una política de envejecimiento activo, no solo porque es bastante deficiente en muchos aspectos (cuantía de la prestación, cotización durante su percepción...), sino porque tampoco está configurado para conseguir el alargamiento de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad. Este es un subsidio que se encuentra anclado en el pasado, en una política de protección a los trabajadores mayores que pretende garantizar un mínimo de suficiencia ante la expulsión temprana del mercado laboral, pero que acepta como irremediable la situación de desempleo de los trabajadores mayores y, por dicha razón, los protege de un modo precario para evitar que caigan en la indigencia.

Considero que una previsión normativa específica a medio plazo es vital, y estimo que los poderes públicos deben ir diseñando un sistema en el que se prevea una protección, intensa y profunda, de las situaciones de desempleo de los trabajadores mayores. Así, desde un punto de vista económico, debe proporcionar un nivel de recursos mayor y unas bases de cotización similares al periodo que se está en activo; una prestación exigua no permite una integración más rápida en el mercado de trabajo, simplemente garantiza la precariedad. Además, de un modo paralelo, el sistema debe prever políticas activas (Pérez, 2016, p. 217),

especialmente orientadas a este sector de la población, que tengan en cuenta su mayor dificultad para el aprendizaje o para reciclarse, que dirijan la formación hacia aquellos sectores profesionales donde es más fácil su inserción profesional atendiendo a su mayor edad y, por último, que potencien los valores profesionales propios de este sector de la población como la experiencia<sup>45</sup>.

La reclamación de ese nuevo régimen jurídico no debe interpretarse como una crítica al régimen actual de protección que ofrece el subsidio para mayores de 52 años. Como ya he indicado, la reforma me ha parecido muy oportuna, no obstante, entiendo que a largo plazo dicho sistema de protección debe pasar a ser residual, y, con la configuración actual, incluso a extinguirse, pues es incompatible con una política de envejecimiento activo.

## 4.2. El subsidio agrario para trabajadores eventuales mayores de 52 años de las comunidades autónomas de Andalucía y Extremadura

El análisis de la protección por desempleo de los trabajadores mayores obliga a mencionar el subsidio específico que existe para trabajadores eventuales mayores de 52 años, previsto, exclusivamente, para residentes en las comunidades autónomas de Andalucía y Extremadura. Y ello debido al mayor volumen de trabajadores eventuales y al más alto nivel de paro agrícola en dichas comunidades, por ello no se considera discriminatorio (STC 90/1989, de 11 de mayo).

La protección de rango asistencial en ambas comunidades permite el acceso al subsidio agrario (regulado por el RD 5/1997, de 10 de enero), existiendo una modalidad destinada a mayores de 52 años, para cuyo percibo será necesario que se reúnan los requisitos generales, salvo el de cotización de las 35 jornadas: estar en alta en el sistema especial agrario de la Seguridad Social; tener el domicilio en Andalucía o Extremadura; haber cotizado al subsidio agrícola y haber percibido el subsidio ininterrumpidamente durante los últimos 5 años anteriores a la solicitud; haber cotizado el tiempo suficiente para poder acceder a cualquier tipo de pensión contributiva por jubilación; carecer de rentas...

---

<sup>45</sup> En este sentido se ha de destacar la propuesta de Recomendación del Consejo, relativa a la integración de los desempleados de larga duración en el mercado laboral, de 17 de septiembre de 2015, COM(2015) 462 final, 2015/0219 (NLE), que propone alcanzar tres objetivos: fomentar la inscripción de los trabajadores desempleados en la oficina de empleo, «garantizar que se ofrece a todos los desempleados de larga duración evaluaciones individuales detalladas y orientación antes de que lleven 18 meses en paro», y ofrecer un acuerdo de integración laboral que aborde las necesidades específicas de los desempleados, en el que se fijen objetivos que deben cumplir, como emprender medidas activas para encontrar empleo y acciones de formación.

No obstante, el subsidio agrario, también el de mayores de 52 años, es una prestación a extinguir, ya que, como prevé el artículo 288.3 de la LGSS, y en su momento el artículo 3 del Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, solo podrían percibir el subsidio aquellos trabajadores que hubieran sido beneficiarios del propio subsidio en alguno de los 3 años naturales inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud. Así, desde el 26 de mayo de 2002 (entrada en vigor del citado RDL, tramitado y aprobado posteriormente como proyecto de ley), se imposibilitó el acceso a nuevos perceptores al subsidio agrario. No obstante, el Real Decreto 864/2006, para la mejora del sistema de protección por desempleo de los trabajadores agrarios, permitió el acceso al subsidio a los trabajadores fijos-discontinuos, ampliándose, de este modo, aparentemente, el número de perceptores y las expectativas de durabilidad (Romero, 2017, p. 605); no obstante, el mantenimiento de las limitaciones de acceso al mismo continuaría impidiendo el incremento del número de beneficiarios y conduce, inexorablemente, a su desaparición en el medio plazo (García, 2006, p. 148).

Es cierto que, en buena medida, el subsidio agrario ha venido a ser sustituido por la denominada «renta agraria», que tiene un régimen jurídico bastante parecido. No obstante, en el caso de la renta agraria, la única previsión existente para mayores de 52 años es la duración de la prestación, siendo 300 días, siempre y cuando hayan reunido 35 días de jornadas reales.

A pesar de ello, la consulta de los datos estadísticos revela que, en la actualidad, es muy superior el número de beneficiarios del subsidio agrario que el de perceptores de renta agraria: así, a marzo de 2019 ascienden a 70.710 los beneficiarios del subsidio agrario para mayores de 52 años, frente a 24.531 beneficiarios de renta agraria con la misma franja de edad. El total de beneficiarios de subsidio agrario asciende a 101.959, frente a 79.348 perceptores de renta agraria. Si bien la tendencia del subsidio es decreciente en cuanto al número de beneficiarios y en el caso de la renta agraria es la contraria.

En cualquier caso, esta prestación tiene una finalidad claramente asistencial, ofreciendo una protección precaria a los trabajadores y provocando efectos igualmente perniciosos en la futura pensión de jubilación (se cotiza por el tope mínimo), pero en absoluto consigue, ni siquiera pretende, la reinserción laboral de los trabajadores del campo. Tampoco este subsidio forma parte del ideario de una política de alargamiento de la vida activa. Como indicaba anteriormente, a medio plazo, será conveniente simultanear este régimen de finalidad asistencial con un sistema enmarcado en una política de envejecimiento activo.

## 5. La protección de los trabajadores de edad madura

Incluir en el grupo de trabajadores de edad avanzada a quienes superan los 45 años es un tanto paradójico cuando la esperanza de vida en nuestro país es de 83 años y la edad legal de jubilación oscila, debido al periodo transitorio vigente, entre los 65 y 67. Lo cierto



es que, con carácter general, a los 45 años un trabajador se encuentra en plena madurez (Sánchez-Urán, 2001, p. 220) y en la etapa de máxima productividad; no obstante, no se puede ocultar que para determinadas profesiones en las que se requiere una gran forma física (gran capacidad de resistencia, potencia considerable, máxima agudeza visual y auditiva, pulso de precisión extraordinaria...), esa franja de edad puede significar el ocaso.

La reinserción laboral puede ser también difícil para los mayores de 45 años (no en vano el art. 30 de la Ley de empleo los considera colectivo prioritario de las políticas de fomento del empleo), no solo por una mayor dificultad para el reciclaje, y el consecuente rechazo por parte de los empleadores, sino también por la propia actitud del trabajador, mucho más pesimista para los mayores de 45 años (Izquierdo, 2012, p. 15; Rubio, 2013, p. 9).

Por todo ello, considero imprescindible que el sistema de Seguridad Social público prevea la protección de tales trabajadores, si bien de un modo coyuntural, temporal, que permita la vuelta al mercado laboral.

## 5.1. El subsidio de desempleo para mayores de 45 años

También para mayores de 45 años se prevé un subsidio de carácter asistencial. Los requisitos son los mismos que los del subsidio para mayores de 52 años ya analizado (encontrarse en situación legal de desempleo, estar inscrito como demandante de empleo, obligación de aceptación de oferta de empleo adecuada, carencia de rentas...). No obstante, los requisitos específicos de este subsidio son distintos, concretamente: haber agotado una prestación contributiva de desempleo con independencia de cuál haya sido su duración, ser mayor de 45 años en la fecha del agotamiento de la prestación contributiva (art. 274.1 b) LGSS), y, aunque la existencia de responsabilidades familiares no es requisito imprescindible, la concurrencia de las mismas condicionará considerablemente la duración del subsidio.

La finalidad de la norma es proteger a este colectivo de trabajadores que, como antes comentaba, presenta una mayor dificultad de reinserción en el mercado laboral a partir de esta edad. Precisamente, cuando los trabajadores tienen una edad inferior a los 45 años, solo se los va a proteger ante la extinción de la prestación por desempleo si tienen responsabilidades familiares. Ahora bien, la protección ofrecida es bastante precaria, pues la duración del subsidio por desempleo de los trabajadores que no tienen responsabilidades familiares es de 6 meses improrrogables. Así que, salvo que el trabajador hubiera tenido una prestación contributiva de desempleo de duración superior al año –lo que, a su vez, implicaba haber tenido, con carácter precedente, un empleo estable–, las posibilidades de reinserción del trabajador disminuyen considerablemente. Es posible que, una vez agotada esta, tenga acceso a la renta activa de inserción o al programa de activación para el empleo para parados de larga duración, pero siempre y cuando no supere, aunque sea por muy poco, el nivel de rentas, pues, si lo superase, la contingencia por desempleo quedaría descubierta (véase más adelante).

Si el trabajador mayor de 45 años tiene responsabilidades familiares, la duración de la prestación se alarga. Así lo establece el artículo 277.1 a) de la LGSS. El legislador es consciente de la dificultad de vuelta al mercado laboral de estos trabajadores y, ante la insuficiencia de rentas, asiste a la familia.

La cuantía de este subsidio es la misma que la anteriormente señalada para mayores de 52 años: el 80 % del IPREM. Pero los beneficiarios de este subsidio no cotizan durante su percepción por contingencia de jubilación; evidentemente, ello tiene un impacto negativo sobre la futura pensión, especialmente debido al mecanismo de cobertura de lagunas actualmente vigente (los primeros 48 meses se integran con la base mínima de entre las existentes en cada momento y el resto, con el 50 % de dicha base, como establece el art. 209.1 b) LGSS). Y, también, debido al nuevo sistema de cálculo de la pensión de jubilación que se impuso por la Ley 27/2011, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (Gala, 2015, p. 278), pues, para el año 2022, la cuantía se determinará sobre las bases de cotización de los 25 años inmediatamente anteriores al hecho causante, según la disposición transitoria octava de la LGSS, de modo que las cotizaciones realizadas a partir de los 45 años serán determinantes en la cuantía de la futura pensión de retiro.

## 5.2. Vías indirectas y subsidiarias de protección para trabajadores de edad madura

En el epígrafe anterior ponía de manifiesto la insuficiencia del sistema para proteger, en determinadas ocasiones, a trabajadores mayores comprendidos entre 45 y 51 años, especialmente aquellos con bajo perfil profesional, para los que la reinserción en el mercado antes de agotar las prestaciones contributivas y asistenciales de desempleo es especialmente difícil. Nuestro sistema de Seguridad Social ofrece algunas opciones de protección de estructura prestacional compleja en las que combina prestación económica (renta mínima de subsistencia) con políticas activas de empleo. Van principalmente dirigidas a desempleados con riesgo de exclusión social no solo ocupacional (Monereo, 2019, p. 472). Cuando desaparecen las opciones de acceso al subsidio para mayores de 45 años, son estos los mecanismos últimos de protección que el sistema ofrece.

Las prestaciones a las que me refiero son: renta activa de inserción, programas extraordinarios y temporales para la protección por desempleo como el denominado «Plan Prepara» (programa de recualificación profesional de las personas que agoten su prestación por desempleo), hoy sustituido por el subsidio extraordinario de desempleo, y el también extinto Plan extraordinario de activación para el empleo. Todos están previstos para parados de larga duración que carecen de rentas. En cuanto a la renta activa de inserción, se exige, con carácter general, ser mayor de 45 años (salvo discapacitado con minusvalía superior al 33 %, ser víctima de violencia de género o doméstica, o emigrante retornado del extranjero), y, para el resto de las ayudas, solo se reconocen si se tienen responsabilidades familiares.

Con independencia de las particularidades que pueda contemplar el régimen jurídico específico de cada uno de estos subsidios, todos tienen en común dos rasgos: se trata de ayudas bastante precarias y con claros efectos perniciosos sobre la futura pensión de jubilación, ya que durante la percepción de estas no se contempla la cotización por tal concepto, solo se cotiza por asistencia sanitaria. Y no cabe duda de que, en cuanto a parados de larga duración, tanto para los trabajadores maduros como para los trabajadores de edad avanzada, han sido estas prestaciones su mecanismo de protección frente al desempleo.

## 6. Conclusiones

La protección por desempleo que el ordenamiento jurídico ofrece a los trabajadores de edad avanzada se encuentra encadenada nostálgicamente al pasado y oprimida por un presente económicamente inestable, quedando configurada como un sistema insuficiente en algunos aspectos y totalmente inadecuado en otros.

En primer lugar, conviene aclarar que el tratamiento de la edad, en la configuración del régimen jurídico de protección por desempleo, es determinante, y el régimen jurídico actual carece de la heterogeneidad necesaria para ofrecer un marco jurídico adecuado atendiendo a la longevidad de los trabajadores desocupados. Las necesidades y prioridades son distintas en la franja de edad anterior a los 52-55 años que cuando la jubilación está más próxima, por ello requiere de un tratamiento jurídico diferenciado. Aunque, ciertamente, en todos los casos, sea imprescindible la puesta en práctica de políticas activas de empleo, para asegurar la vuelta al mercado de trabajo.

Los subsidios tienen un contenido asistencial, aunque en su raíz no lo sean, y es que no se trata de proporcionar una prestación de una alta cuantía económica y por un gran espacio de tiempo –sin duda, ello desincentivaría la búsqueda de empleo–, pero tampoco es admisible, en un Estado social, que el trabajador desempleado se vea condenado a la precariedad constante, presente y futura, ante una posible pensión de jubilación fuertemente minorada como consecuencia de sus etapas en desempleo. Un trabajador que es obligado a vivir en el umbral de la pobreza, además de tener una vida precaria, difícilmente se va a asentar con solidez en el mercado de trabajo.

Por todo ello, las futuras reformas deberían ir encaminadas a proporcionar una ayuda más intensa desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo, y con una duración ajustada a la franja de edad afectada, para acabar con una prejubilación precariamente subsidiada. Ahora bien, hasta que se produzca la reinserción en el mercado laboral, el Estado no puede instalar al trabajador en una situación tan vulnerable. Solo una regulación en aquel sentido, a medio plazo e implementada de un modo progresivo, posibilitará el envejecimiento activo; objetivo hacia el que inexorablemente hemos de dirigirnos si se quiere garantizar el futuro del sistema de Seguridad Social.

## Referencias bibliográficas

- Abellán, A., Aceituno, P., Pérez, J., Ramiro, D., Ayala, A. y Pujol, R. (2019). Un perfil de las personas mayores en España 2019. Indicadores estadísticos básicos. *Envejecimiento en red. Informes*, 22, 1-38. Recuperado de <<http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/enred-indicadoresbasicos2019.pdf>> (consultado el 11 de agosto de 2019).
- Blázquez Agudo, E. y Sánchez-Urán Azaña, Y. (2016). *Protección por desempleo: los distintos niveles complementarios y sucesivos*. Lisboa: Juruá.
- Casa Quesada, S. de la. (2017). Desempleo no contributivo. Configuración general y requisitos de acceso. En J. L. Monereo Pérez (Dir.), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*. Tomo II (pp. 329-342). Murcia: Laborum.
- CES. (2014). *Informe 2/2014. La situación sociolaboral de las personas de 45 a 64 años de edad*. Recuperado de <<http://www.ces.es/documents/10180/1558369/Inf0214.pdf>> (consultado el 9 de septiembre de 2019).
- Consejo Superior de Investigaciones Científicas. (2010). El envejecimiento de la población. *LYCHNOS. Cuadernos de la Fundación General CSIC*, 2. Recuperado de <[http://www.fgcsic.es/lychnos/es\\_es/articulos/envejecimiento\\_poblacion](http://www.fgcsic.es/lychnos/es_es/articulos/envejecimiento_poblacion)> (consultado el 31 de julio de 2019).
- Eurostat. (2018). Estructura demográfica y envejecimiento de la población. Recuperado de <[https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Population\\_structure\\_and\\_ageing/es](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Population_structure_and_ageing/es)> (consultado el 29 de julio de 2019).
- Fernández López, M. F. y Calvo Gallego, F. J. (2016). El tratamiento internacional y comunitario del empleo de las personas de edad avanzada: entre la prohibición de discriminación y el envejecimiento activo. En F. J. Calvo Gallego y M. F. Fernández López (Dirs.), *Personas de edad avanzada y mercado de trabajo* (pp. 87-119). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gala Durán, C. (2015). Análisis crítico de la protección por desempleo de los trabajadores de mayor edad como vía de transición hacia la jubilación. En J. L. Monereo Pérez (Dir.), *La protección por desempleo en España. XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Laboral* (pp. 271-283). Murcia: Laborum.
- García Gil, B. (2018). *Protección de los desempleados*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- García Jiménez, M. (2017). Las modalidades de subsidio por desempleo. En J. L. Monereo Pérez (Dir.), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*. Tomo II (pp. 343-358). Murcia: Laborum.
- García Romero, B. (2006). *Seguridad Social Agraria: acción protectora*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- Hierro Hierro, F. J. (2017). Capítulo 6. Rentas activas de inserción. En J. L. Monereo Pérez (Dir.), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*. Tomo II (pp. 359-376). Murcia: Laborum.
- INE. *España en cifras 2018*. Recuperado de <<https://www.ine.es/prodyser/espacifras/2018/files/assets/common/downloads/publication.pdf?uni=4f7e7b429c56ccbc4bf56b3e93ebc47b>> (consultado el 8 de agosto de 2019).
- INE. Parados de larga duración (mayor o igual a 12 meses) según grupos de edad.

- Recuperado de <[http://www.ine.es/ss/Satellite?L=es\\_ES&c=INESeccion\\_C&cid=1259925463214&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout](http://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925463214&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout)> (consultado el 9 de septiembre de 2019).
- INE. Principales series de población desde 1998. Recuperado de <<http://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t20/e245/p08/I0/&file=02002.px>> (consultado el 10 de septiembre de 2019).
- INE. Resultados nacionales. Recuperado de <<https://www.ine.es/dynt3/inebase/es/index.htm?padre=982&capsel=986>> (consultado el 9 de septiembre de 2019).
- INE. Tasa de paro en cifras. Recuperado de <[www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=4247](http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=4247)> (consultado el 24 de agosto de 2019).
- INE. Tasa de paro por distintos grupos de edad, sexo y comunidades autónomas. Recuperado de <<http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=4247>> (consultado el 9 de septiembre de 2019).
- Izquierdo Rus, T. (2012). Efectos de la duración del desempleo en las actitudes hacia el trabajo de los mayores de 45 años. *Revista Electrónica de Investigación y Docencia*, 8, 7-21. Recuperado de <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5461089&orden=0&info=link>> (consultado el 30 de julio de 2019).
- Martínez Barroso, M. R. (2018). *Influencia de la edad en las relaciones laborales: acceso al empleo y protección social*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- Ministerio de Hacienda. (2018). Informe de situación de la economía española. Recuperado de <<http://www.hacienda.gob.es/CDI/estabilidad%20presupuestaria/situacioneconomia2018.pdf>> (consultado el 13 de septiembre de 2019).
- Monereo Pérez, J. L. (2019). *La protección sociolaboral multinivel de los trabajadores de edad avanzada*. Albacete: Bomarzo.
- Moreno Romero, F. (2016). *Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea*. Granada: Comares.
- ONU. (2015). Population ageing and sustainable development. *Population Facts*, 4, 1-4. Recuperado de <[www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/popfacts/PopFacts\\_2014-4Rev1.pdf](http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/popfacts/PopFacts_2014-4Rev1.pdf)> (consultado el 31 de julio de 2019).
- ONU. (2002). II Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, celebrada en Madrid del 8 al 12 de abril de 2002 (1-85). Recuperado de <[https://www.un.org/es/events/pastevents/ageing\\_assembly2/](https://www.un.org/es/events/pastevents/ageing_assembly2/)> (consultado el 14 de septiembre de 2019).
- Pérez Guerrero, M. L. (2016). La estrategia 55 y más y los incentivos a la prolongación de la vida laboral. En F. J. Calvo Gallego y M. F. Fernández López (Dir.), *Personas de edad avanzada y mercado de trabajo* (pp. 199-220). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Romero Coronado, J. (2017). El sistema especial agrario. Régimen jurídico. En J. L. Monereo Pérez (Dir.), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*. Tomo II (pp. 595-607). Murcia: Laborum.
- Rubio Arribas, F. J. (2013). Tengo 50 años ¿y qué? Dificultades y estrategias en el retorno al mercado de trabajo. *Nómaditas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, 40, 1-17. Recuperado de <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=18153270006>> (consultado el 14 de septiembre de 2019).
- Sánchez-Urán Azaña, Y. (2001). Trabajadores de «edad avanzada»: empleo y pro-



tección social. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 33, 215-250.

Servicio Público de Empleo (SEPE). (2019). Subsidio agrario y renta agraria. Resumen de datos marzo de 2009. Recuperado de <<https://www.sepe.es/HomeSepe/ques-el-sepe/estadisticas>> (consultado el 14 de septiembre de 2019).

UGT. (2018). Mayores de 55 años en el mercado de trabajo español. Una década de pérdidas. Recuperado de <[http://www.ugt.es/sites/default/files/20180420\\_](http://www.ugt.es/sites/default/files/20180420_)

[informe\\_mayores\\_55\\_anos\\_vf.pdf](#)> (consultado el 6 de septiembre de 2019).

Vicente Palacio, M. A. (2014). Tránsitos y conexiones entre empleo y la Seguridad Social: especial referencia al subsidio de desempleo para mayores de 55 años. *Trabajo. Revista Iberoamericana de Relaciones Laborales*, 30, 53-77. Recuperado de <[http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/11535/Transitos\\_y\\_conexiones.pdf?sequence=2](http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/11535/Transitos_y_conexiones.pdf?sequence=2)> (consultado el 15 de septiembre de 2019).



# El derecho a la mentira como tutela preventiva de los derechos fundamentales de los trabajadores

**Fernando Fita Ortega**

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

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

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

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

## Extracto

La mentira y el engaño son contrarios a los principales valores que propugna el derecho. De este modo, en materia contractual, la mentira se ha considerado tradicionalmente como una ruptura del principio de buena fe que obliga a todas las partes de un contrato, y por el que deben regirse de forma honesta y justa. De no cumplirse con esta obligación, cabe, en el ámbito laboral, bien considerar el contrato nulo por vicio en el consentimiento –en caso de que la mentira afectase a alguno de los elementos esenciales del contrato–, bien admitir que el empresario pueda ejercer su poder disciplinario frente al trabajador.

Desde esta aproximación resulta difícil reconocer un derecho a la mentira. Sin embargo, hacerlo puede ser esencial para garantizar la tutela preventiva de los derechos fundamentales de los trabajadores. Considerando que no existe mejor protección que la prevención, el derecho a mentir podría contribuir a evitar la vulneración de los derechos fundamentales, constituyendo, de hecho, el mejor modo para su salvaguardia. En primer lugar, por cuanto la dificultad de la prueba no queda completamente eliminada en virtud de las reglas de la inversión de la carga de la prueba. En segundo, por cuanto la reparación del daño no va a proporcionar la completa satisfacción de los intereses en juego.

**Palabras clave:** derecho a la mentira; derecho al engaño; derechos fundamentales; tutela preventiva.

Fecha de entrada: 03-05-2019 / Fecha de aceptación: 15-07-2019 / Fecha de revisión: 30-10-2019

**Cómo citar:** Fita Ortega, F. (2019). El derecho a la mentira como tutela preventiva de los derechos fundamentales de los trabajadores. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 441, 85-116.



## The right to lie as a preventive protection of workers' fundamental rights

Fernando Fita Ortega

### Abstract

Deceive and lies do not fit within the main principles defended by law. Hence, lies have traditionally been considered a breach of the good faith principle emerging for both parties in contract law, as they have to act in a fair and honest way in the fulfillment of their respective rights and duties. In case of disrespecting this principle of good faith, the contract of employment could be either considered null and void because its negative impact on the consent, or constitute a valid reason for a disciplinary dismissal.

Therefore, from this way of approaching the question, it is difficult to claim for a right to lie. However, it is necessary to recognize it in order to guarantee a preventive protection of workers' fundamental rights. Whether prevention is the best way for protecting, the explicit recognition of the right to lie could contribute to avoid harm to fundamental rights, been, as a matter of a fact, the best way to defend them. Firstly, as the difficulties to proof the injure of fundamental rights are not eliminated applying the rules of burden of proof. Secondly, because remedies consisting in repairing the damage does not offer a complete satisfaction of the interests involved.

**Keywords:** right to lie; right to deceive; fundamental rights; preventive protection.

**Citation:** Fita Ortega, F. (2019). The right to lie as a preventive protection of workers' fundamental rights. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 441, 85-116.







## Sumario

1. Las medidas de tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores y su falta de eficacia
2. La relación entre el derecho y la mentira
3. La mentira en el contrato de trabajo
  - 3.1. La mentira y la nulidad del contrato de trabajo
  - 3.2. La mentira y el quebranto de la buena fe como causa de despido
4. Sobre la posibilidad de reconocer un derecho a la mentira como tutela preventiva de los derechos fundamentales de los trabajadores
  - 4.1. ¿En qué casos sería posible reconocer un derecho a la mentira en favor del trabajador?
  - 4.2. Efectos derivados del reconocimiento del derecho a la mentira de los trabajadores
5. El necesario reconocimiento del derecho a la mentira

Referencias bibliográficas

**Nota:** este estudio se inscribe en el trabajo y resultados del proyecto DER2017-83488-C4-3-R «Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo subordinado en la era digital», financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, la Agencia Estatal de Investigación y FEDER.

## 1. Las medidas de tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores y su falta de eficacia

Los mecanismos que el ordenamiento laboral español prevé para la tutela de los derechos fundamentales, similares a los contemplados en los ordenamientos europeos, consisten en declarar la nulidad radical de la actuación vulneradora de estos derechos; ordenar el cese inmediato de la actuación contraria a derechos fundamentales o a libertades públicas o, en su caso, la prohibición de interrumpir una conducta o la obligación de realizar una actividad omitida, cuando una u otra resulten exigibles según la naturaleza del derecho o libertad vulnerados; imponer el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho, reponiendo la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como reparando las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como por los daños y perjuicios adicionales derivados (art. 182 Ley reguladora de la jurisdicción social –LRJS–). Junto a estas medidas, la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social (LISOS) contempla sanciones administrativas para los casos de actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores (art. 8.11); discriminaciones en las condiciones de trabajo, o tratos desfavorables frente a procedimiento de reclamación para exigir el cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación (art. 8.12); discriminaciones en los derechos de información y consulta (art. 9.2 d); discriminaciones en las decisiones adoptadas en aplicación de la Ley sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas (art. 10 bis. 2 d), y discriminaciones en el acceso al empleo (art. 16.1 c); todas ellas tipificadas como faltas muy graves.

Ahora bien, si «la declaración de nulidad de la conducta vulneradora no puede considerarse suficiente para lograr una reparación real y efectiva del derecho fundamental vulnerado» (Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 247/2006, FJ 8.º), tampoco el resto del conjunto de medidas contemplado en la normativa española alcanza a proteger eficazmente los derechos fundamentales de los trabajadores en la empresa. Así, en el caso de tratos discriminatorios, porque aportar indicios de discriminación, exigido en el artículo 96 de la LRJS para que opere el mecanismo probatorio previsto en el mismo, no siempre es sencillo, dado que la lesión de los derechos fundamentales se produce normalmente mediante conductas «habitualmente enmascaradas en una apariencia de legitimidad» (Lousada,

2005, p. 36)<sup>1</sup>, y porque el empresario tiene la posibilidad de actuar antes de que se pueda aportar el indicio discriminatorio<sup>2</sup>, lo que dificulta considerablemente conseguir poner en marcha el mecanismo de tutela de los derechos fundamentales<sup>3</sup>. No debe olvidarse que, por este motivo, el legislador optó por introducir una protección objetiva, reforzada, en el caso de despido de ciertos colectivos de trabajadores (identificados por haber hecho uso de sus derechos de conciliación entre vida laboral y familiar, su estado de gestación, o tratarse de víctimas de violencia de género), respecto de los que, en caso de no poder apreciarse causa justa para la extinción de su contrato, esta deberá calificarse como nula, sin que quepa la declaración de improcedencia<sup>4</sup>.

Por otra parte, la cuantificación de la indemnización a abonar al trabajador que ha visto lesionados sus derechos fundamentales no es fácil de calcular, fundamentalmente por lo que se refiere a los daños morales<sup>5</sup>, respecto de los que la jurisprudencia ha mantenido cri-

<sup>1</sup> Aunque tampoco son inusuales las situaciones en las que el empresario manifiesta abiertamente –ya sea al incluirlo en la oferta de empleo o en virtud de declaraciones públicas– su deseo de excluir a determinados colectivos por motivos discriminatorios. Al respecto, Sentencia del Tribunal de Justicia (STJ) de 10 de julio de 2008, asunto C-54/07, Feryn, relativa a un empleador que dio a conocer públicamente que, en el marco de su política de contratación, no emplearía a trabajadores de determinado origen étnico, lo que el tribunal consideró como un indicio de discriminación que bastaría para presumir la existencia de una política de contratación directamente discriminatoria, correspondiendo en tal caso a dicho empleador probar que no se ha vulnerado el principio de igualdad de trato.

<sup>2</sup> Trabajadora respecto de la que el empresario puede sospechar que está embarazada, sin que esta haya comunicado nada al empresario o su entorno, y que es despedida por ese motivo.

<sup>3</sup> Sobre esta circunstancia, referido a un trabajador con discapacidad que alega discriminación en su despido por este motivo, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Cataluña de 3 de abril de 2017 (rec. 7641/2016):

En el present supòsit la sala entén que la demandant no ha aportat indicis de que ha existit una discriminació, per raó de la seva discapacitat, perquè encara que consta provat que des del 26.9.2014 l'actora tenia reconegut un grau de discapacitat del 24 % i que aquest va ser augmentat al 39 % en data 28.4.2015, també reconeix el propi magistrat d'instància que l'empresa no tenia coneixement d'aquests fets, per la qual cosa és impossible que la seva decisió de posar fi al contracte de treball de la demandant, encara que sigui sense una causa vàlida, fos deguda a la seva discapacitat, tal com afirma la demandant.

<sup>4</sup> STC 92/2008, en la que el recurso de amparo prospera al efectuar un análisis del asunto desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva (art. 24 Constitución española –CE–), cuyas exigencias son distintas y más estrictas:

[...] «reforzadas» [...] cuando, a pesar de que la decisión judicial no verse directamente sobre la preservación o los límites de un derecho fundamental, uno de estos derechos, distinto al de la propia tutela judicial, esté implicado [...], esté vinculado [...], conectado [...], o en juego.

<sup>5</sup> Circunstancia a la que atiende el artículo 179.3 de la LRJS, al determinar los requisitos de la demanda, con respecto a la necesidad de indicar las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada.

terios oscilantes con relación a su prueba<sup>6</sup> y cuantificación<sup>7</sup>. Sobre este particular, el TJ ha señalado únicamente que:

[...] cuando la reparación pecuniaria es la medida adoptada para alcanzar la igualdad efectiva de oportunidades, debe ser adecuada en el sentido de que debe permitir compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos a causa del despido discriminatorio, según las normas nacionales aplicables<sup>8</sup>.

Pese a ello, el Informe conjunto sobre la aplicación de la Directiva 2000/43/CE («Directiva de igualdad racial») y la Directiva 2000/78/CE («Directiva de igualdad en el empleo») (Comisión Europea, 2014, p. 8) destaca la pervivencia de motivos para la preocupación, por cuanto que los tribunales nacionales parecen mostrar cierta tendencia a utilizar un baremo inferior de sanciones previstas por la ley, así como el nivel y el importe de las indemnizaciones fijadas, recordando que el TJ señaló que la Directiva 2000/43/CE impide que la ley nacional disponga sanciones puramente simbólicas<sup>9</sup>.

En tercer lugar, la posibilidad de la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental puede llegar a producirse en caso de despido –siendo esta la consecuencia más usual del despido declarado nulo<sup>10</sup>–, pero resulta de mayor complejidad en los casos de lesiones que se produzcan en el momento de la contratación como consecuencia de los obstáculos legales para la imposición de la contratación de una persona, al requerirse la prestación libre y no viciada de su consentimiento para que se produzca el perfeccionamiento del contrato (Aparicio y Olmo, 2007, p. 43). Sobre esta

<sup>6</sup> Así, la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 15 de abril de 2013 (rec. 1114/2012) denegó, aplicando la ley procesal de 1980, la indemnización por daño moral al no haberse proporcionado base o indicio alguno del daño sufrido, reconociendo que la nueva normativa «parece más flexible». Así lo confirmó la STS de 2 de febrero de 2015 (rec. 279/2013), por la que se verificó un nuevo cambio de la doctrina mantenida en esta materia por el TS, posteriormente seguida por la STS de 19 de diciembre de 2017 (rec. 624/2016).

<sup>7</sup> En todo caso, según reiterada jurisprudencia (por todas, STS de 17 de abril de 2013, rec. 109/2012), en los supuestos en los que la determinación de la indemnización es difícil, ha de aplicarse lo dispuesto en la LISOS.

<sup>8</sup> STJ de 17 de diciembre de 2015, asunto C-407/14, Arjona Camacho, apartado 33, citando otros pronunciamientos previos (Marshall, C-271/91, apdo. 26, y Paquay, C-460/06, apdo. 46).

<sup>9</sup> STJ de 25 de abril de 2013, asunto C-81/12, Asociatia Accept.

<sup>10</sup> No debe olvidarse la matización introducida con la LRJS, en cuyo artículo 282.2 se permite que el trabajador opte por extinguir la relación laboral con el correspondiente abono de la indemnización procedente y de los salarios de tramitación, en los supuestos de declaración de nulidad del despido por acoso laboral, sexual o por razón de sexo o de violencia de género en el trabajo. Dichas excepciones fueron reconocidas previamente por los tribunales, pese a no estar legalmente previstas (SSTSJ de Andalucía/Sevilla de 13 de septiembre de 2002, rec. 2354/2002, y Madrid de 10 de febrero de 2000, rec. 4776/1998, tribunal que presentó cuestión de inconstitucionalidad frente a la norma relativa a los efectos del despido declarado nulo, que fue inadmitida por Auto del TC 311/1999, de 14 de diciembre).

cuestión, el TC declaró, en su Sentencia 173/1994, relativa a la falta de renovación de un contrato temporal en la Administración pública por motivos discriminatorios, que en tal situación la nulidad de la decisión de la entidad empleadora debería afectar a la renovación del contrato, de modo que debiera presumirse prorrogado o celebrado un nuevo contrato temporal con el trabajador (Alfonso, 1994). Sin embargo, hay dos cuestiones a considerar que impiden dar a esta sentencia un carácter general. De una parte, no se trataba de un primer contrato, sino de la no renovación de un contrato previo –más fácilmente reconducible a las consecuencias propias del despido nulo por motivos discriminatorios–, y, de otra, porque el empleador se trataba de una Administración pública, cuyas decisiones no pueden ser arbitrarias (art. 9.3 CE). Téngase en cuenta al respecto que el TJ ha señalado que la normativa comunitaria (en el caso, la Directiva 76/207/CEE) no exige que el empresario contrate al candidato afectado por una discriminación en el acceso al empleo<sup>11</sup>.

Por último, todo el conjunto de medidas hasta aquí analizadas no consigue evitar que se produzca la lesión del derecho fundamental, pues tienen un carácter reparador, lo que en sí mismo supone un fracaso de la tutela desplegada sobre estos derechos, ya que no se habrá impedido su lesión. Desde este punto de vista, los mecanismos de tutela preventiva aparecen indudablemente como instrumentos más efectivos a la hora de garantizar el respeto de los derechos fundamentales. Por este motivo, consecuentemente, en lugar de poner el acento en la reparación del daño, la tutela debería proporcionarse desde una perspectiva preventiva, la cual asegura de mejor manera la ausencia de lesión de los derechos fundamentales<sup>12</sup>.

Entre tales medidas preventivas procede incluir las multas<sup>13</sup> y las indemnizaciones de carácter punitivo<sup>14</sup> –no exigidas, aunque posibles, según el TJ, para garantizar el efec-

<sup>11</sup> El TJ, en la Sentencia de 10 de abril de 1984, asunto C-14/83, Von Colson y Kamann/Land Nordrhein-Westfalen, concluye que la norma comunitaria no impone –aunque permite– que una discriminación (en el caso, por razón de sexo) en el acceso al empleo deba sancionarse obligando al empresario, autor de la discriminación, a celebrar un contrato de trabajo con el candidato discriminado. En el mismo sentido, STJ de 10 de abril de 1984, asunto C-79/83, Harz/Deutsche Tradax.

<sup>12</sup> Diversas iniciativas relativas a esta clase de tutela se han ido implementando a lo largo del tiempo. De este modo, en el caso de la Unión Europea (UE), diversos Estados miembros vienen experimentando con la implantación del currículum anónimo en los procesos de selección de personal con objeto de evitar discriminaciones –Informe conjunto sobre la aplicación de la Directiva 2000/43/CE y la Directiva 2000/78/CE (Comisión Europea, 2014, p. 5)–. En el caso de España, <<http://www.inmujer.gob.es/actualidad/noticias/2017/JULIO/curriculumanonimo.htm>> (consultado el 30 de octubre de 2019).

<sup>13</sup> Con relación a estas cabe apuntar que la LISOS no abarca todo el régimen sancionador en materia de lesión de derechos fundamentales en ámbito laboral, toda vez que las muy destacables sanciones por lesión del deber de protección de datos no aparecen recogidas en dicha norma, sino en la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD).

<sup>14</sup> Las cuales se han recogido en la legislación en la medida en que el artículo 183.2 de la LRJS dispone que el tribunal deberá pronunciarse en la sentencia sobre la cuantía del daño, determinándolo prudentialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a esta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación

to disuasorio que deben tener las indemnizaciones que compensen la lesión de estos derechos<sup>15</sup>-, respecto de las que la práctica demuestra que no son suficientes. También los mecanismos de mediación y conciliación pueden ser incluidos dentro de las medidas preventivas dirigidas a evitar la lesión de los derechos fundamentales, pudiendo aproximarse al problema de fondo antes de que se produzca su vulneración y, una vez acontecida, ofreciendo respuestas más eficaces en la solución de la controversia, pues mientras los tribunales se ven limitados a resolverla aplicando las consecuencias legales, la mediación y la conciliación pueden ir más allá, profundizando en el conflicto, analizando sus orígenes y ofreciendo soluciones alternativas que pueden resultar más efectivas que la aplicación de las medidas reparadoras contempladas por la ley. Las vías de solución extrajudicial de los conflictos pueden constituir, por tanto, una técnica útil para resolver controversias relativas a lesión de derechos fundamentales antes de llegar a los tribunales<sup>16</sup>, evitando el correspondiente retraso en la reparación del daño provocado<sup>17</sup>.

Así pues, si la prevención parece ser la mejor manera de protección frente a vulneraciones de los derechos fundamentales, cabría plantearse la posibilidad de profundizar en este mecanismo de tutela reconociendo al trabajador el derecho a mentir con objeto de proteger su derecho.

## 2. La relación entre el derecho y la mentira

La aproximación que se hace a la mentira desde el derecho difiere de forma muy considerable, manteniendo una relación extrañamente complicada con la mentira, el engaño y la verdad (Sarat, 2015, p. 2). De una parte, el sistema jurídico contiene importantes mentiras que no son cuestionadas<sup>18</sup>. Así sucede, por ejemplo, cuando el preámbulo de la

---

anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño. En este sentido ha evolucionado igualmente la doctrina del TS, que «se ha alejado más –en la línea pretendida por la ya referida LRJS– del objetivo propiamente resarcitorio, para situarse en un plano que no descuida el aspecto preventivo que ha de corresponder a la indemnización» (STS de 13 de julio de 2015, rec. 221/2014).

<sup>15</sup> STJ de 17 de diciembre de 2015, asunto C-407/14, Arjona Camacho, apartados 37 y 40.

<sup>16</sup> En este sentido, British Government (2014, p. 5). Siguiendo esta guía, el Acas (Advisory, Conciliation and Arbitration Service) lanzó la guía *Asking and responding to questions of discrimination in the workplace* (Acas, 2014), dirigida a solicitantes de empleo, empleados, empleadores y otros, con relación a la Equality Act 2010.

<sup>17</sup> Un ejemplo de esta situación lo constituye el pleito en torno a la vestimenta de las mujeres que prestan servicios en el AVE, litigio llevado ante la Audiencia Nacional que dictó su sentencia en el año 1999, y cuya solución se alcanzó muy posteriormente mediante acuerdo, lo que impidió que el TC se pronunciase sobre el fondo del asunto en su Sentencia 84/2006.

<sup>18</sup> El derecho es, junto con el periodismo y la política, una esfera donde la mentira se da por sentada, cuando no considerada justificada, por aquellos que la utilizan, quienes por esta razón tienden a dictar reglas de su uso (Box, 2003, p. 10).

Constitución de los Estados Unidos de América comienza con la frase «We the People of the United States...», asumiendo que la Constitución fue adoptada por decisión del pueblo, cuando la realidad demuestra, por el contrario, que el pueblo no ordenó ni estableció la Constitución, y ni tan siquiera puede decirse que lo hicieran representantes autorizados de ese pueblo, tratándose de una mentira derivada de un interés de autolegitimación (Franks, 2015, p. 34)<sup>19</sup>.

A igual conclusión puede llegarse con respecto a otros sistemas legales, como, por ejemplo, la regulación de la UE en materia de discriminación. En este sentido cabe referirse a la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, según la cual:

[...] la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores reconoce la importancia de combatir toda forma de discriminación y, especialmente, la necesidad de adoptar medidas adecuadas para la integración social y económica de las personas mayores y de las personas con discapacidad (considerando sexto).

Pese a que de dicha proclamación se extraería la conclusión de que la UE tiende a luchar contra toda discriminación por motivos de la edad, lo cierto es que se trataría de una falsa percepción, puesto que la directiva contempla numerosas excepciones –ampliamente interpretadas por el TJ–, de acuerdo con lo que se establece en el vigésimo quinto considerando de la directiva<sup>20</sup>; excepciones que se basan en buena medida en los estereotipos preexistentes (Ballester, 2009, p. 40) –los cuales, paradójicamente, se quieren combatir–,

<sup>19</sup> En su escrito, Franks destaca que solamente hombres blancos y propietarios eran considerados como «ciudadanos» en el momento de la proclamación de este texto, siendo ellos quienes establecieron las disposiciones fundacionales dirigidas a aplicarse a toda la población, ignorando, pues, a los americanos nativos, los negros, las mujeres o los blancos que carecieran de propiedades. Como señala, la mentira de la igualdad sirve para oscurecer la desigualdad existente en la realidad (p. 46) dando satisfacción a un importante interés autolegitimador (p. 41).

El mismo propósito de refuerzo de la legitimación pudo apreciarse en el proyecto fracasado de una Constitución europea, que fue presentado como un proceso constituyente en la UE pese a su carácter formal de tratado internacional. Sobre las razones del fracaso de dicha «Constitución», Podolnjak (2007, p. 10) afirma que el único aspecto revolucionario de dicha «Constitución» fue el lenguaje empleado en el tratado («*constitutional convention*», «*constitution-makers*», «*constitution*» or «*constitutional treaty*»).

<sup>20</sup> La prohibición de discriminación por razones de edad constituye un elemento fundamental para alcanzar los objetivos establecidos por las directrices sobre el empleo y para fomentar la diversidad en el mismo. No obstante, en determinadas circunstancias se pueden justificar diferencias de trato por razones de edad, y requieren, por lo tanto, disposiciones específicas que pueden variar según la situación de los Estados miembros. Resulta, pues, esencial distinguir las diferencias de trato justificadas, concretamente por objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado laboral y de la formación profesional, y debe prohibirse la discriminación.

de modo que, más que evitar el uso de la edad como factor discriminatorio, acaba por legitimarlo (González, 2001, pp. 104-105).

Por otra parte, el derecho sanciona las mentiras cuando estas pueden provocar un daño para los demás<sup>21</sup>, como consecuencia lógica de que, cuando una persona miente en provecho propio, la sociedad deja de confiar en ella, excluyéndola, pues «los hombres no huyen tanto de ser engañados como de ser perjudicados por engaños» (Nietzsche, 1873). Semejante afirmación es particularmente cierta en el caso de los contratos, donde la mentira provoca la nulidad del contrato cuando el consentimiento de una de las partes se haya obtenido mediante engaño o, cuando menos, la posibilidad de poner fin a la relación jurídica como consecuencia del quebranto de la buena fe contractual. Sin embargo, ¿cabría mantener semejantes consecuencias de la mentira cuando con ella lo que se pretende no es sino evitar un perjuicio –personal o de terceros–? Como sugiriese Kant (Albiac *et al.*, 2012, pp. 27-28), frente a la mentira cabe plantearse dos cuestiones. La primera consiste en saber si el hombre, cuando no puede rehusar a responder sí o no, tiene el derecho a mentir. La segunda consiste en saber si el ser humano no está obligado a decir una mentira cuando se encuentra injustamente forzado a realizar una declaración, con objeto de protegerse a sí mismo o a un tercero frente a una amenaza.

### 3. La mentira en el contrato de trabajo

En el marco de un contrato, la mentira se ha considerado siempre uno de los más graves incumplimientos de las obligaciones derivadas de la relación jurídica creada por voluntad de las partes. En el momento de la contratación, porque la mentira puede afectar al consentimiento de la otra parte. Durante la ejecución del contrato, porque la mentira podría afectar al deber de buena fe que emerge directamente del contrato y que impone el artículo 7 del Código Civil (CC).

#### 3.1. La mentira y la nulidad del contrato de trabajo

Como es conocido, los tres elementos esenciales para que un contrato sea válido son consentimiento, objeto y causa (art. 1.261 CC). Con relación al consentimiento, para que este produzca efectos se requiere que quien lo preste tenga capacidad para hacerlo y

<sup>21</sup> El cumplimiento leal y de buena fe de las obligaciones dimanantes del contrato laboral proscribire, sin duda, cualesquiera actuaciones del trabajador intencionalmente dirigidas a inferir un daño, material o moral al empleador, supuesto este, en el que el fraude, la deslealtad o la conducta realizada con abuso de confianza no podrían buscar amparo bajo norma constitucional declarativa de derecho alguno (STSJ de Madrid de 16 de noviembre de 2012, rec. 4485/2012).



que no concurra vicio por error, dolo, violencia o intimidación, pues en tal caso el consentimiento será nulo, acarreando la nulidad del propio contrato (art. 1.265 CC), de modo que quien lo prestó sometido a engaño no se verá vinculado por aquel.

Es importante destacar que el engaño, como vicio en el consentimiento, puede venir provocado tanto por el fraude realizado de palabra u obra, como por la fraudulenta falta de puesta a disposición de cualquier información que debiera proporcionarse atendiendo a los principios de buena fe y de confianza que deben presidir los negocios jurídicos. En ambos casos resulta relevante que, mediante semejante comportamiento, una de las partes persigue (por acción u omisión) influir en la otra, afectando a su capacidad de decisión y provocando vicio en el consentimiento prestado.

De esta premisa se deriva que no toda mentira –o falta de información– acarrea la nulidad del contrato, sino solamente aquella que pudiera tener capacidad de influir en la decisión de la otra parte del negocio jurídico, habiendo sido determinante a la hora de que esta prestase su consentimiento. Para que se produzca semejante efecto en derecho, la mentira debe ir, pues, referida a un aspecto esencial del contrato (art. 1.266 CC), recaer sobre hechos desconocidos en el momento de la prestación del consentimiento, y debe provocar un error excusable en la contraparte, esto es, un error que no pudo ser salvado empleando una diligencia media o regular, razonable para la salvaguarda del propio interés, pues si bien las partes tienen el deber de informar en virtud del principio de responsabilidad negociada, este mismo principio les impone el deber de informarse, debiendo valorarse sus respectivas conductas desde el principio de la buena fe<sup>22</sup>.

De este modo, los tribunales laborales han estimado la nulidad de un contrato cuando, por ejemplo, el empleado hubiese falsificado documentación, asumiendo una identidad ajena y provocando el error en la persona<sup>23</sup>, o una nacionalidad distinta a la verdaderamente ostentada<sup>24</sup>; hubiese afirmado poseer un título habilitante del que verdaderamente carecía y resultaba necesario para prestar el trabajo objeto del contrato<sup>25</sup>; o hubiese incluido hipotéticos méritos en su currículum sin los cuales no hubiese sido el candidato elegido en el correspondiente proceso de selección<sup>26</sup>, tales como una mayor

<sup>22</sup> STS (Sala de lo Civil) de 22 de mayo de 2005 (rec. 3355/1999).

<sup>23</sup> SSTSJ de Cataluña de 12 de febrero de 2008 (rec. 5821/2006) y 2 de octubre de 2017 (rec. 1789/2017), o STS de 21 de enero de 2010 (rec. 106/2009), puesto que, al poseer el contrato de trabajo un carácter *intuitu personae*, el error excusable en la persona implicará siempre la nulidad del contrato.

<sup>24</sup> STSJ de Extremadura de 7 de noviembre de 2001 (rec. 485/2001), relativa a un deportista de nacionalidad brasileña que presentó en el momento de su contratación un pasaporte portugués falso.

<sup>25</sup> Así, con relación al carnet de conducir, SSTSJ de La Rioja de 9 de marzo de 2012 (rec. 79/2012) o Asturias de 23 de marzo de 2012 (rec. 72/2012).

<sup>26</sup> En caso contrario, la mentira en la documentación aportada podrá tener otras consecuencias, pero no la nulidad del contrato por vicio en el consentimiento (STSJ de Madrid de 20 de diciembre de 2005, rec. 72/2012).

experiencia<sup>27</sup>, sin que en esos casos quepa aceptar la existencia de una supuesta falta de diligencia por parte del empresario al no verificar los datos aportados por el trabajador, dada su actuación dolosa<sup>28</sup>.

Sobre el particular caso del engaño mediante la asunción de otra identidad efectuado por un ciudadano extracomunitario carente de autorizaciones de residencia y trabajo en España, y que había sido expulsado en el pasado del territorio nacional con prohibición de entrada, la STS de 21 de enero de 2010 (rec. 106/2009) determinó que los efectos previstos en el artículo 36.3 de la Ley orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su redacción anterior a la modificación operada por la Ley orgánica 2/2009 –en cuya virtud, la carencia de la correspondiente autorización administrativa previa para trabajar no invalida el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni es obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de Seguridad Social–, deben entenderse limitados a los supuestos en los que el empresario fuese conocedor de dicha circunstancia, no así en los casos en los que el empresario hubiese sido engañado sobre este extremo. De este modo:

[...] cuando la carencia de aquellas autorizaciones [...] no es debida a un incumplimiento «por parte del empleador», sino a una actuación dolosa del trabajador [...], desaparece el condicionante relativizador del apartado 3 del art. 36 CC para quedar incumplida una norma prohibitiva en toda su puridad y con todas sus consecuencias cual es la nulidad de pleno derecho del contrato celebrado (FJ 4.º)<sup>29</sup>.

Junto a los ejemplos señalados, y teniendo en cuenta que el ocultamiento de información relevante para el normal desenvolvimiento del contrato también puede considerarse incluido en la mentira vulneradora del principio de buena fe contractual y de confianza que deben presidir las relaciones jurídicas, cabe referirse, igualmente, como ejemplo de conductas generadoras de la nulidad del contrato, a la STSJ de Galicia de 26 de abril de 1996 (rec. 1785/1996), relativa a un supuesto de contratación de un trabajador para prestar servicios de prevención, detección y extinción de incendios forestales, quien en el momento de la contratación ocultó que había sido acusado por un testigo presencial de prender fuego a unos matorrales provocando un incendio y quien era sospechoso de diversos incendios ocurridos en la comarca en la que debía actuar con ocasión del contrato celebrado, hechos por los que había pasado a disposición del correspondiente juzgado de instrucción que, tras instruir las oportunas diligencias, decretó la apertura de juicio oral contra el trabajador en calidad de acusado, estando dicho juicio pendiente en el momento de la contratación.

<sup>27</sup> STS de 26 de octubre de 1999 (rec. 3955/1998).

<sup>28</sup> SSTs de 24 de febrero y 25 de marzo de 2014 (respectivamente, rec. 1112/2013 y 1281/2013).

<sup>29</sup> Criterio seguido posteriormente por la STSJ de Murcia de 22 de febrero de 2010 (rec. 1002/2009).

Tales hechos fueron considerados en esta sentencia determinantes de la nulidad del contrato celebrado pese a que no se hubiese causado daño alguno desde la contratación, toda vez que «la esencia del incumplimiento no está en el daño causado, sino en el quebranto de la lealtad debida, al configurarse la falta por la ausencia de valores éticos y no quedar enervada por la inexistencia de perjuicios».

### 3.2. La mentira y el quebranto de la buena fe como causa de despido

Constituye un principio general del derecho, consagrado en nuestro ordenamiento en el artículo 7 del CC, que los derechos deben ejercerse conforme a las reglas de la buena fe (Gete-Alonso, 1992, p. 863). Dicho principio proporciona un canon de comportamiento para las partes del contrato –que resulta exigible desde que se inician los trámites preliminares para la conclusión del negocio jurídico<sup>30</sup> hasta su fin– según el cual cada una de las partes se encuentra en la obligación de mantener un comportamiento no lesivo de los intereses de la otra y que tenga en consideración las razonables expectativas puestas por dicha contraparte en el negocio jurídico celebrado, de tal modo que no se quiebre la confianza derivada de un comportamiento leal (Fueyo, 1958, p. 99) debiendo respetarse los tres deberes de comportamiento (confianza, corrección y cooperación) que genera la buena fe (Conde, 2007, pp. 133-134).

La consecuencia del incumplimiento de dicho deber básico conlleva la facultad de resolver las obligaciones derivadas del negocio jurídico celebrado (art. 1.124 CC), lo que en el ámbito laboral se regula, como es sabido, en los artículos 50 (en caso de incumplimiento por parte del empresario) y 54 (en caso de incumplimiento del trabajador) del Estatuto de los Trabajadores. La mentira del trabajador, pues, como manifestación de aquella quiebra de confianza y comportamiento desleal, puede conducir al ejercicio del poder disciplinario empresarial, justificando incluso el despido en caso de alcanzar la suficiente gravedad<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> Puesto que, si bien los tratos preliminares a nada comprometen (Mella, 2010, p. 82), se exige, en todo caso, que durante los mismos las contrapartes observen cierto comportamiento caracterizado por la buena fe (Conde, 2007, p. 133).

<sup>31</sup> Como sucede cuando el trabajador oculta la pérdida de un título habilitante, como el carnet de conducir, esencial para la prestación del servicio (SSTSJ de Castilla y León/Burgos de 30 de octubre de 2007, rec. 676/2007; Galicia de 30 de septiembre de 2010, rec. 2408/2010; Cataluña de 19 de septiembre de 2012, rec. 3586/2012, o Extremadura de 26 de noviembre de 2013, rec. 479/2013, entre otras). O como cuando se oculta el propósito de trabajar para la competencia en el momento de presentar una solicitud de licencia no retribuida por motivos personales, estando esta circunstancia, además, prevista en convenio como causa de denegación del permiso (STSJ de Cataluña de 25 de febrero de 2002, rec. 5873/2001). O también cuando el trabajador guarda silencio sobre la real situación de su cuñado, trabajador de la misma empresa, quien se encontraba sin permiso de residencia ni trabajo en España, habiendo suplantado la personalidad de otro para trabajar en ella (STSJ de Cataluña de 11 de marzo de 2011, rec. 4590/2010).

Así ha ocurrido incluso en casos en los que la mentira –en su vertiente de falta de puesta a disposición de la información relevante a la contraparte– se ha verificado en el momento de la contratación, pudiendo, por consiguiente, perseguirse la nulidad del contrato celebrado por vicio en el consentimiento<sup>32</sup>.

Respecto a esta vertiente de la mentira como causa extintiva del contrato, reviste especial interés la STC 62/2008, relativa a un trabajador del sector de la construcción con dolencias derivadas de su trabajo y que, sin embargo, no obtuvo la declaración de incapacidad, por lo que se vio forzado a mantenerse en el mercado de trabajo pese a sus lesiones, que determinaron reiteradas bajas por enfermedad y, finalmente, su despido por haber ocultado a la empresa, en el momento de su contratación, el padecimiento de una enfermedad grave, en parte invalidante, y los consecuentes procesos de bajas continuas en otras empresas del sector para las que previamente había trabajado. Las sentencias de instancia y de suplicación no abordaron la cuestión, transformando la causa de la extinción –claramente expresada en la carta de despido– por la de extinción por motivos de salud, declarando su improcedencia. Tampoco pudo entrar sobre esta cuestión el TC en el recurso de amparo posteriormente interpuesto, y ello a pesar de la pretensión en este sentido formulada por parte del Ministerio Fiscal, por cuanto la demanda inicial no hacía alusión alguna a la posible vulneración del artículo 18.1 de la CE por el hecho de ser despedido al no ofrecer a la empresa datos pertenecientes a su intimidad, limitándose a fundamentar la pretensión de nulidad del despido en la vulneración de los artículos 14 y 15 de la CE, sin que tampoco plantease el recurrente esa cuestión como motivo del recurso en el sucesivo grado jurisdiccional de suplicación, lo que explica que ni el escrito de impugnación al recurso de suplicación formulado por la empresa, ni la sentencia de suplicación, abordaran la constitucionalidad de la decisión extintiva desde ese enfoque (esto es, la posible nulidad del despido por la pretensión empresarial de que el trabajador le comunicara datos que, en su caso, estarían protegidos por el derecho fundamental a la intimidad personal en virtud del art. 18.1 CE).

Tampoco la STSJ de Galicia de 10 de febrero de 2015 (rec. 4471/2014), relativa a un despido por ocultación de la enfermedad padecida por la trabajadora en el momento de la contratación, aborda directamente la cuestión de fondo. En el caso sustanciado en este supuesto, la empresa despidió como consecuencia de «la deslealtad, el abuso de confianza y el fraude, para con la empresa, puesto que, sabiendo que la enfermedad [...] le impediría desarrollar las funciones de su puesto de trabajo de manera continuada y productiva», celebró el contrato de trabajo, destacando en su carta de despido el hecho de que la trabajadora, nada más superar el periodo de prueba, cogiese (ese es el verbo empleado en la carta) una baja de enfermedad, por una dolencia que no es sobrevenida y la cual ya padecía la trabajadora antes de la formalización del contrato, «incluso permitiéndose la temeridad

<sup>32</sup> Así, en el supuesto analizado en la STC 62/2008 o en la STSJ de Galicia de 10 de febrero de 2015 (rec. 4471/2014), donde el empresario optó por hacer uso de la opción extintiva en lugar de instar la nulidad del contrato.

de manifestar que su baja iba a ser de muy larga duración». También en este caso se muta, a lo largo del proceso judicial, la causa de la decisión extintiva por parte del empresario, puesto que en la sentencia de suplicación –ratificando la declaración de improcedencia del despido fallada en instancia– lo único que se debate es si debiera declararse la nulidad de un despido motivado por la enfermedad del trabajador.

#### **4. Sobre la posibilidad de reconocer un derecho a la mentira como tutela preventiva de los derechos fundamentales de los trabajadores**

Según todo lo señalado, engañar al empresario –ya sea afirmando algo que no es cierto u ocultando alguna información relevante que de acuerdo con el principio de buena fe y confianza hubiera tenido que dar a conocer– puede tener consecuencias fatales en el seno de la relación laboral. La cuestión que cabe suscitar es la de si cabe apreciar alguna circunstancia en la que al trabajador se le reconociese un derecho a mentir. Y la respuesta es necesariamente afirmativa<sup>33</sup>.

Así sucedería en el caso en el que el empresario (o el departamento de recursos humanos que actúe en su nombre) solicite cualquier tipo de dato personal, relativo a su estricta privacidad, al candidato en el proceso de selección. En tales circunstancias, la empresa no estaría actuando de acuerdo con el principio de buena fe –que, no olvidemos, obliga a ambas partes del negocio jurídico–, puesto que tales preguntas nunca deberían haberse formulado. Podría argumentarse que, ante las mismas, el candidato podría haberse negado a contestar alegando su derecho a que no se le pregunten cuestiones relacionadas con su vida privada, o proporcionar una respuesta verdadera, aunque resultase esta perjudicial para su interés por ingresar en la empresa, para posteriormente denunciar la actitud de la empresa. En ambos casos, la respuesta del ordenamiento jurídico ante el más que probable rechazo de su candidatura no resulta lo suficientemente garantista para evitar la lesión de su derecho a la privacidad y a la no discriminación, ni permite reparar completamente los perjuicios derivados de la misma, tal y como se ha analizado en el epígrafe primero de este trabajo.

Lamentablemente es demasiado habitual que en las entrevistas de trabajo se pregunte a las mujeres sobre su proyecto de vida (matrimonio, hijos), pregunta que no tiene nada de inocente, puesto que suele emplearse para discriminar a las candidatas por estos motivos<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> En este mismo sentido, Goñi (1988, p. 53), para quien, si existe prohibición de discriminación en el acceso al empleo, «es lógico suponer implícito un derecho del candidato a no revelar o fingir su verdadero estado civil».

<sup>34</sup> Así, SSTSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 7 de abril de 2014 (rec. 923/2012) o Illes Balears de 25 de marzo de 2013 (rec. 486/2012).

Menos frecuentes, pero también presentes en la realidad de las relaciones laborales, son las preguntas acerca de cuestiones políticas, religiosas o de otro orden, efectuadas igualmente con miras a discriminar al candidato<sup>35</sup>.

Las anteriores consideraciones deberían servir para justificar el derecho a la mentira en ciertas circunstancias. Sin embargo, cabría añadir que la mentira no es, tal y como se ha enunciado en epígrafes anteriores, completamente ajena al derecho. De este modo, uno de los principios básicos del derecho penal consiste en el derecho a no declarar contra sí mismo (art. 24 CE), lo que comprende no solo el derecho a guardar silencio, sino también el derecho a mentir<sup>36</sup>, de modo que ni el imputado (investigado) ni el acusado pueden ser sujetos activos del delito de perjurio. A pesar de que el derecho a no declarar contra sí mismo –tal y como está reconocido legalmente– se reconoce exclusivamente en la esfera de la tutela judicial efectiva, cabría plantearse una suerte de extensión del mismo –con todos los matices– al ejercicio de los poderes directivos del empresario, donde ambas partes se encuentran vinculadas por las reglas propias de la buena fe contractual y confianza mutua. En este contexto, se trataría de reconocer el derecho «a no "declarar" contra sí mismo» cuando el empresario realice preguntas ilegales en el proceso de contratación.

Puede concluirse que la aplicación del principio de la buena fe contractual no es un proceso puramente mecánico, sino que siempre requiere determinar qué se puede considerar una conducta apropiada de las partes teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto<sup>37</sup> y, en particular, la conducta mantenida por la contraparte contractual. El principio de buena fe –que contribuiría a suministrar al trabajador criterios de equidad contractual que neutralicen los excesos en su relación de dependencia frente al empresario– vendría así llamado «a delimitar las posiciones activas y pasivas de trabajador y empresario», reconduciendo a sus justos límites el poder de dirección (Rodríguez-Piñero, 2005, p. 21).

<sup>35</sup> Como ejemplo, STJ de 17 de abril de 2018, asunto C-414/16, Egenberger, relativa a la discriminación de una persona que no profesa religión alguna, cuando en la oferta de puesto de trabajo se exige que se indique «la pertenencia a una Iglesia protestante o a una Iglesia integrada en la comunidad de trabajo de las Iglesias cristianas de Alemania». En el caso, la trabajadora no mintió afirmando algo no coincidente con la realidad, sino que optó por omitir cualquier indicación al respecto, siendo apartada del proceso de selección.

<sup>36</sup> STC 129/1996 y las en ella citadas (entre otras, SSTC 135/1989, 186/1990, 128/1993, 152/1993, 273/1993, 290/1993) o STC 170/2006. Igualmente, STS (Sala de lo Militar) de 6 de noviembre de 2000 (rec. 129/1999). En todo caso, la STC 142/2009 puntualiza que ese derecho a mentir no es un derecho fundamental –lo que conllevaría a que ninguna consecuencia pudiera derivarse de dicho comportamiento–, dado que la falsa declaración efectuada puede emplearse como un indicio más para corroborar la culpabilidad.

<sup>37</sup> <[https://www.trans-lex.org/901000/\\_/good-faith-and-fair-dealing-in-international-trade/](https://www.trans-lex.org/901000/_/good-faith-and-fair-dealing-in-international-trade/)> (consultado el 30 de octubre de 2019).

## 4.1. ¿En qué casos sería posible reconocer un derecho a la mentira en favor del trabajador?

El reconocimiento de un derecho a la mentira tiene por objeto favorecer una mejor protección de los derechos fundamentales –límites infranqueables del poder de dirección empresarial (Baylos, 1980, pp. 309 y ss.)– constituyendo «una forma de desobediencia legítima o ejercicio del derecho de resistencia del trabajador» (García, 2016) que se erigirían así en una suerte de «inmunidades» (Rodríguez-Piñero, 2005, p. 28) frente a los poderes directivos empresariales. De este modo, cabría delimitar, inicialmente, el ámbito del derecho a la mentira –oponible a una pretendida actuación de acuerdo con las reglas de la buena fe– a la tutela de los derechos fundamentales, esencialmente en el momento de la contratación. Desde esta perspectiva, el derecho a la mentira debería ser reconocido cuando la información solicitada en un proceso de selección fuese destinada a discriminar a los candidatos por algún motivo vedado en el ordenamiento jurídico<sup>38</sup>. De todos modos, los derechos fundamentales no solamente se verían vulnerados cuando la información obtenida fuese empleada –o pretendiese serlo– con motivos discriminatorios, sino que también pueden verse afectados aun cuando el propósito no sea discriminatorio. Esta precisión es importante, pues la mentira del candidato sería admisible no solamente cuando existiese un temor por su parte a ser discriminado, sino en cualquier momento en el que se le formularan preguntas ilegales.

Los criterios de diferenciación de situaciones iguales que dan lugar a conductas discriminatorias son excesivamente imprecisos, pudiendo suscitar demasiadas zonas de sombra<sup>39</sup>, siendo en todo caso más limitados que el ámbito incluido por el concepto de «preguntas ilegales». Por lo que se refiere a este último concepto, debe tenerse en cuenta que, según el artículo 8.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 16.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. Por su parte, el TC ha mantenido que existe un derecho fundamental a la protección de datos por el que se garantiza a la persona el control sobre sus datos personales, y sobre su uso y destino, para evitar el tráfico ilícito de los mismos o lesivo para la dignidad y los derechos de los afectados

<sup>38</sup> Precisamente por este motivo, la Equality Act 2010 (section 60) del Reino Unido prohíbe que se realicen preguntas acerca de la discapacidad o la salud de una persona solicitante de empleo.

<sup>39</sup> El artículo 14 de la CE se refiere a la discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social; lista abierta, pero interpretada de forma restrictiva por el TC, que no ha incluido la salud entre los motivos discriminatorios (por todas, STC 62/2008 o STS de 17 de mayo de 2000, rec. 4500/1999) más allá de los casos en los que los problemas de salud puedan permitir identificar a la persona como discapacitada, en cuyo caso sí estaría dentro de los criterios considerados discriminatorios (aunque no ya por razón de salud, sino de discapacidad), tal y como se desprende de la STJ de 18 de enero de 2018, asunto C-270/16, Ruiz Conejero.

(STC 94/1998), indicando, en la Sentencia 292/2000, que se trata de un derecho autónomo e independiente –distinto del derecho a la intimidad<sup>40</sup>–, consistente:

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

Este derecho fundamental, como sostiene la STC 292/2000, afectaría a cualesquiera datos de la persona, «sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar, o a cualquier otro bien constitucionalmente amparado», no reduciéndose, por tanto, a los datos íntimos de la persona:

[...] sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es solo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal (FJ 6.º).

Conviene, pues, precisar qué se entiende por datos personales para delimitar el derecho a la mentira que aquí se postula. En este sentido, el Reglamento (UE) 2016/679 (Reglamento general de protección de datos) define como «datos personales»:

[...] toda información sobre una persona física identificada o identificable, esto es, toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como, por ejemplo, un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona (art. 4.1).

---

<sup>40</sup> Según el TC, el derecho fundamental a la protección de datos:

[...] a diferencia del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, con quien comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establecer la ley, aquella que conforme al art. 18.4 CE debe limitar el uso de la informática, bien desarrollando el derecho fundamental a la protección de datos (art. 81.1 CE), bien regulando su ejercicio (art. 53.1 CE); [consistiendo] la peculiaridad de este derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho fundamental tan afín como es el de la intimidad radica [...] en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran.

Sobre esta diferenciación, Garriga, 2016 (pp. 94-96).



Por otra parte, este reglamento contempla, en su artículo 9, categorías especiales de datos personales, esto es, aquellas que revelen:

[...] el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o la orientación sexual de una persona física.

Como ha quedado advertido previamente, el derecho a la mentira no iría dirigido a establecer un mecanismo de tutela preventiva únicamente contra la discriminación, sino contra todos los derechos fundamentales. En este sentido, no solamente las preguntas realizadas para la obtención de información relativa a las categorías especiales de datos personales legitimarían el recurso a la mentira, sino también toda aquella otra pregunta dirigida a obtener cualquier tipo de dato personal pese a quedar fuera de dicha categoría especial.

Ahora bien, como recuerda Luján (2003), el establecimiento y desarrollo de la relación laboral obliga al trabajador a suministrar a su empresa todo tipo de datos personales (méritos, conocimientos y aptitudes, antecedentes profesionales, datos familiares, etc.), motivo por el que el propio reglamento UE reconoce la licitud del tratamiento de datos cuando este sea necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado sea parte, o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales (art. 6) o cuando, tratándose de datos especialmente sensibles (categorías especiales de datos), el tratamiento sea necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del derecho laboral y de la seguridad y protección social, en la medida en que así lo autorice el derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado (art. 9).

El problema que a continuación se suscita es el relativo a determinar cuándo el cumplimiento de tales obligaciones determinará la necesidad del tratamiento de esos datos, lo que deberá ponderarse de acuerdo con los principios de licitud, lealtad y transparencia recogidos en el artículo 5.1 a) del reglamento<sup>41</sup>. Ciertamente, dicha valoración, que podrá realizar inicialmente el interesado, será objeto de revisión posterior por parte de los tribunales, en el

<sup>41</sup> El Criterio técnico 98/2016 de la Inspección de Trabajo, de 26 de junio, sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de cuotas de reserva sobre puestos de trabajo para personas con discapacidad, reconoce que, a efectos de comprobar si el empresario cumple con sus obligaciones al respecto, el empresario podrá preguntar al trabajador acerca de su condición o no de discapacitado, si bien este no tendrá por qué contestar, sin que ni el empleador ni la Inspección puedan acudir al correspondiente órgano para solicitarla ni exigírsela al trabajador (apdo. 4.2, p. 14).

caso de que el empresario decida poner fin a la relación laboral como consecuencia de la falsedad/ocultación de información en la que hubiera incurrido el trabajador en su proceso de selección, y para ello resultará imprescindible analizar la finalidad de la información requerida, así como su adecuación al canon de constitucionalidad empleado por el TC para valorar la razonabilidad de la actuación empresarial (juicio de proporcionalidad).

En esa aplicación del juicio de proporcionalidad, habrá preguntas que tendrán una mayor dificultad para su superación, al afectar a datos personales que pudieran emplearse con motivos discriminatorios –como ocurre con todas aquellas cuestiones relativas a la situación de gestante de la candidata o de su intención de tener hijos<sup>42</sup>– y, en general, con todos aquellos datos calificados como categorías especiales de datos. En este sentido cabe destacar que el derecho a la mentira –en su vertiente de falta de puesta a disposición del empresario de toda la información considerada por él relevante para adoptar su decisión– ya ha sido reconocido por los tribunales en los procesos de selección o reincorporación al puesto de trabajo.

En efecto, el TJ ha señalado que la trabajadora no tiene la obligación de informar de su embarazo, aun cuando no pueda ocupar la vacante por estar embarazada y no poder ocupar desde el primer momento y durante el embarazo el puesto de trabajo por tiempo indefinido, debido a una prohibición de desempeñar dicha actividad laboral impuesta<sup>43</sup>, ni tampoco a hacerlo cuando la trabajadora solicite su reincorporación a un puesto vacante mientras disfruta de un permiso de maternidad<sup>44</sup>; y ello aun cuando la actividad a desempeñar sea tem-

---

<sup>42</sup> Téngase en cuenta que, pese a que la Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, parece limitar, en su artículo segundo, la posibilidad de justificar objetivamente –en virtud de una finalidad legítima– un trato diferente por motivos de sexo a los supuestos de discriminación indirecta, el artículo 14.2 de la misma permite que los Estados puedan disponer, por lo que respecta al acceso al empleo, incluida la formación pertinente:

[...] que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo no constituirá discriminación cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando su objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.

<sup>43</sup> STJ de 3 de febrero de 2000, asunto C-207/98, Mahlburg. En este mismo sentido, Corte di Cassazione (Civ., sez. lav.) de 6 de julio de 2002, núm. 9864, en la que se dilucida acerca de un caso en el que la trabajadora fue contratada para ocupar un puesto de trabajo temporal que no podría llegar a ocupar en ningún momento de la vigencia pactada a causa de su estado de gestación, omitiendo cualquier información al respecto a su empleador, sin que tal circunstancia pueda valorarse como un comportamiento incorrecto legitimador de la decisión empresarial de despedir a la trabajadora, toda vez que imponerle semejante obligación acabaría por hacer ineficaz la tutela de la trabajadora madre, obstaculizando la paridad de tratamiento.

<sup>44</sup> STJ de 27 de febrero de 2003, asunto C-320/01, Busch. La sentencia se refiere a un supuesto en el que la trabajadora estaba disfrutando de un permiso de maternidad y que, al enterarse de la existencia de una vacante, solicitó finalizar anticipadamente ese permiso y reincorporarse a la empresa –una clínica–,

poral y la trabajadora no pueda, como consecuencia de su embarazo, trabajar en el mismo durante una parte sustancial de la duración del contrato de trabajo<sup>45</sup>.

Consecuentemente, también los tribunales españoles<sup>46</sup> se han pronunciado en este mismo sentido<sup>47</sup>. De este modo, la STC 214/2006 (en la que se emplea el juicio de proporcionalidad para valorar la lesión del derecho fundamental en el caso de una desempleada inscrita como demandante de empleo en el correspondiente servicio público –entonces INEM– y a la que no se le remitió una oferta de empleo por su condición de gestante)<sup>48</sup> razona señalando que:

Nada hay en las actuaciones que permita apreciar que por las concretas características del puesto de trabajo ofertado existiera algún tipo de incompatibilidad temporal que impidiera tanto un leve retraso en la fecha de incorporación de la trabajadora como una suspensión inicial de su relación laboral hasta la fecha de finalización del periodo de descanso por maternidad; [y argumentando que] en último término sería el propio ofertante de empleo el que debería haber valorado, en su caso, qué obstáculos podrían derivarse de la situación particular de una concreta candidata de cara a su eventual contratación, sin perjuicio de la consideración que, desde la perspectiva constitucional, hubiera de merecer tal valoración.

Cabe apuntar, en todo caso, que ni tan siquiera cuando la trabajadora estuviese temporalmente incapacitada por motivos de salud, como consecuencia de su embarazo, para prestar sus servicios en el puesto de trabajo al que aspira<sup>49</sup>, cabría efectuar reproche respecto de su falsa respuesta, o silencio, acerca de su estado de gravidez durante el proceso de selección, por lo que no se justificaría la extinción del contrato de trabajo o su nulidad.

---

para acto seguido indicar que el motivo que indujo a la trabajadora a abreviar el permiso parental para la crianza del menor fue la posibilidad de obtener los subsidios de maternidad, superiores a los subsidios para crianza, así como los complementos de los subsidios de maternidad. En todo caso, en esta sentencia se señala que el empresario no preguntó en ningún momento a la trabajadora si esta estaba embarazada (apdo. 18), lo que suscita la duda de si la respuesta hubiese sido la misma en ese caso.

<sup>45</sup> STJ de 4 de octubre de 2001, asunto C-109/00, Tele Danmark A/S.

<sup>46</sup> E igualmente en derecho comparado, como en el caso italiano –la ya citada Sentencia de la Corte di Cassazione (Civ., sez. lav.) de 6 de julio de 2002, núm. 9864; o la más reciente de 12 de marzo de 2016, núm. 13692– o, fuera del ámbito de la UE, en el derecho brasileño –2.ª Vara do Trabalho de Itapeperica da Serra (TRT/2), proceso 1000756-57.2018.5.02.0332, relativa al rechazo de un candidato por tener antecedentes criminales por robo, quien omitió este hecho en la entrevista de trabajo, así como que estuviera cumpliendo condena en régimen de tercer grado–.

<sup>47</sup> STSJ de Madrid de 18 de mayo de 2000 (rec. 1078/2000).

<sup>48</sup> Abordando esta misma cuestión, aunque con perfiles diferentes, STC 108/2019, de 30 de septiembre.

<sup>49</sup> Por ejemplo, para prestar servicios en el departamento de radiología de un hospital, o en las contrataciones de deportistas por las respectivas entidades deportivas.

Ni tan siquiera en esos supuestos, en los que pudiera pretenderse que la actuación empresarial se produjo para tutelar la salud de la trabajadora o del menor, o para evitar la correspondiente sanción por no prevenir los riesgos derivados de la actividad objeto del contrato, cabría admitir la licitud de tales preguntas. Se estaría, en este caso, confundiendo las exigencias de prevención y protección de la salud de la mujer embarazada –quienes efectivamente exigen un trato diferenciado respecto de los demás trabajadores– con su acceso al empleo, incurriendo en una clara discriminación por razón de sexo no amparada por la necesidad de adoptar las medidas de protección de la salud<sup>50</sup>. Como dispone el artículo 26 de la Ley de prevención de riesgos laborales (LPRL)<sup>51</sup>, en estos casos, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición al riesgo detectado para la seguridad y la salud de la trabajadora embarazada, o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, a través de una serie de medidas escalonadas (adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada, movilidad a un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado, movilidad a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, o, finalmente, suspensión del contrato).

En definitiva, las correspondientes actuaciones de empleador y trabajador deberán someterse al juicio de proporcionalidad, valorando las circunstancias concurrentes, pues, en algunas ocasiones, será la ley la que directamente exija la información con objeto de proteger un bien jurídico de necesaria tutela<sup>52</sup> y, en otras, la actividad a desempeñar por el trabajador podría llegar a justificar la necesidad de decir verdad o proporcionar toda la información relevante<sup>53</sup>.

En la valoración del respeto al derecho fundamental a la protección de datos en la actuación de las partes del contrato de trabajo llevada a cabo durante el proceso de selección, aquello que quizá resulta más problemático son las cuestiones relativas al estado de salud del trabajador, cuando este pueda resultar invalidante para el desarrollo de la actividad profesional. Sobre este particular cabe reseñar que la Equality Act 2010 (section 60) del

<sup>50</sup> STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 7 de abril de 2014 (rec. 923/2012).

<sup>51</sup> De conformidad con la Directiva 92/85/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia.

<sup>52</sup> Así, en el caso de la Ley orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, en cuyo artículo 13.5 se exige, como requisito necesario para el acceso y ejercicio a las profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con menores, el no haber sido condenado por sentencia firme por algún delito contra la libertad e indemnidad sexual (incluidos la agresión y abuso sexual, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, prostitución y explotación sexual y corrupción de menores), así como por trata de seres humanos, para lo que quien pretenda el acceso a las mismas deberá acreditar esta circunstancia mediante la aportación de una certificación negativa del Registro central de delincuentes sexuales.

<sup>53</sup> Como en el caso de la STSJ de Galicia de 26 de abril de 1996, anteriormente comentada, relativa a un supuesto de contratación de un trabajador para prestar servicios de prevención, detección y extinción de incendios forestales.

Reino Unido permite realizar, durante el proceso de selección, preguntas sobre el estado de salud o discapacidad del candidato, siempre que las mismas resulten pertinentes a los propósitos de determinar aspectos tales como la capacidad del candidato para desempeñar su trabajo, monitorear el porcentaje de personas con discapacidad en la empresa o aplicar las obligaciones legales relativas a la promoción del empleo de personas con discapacidad.

Respecto de las preguntas del empleador relativas al estado de salud del candidato para determinar su capacidad, cabe destacar que estas no son admisibles en nuestro ordenamiento, puesto que compete a los servicios médicos correspondientes valorar si el estado de salud es o no compatible con el puesto de trabajo a desempeñar, siendo esta la única información que debe proporcionarse al empresario. A pesar de que, como sostiene el TC<sup>54</sup>, el reconocimiento médico en la relación laboral no es un instrumento del empresario para verificar la capacidad profesional o la aptitud psicofísica de sus empleados con un propósito de selección de personal o similar, sino que su fundamento descansa en un derecho del trabajador a la vigilancia de su salud, lo cierto es que, en tutela de la salud del trabajador, se determinará la suspensión de su contrato de trabajo o, en caso de incompatibilidad duradera con la actividad objeto del contrato, su extinción, cuando los resultados de la vigilancia de la salud de los trabajadores y la valoración de riesgos derivados del trabajo así lo impongan.

El artículo 25 de la LPRL establece, con relación a los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, la prohibición de que tales trabajadores sean empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo. Artículo que la STC 196/2004 interpreta *–obiter dicta–* como reconocimiento de una posible no contratación del trabajador por razones de salud o psicofísicas que se deriven de los resultados de la exploración médica obligatoria.

En los dos casos previamente comentados relativos a despidos por haber omitido el trabajador información sobre su estado de salud<sup>55</sup>, el debate judicial se derivó hacia el despido por razón de salud, estimando la improcedencia del despido, sin entrar a valorar la causa que, en ambos supuestos, había alegado el empresario para extinguir ese contrato (quebranto de la buena fe). Desde mi punto de vista, una absoluta falta de capacidad para el desempeño de la actividad contratada acreditada tras la realización del correspondiente control del estado de salud del trabajador previo a la ocupación de su puesto de trabajo,

<sup>54</sup> STC 196/2004.

<sup>55</sup> STC 62/2008 y STSJ de Galicia de 10 de febrero de 2015 (rec. 4471/2014).

o aportación por su parte de certificado en ese sentido una vez contratado, podría motivar la nulidad del contrato por existencia de un consentimiento viciado<sup>56</sup>, o la extinción del contrato por incumplimiento del deber de buena fe contractual, lo que difícilmente podría considerarse discriminatorio, aun cuando pudiera considerarse al trabajador como discapacitado, atendiendo a lo señalado en la STJ de 18 de enero de 2018, asunto C-270/16, Ruiz Conejero, donde se admite la adecuación con la normativa comunitaria de 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, [...] [cuando] dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad [...].<sup>57</sup>

De donde cabe concluir que el trato diferenciado por motivos de discapacidad en casos de concurrencia de circunstancias objetivas no sería contrario a la prohibición de discriminación por este motivo<sup>58</sup>. De otra parte, en aquellos casos en los que la falta de salud no resultase plenamente invalidante, sería exigible al empresario una diligencia mínima –manifestada en la estipulación de un pacto de prueba– que le permitiese poner fin a la relación laboral sin tener que abonar indemnización alguna<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> Sin que, al igual que sucede en los casos en los que el trabajador asegura poseer los títulos habilitantes o documentación precisa para realizar la actividad, cupiese aceptar la existencia de una supuesta falta de diligencia por parte del empresario dada la actuación dolosa del trabajador (SSTS de 24 de febrero y 25 de marzo de 2014, respectivamente, recs. 1112/2013 y 1281/2013). Se trataría de casos como la contratación de una persona con problemas cardíacos severos para trabajar como buzo o realizando grandes esfuerzos.

<sup>57</sup> En este mismo sentido, si bien con varios votos discrepantes fundamentados –básica, pero no únicamente– en la vulneración de derecho al trabajo proclamado en el artículo 35 de la CE, STC de 29 de octubre de 2019, al resolver la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2960-2019, la cual se hace eco de la referida sentencia del TJ, a la que se le reconoce valor hermenéutico, pese a que el derecho de la UE no integra el canon de constitucionalidad.

<sup>58</sup> Como señala el artículo 4 de la Directiva 2000/78/CE, no obstante la prohibición de discriminación directa e indirecta por, entre otros, motivos de discapacidad, los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con la discapacidad no tenga carácter discriminatorio:

[...] cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado.

<sup>59</sup> Otro debate consistiría en la necesidad de primar la adaptación del trabajo a la persona, promoviendo la mejor integración de las personas con discapacidad en el entorno laboral, lo que evitaría, en buena medida, actuaciones de los trabajadores dirigidas a esconder su estado de salud, en detrimento de esta misma, con objeto de mantener sus expectativas laborales (Núñez, 2014, p. 149).

Por último, cuando el empresario tuviese interés en contratar a personas con discapacidad –ya fuese con objeto de cumplir con obligaciones legalmente impuestas<sup>60</sup> o para beneficiarse de estímulos a la contratación de este colectivo–, lo único que podría requerir el empresario es la acreditación relativa a la pertenencia a dicho colectivo<sup>61</sup>. Ciertamente sería más respetuoso con el derecho a la protección de datos si la Administración expidiera un documento en el que simplemente se reconociese que el ciudadano se encuentra incluido en alguno de los colectivos que computan para el cumplimiento de aquellas obligaciones legales, o generan beneficios en concepto de medida de fomento del empleo, avanzando en el proceso de anonimización o seudonimización de datos propugnado por la normativa de protección de datos –Reglamento (UE) 2016/679 y LOPDGDD–.

## 4.2. Efectos derivados del reconocimiento del derecho a la mentira de los trabajadores

Junto a la imposibilidad de declarar nulo el contrato por vicio en el consentimiento, o extinguirlo por quebranto de la buena fe contractual, el reconocimiento de un derecho a la mentira comportaría otros límites a las actuaciones empresariales. En particular, límites a la posibilidad que se le reconoce al empresario de emplear herramientas, como el polígrafo o los test de integridad laboral, para determinar el grado de veracidad con el que el candidato estuviese contestando a las cuestiones planteadas en el proceso de selección.

Por lo que se refiere al uso del polígrafo, este no se ha objetado ante los tribunales españoles cuando ha sido empleado como herramienta para indagar acerca de hechos en casos de acoso sexual<sup>62</sup> o apropiación de caudales<sup>63</sup>. En el caso de Estados Unidos, la Employee Polygraph Protection Act 1988 (US) prohíbe el uso de detectores de mentiras<sup>64</sup>

<sup>60</sup> Como cumplir con la obligación de reservar cuotas a discapacitados (art. 42 Real Decreto legislativo 1/2013).

<sup>61</sup> El artículo segundo del Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, dispone que el grado de minusvalía igual al 33 % se acreditará mediante los siguientes documentos: a) Resolución o certificado expedidos por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) u órgano competente de la comunidad autónoma correspondiente. b) Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) reconociendo la condición de pensionista por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez. c) Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda o del Ministerio de Defensa reconociendo una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

<sup>62</sup> STSJ de Cataluña de 26 de mayo de 2014 (rec. 1205/2014), en la que la trabajadora acosada solicitó someterse a dicha prueba, con el fin de no ver cuestionada su versión.

<sup>63</sup> SSTSJ de Andalucía/Sevilla de 20 de febrero de 2007 (rec. 4218/2005) y Cataluña 3073/2004, de 20 de abril.

<sup>64</sup> Que incluye el uso de polígrafos o cualquier otro aparato similar (analizadores del grado de estrés de la voz, etc.) que se empleen para dar un diagnóstico acerca de la honestidad de un individuo (section 2.3).

tanto durante el proceso de selección, como durante el desarrollo de la relación laboral, si bien exceptúa de la misma a los Gobiernos federal, estatales y locales respecto de sus empleados; al Gobierno federal respecto de particulares empleados en actividades relacionadas con la seguridad nacional; permitiendo su uso igualmente en el sector privado para evaluar a ciertos empleados de empresas de seguridad y de empresas farmacéuticas, además de a ciertos empleados de empresas privadas respecto de los que se sospecha que se encuentren implicados en determinados hechos en el lugar de trabajo (robos, desfalcos, espionaje industrial...) que impliquen pérdidas patrimoniales para la empresa, si bien tales pruebas se encuentran sujetas a estrictos requisitos relativos a la duración e implementación del test, reconociendo específicos derechos a quienes deben pasar por ellos (derecho a rechazar o interrumpir el test y derecho a la confidencialidad de los resultados del mismo, entre otros).

En similares términos, no reconociendo legitimidad para la utilización generalizada de esas herramientas, la Sentencia de la 36.<sup>a</sup> Vara do Trabalho de Sao Paulo (Brazil), de 25 de junio de 2002 (proceso 735/2002), considera que el uso del polígrafo vulnera, en el caso enjuiciado, la intimidad del trabajador, si bien no tanto por el uso que del mismo se hace, sino por el tipo de preguntas formuladas y las circunstancias del caso<sup>65</sup>. La sentencia afirma que, no obstante las preguntas acerca de la vida previa del candidato pueden resultar razonables –especialmente en casos, como en el de autos, en los que el proceso de selección se realiza para cubrir un puesto de trabajo en una empresa de seguridad–, una vez que la relación laboral ha comenzado, el control empresarial sobre estas circunstancias es más limitado, resultando más intensa la protección de la vida privada de los empleados, siendo intolerable cualquier desconfianza por parte del empresario sin motivo aparente.

Recientemente, el Tribunal Superior do Trabalho brasileño se ha pronunciado específicamente sobre la legalidad del uso del polígrafo en los procesos de selección<sup>66</sup>. En su sentencia, el tribunal resuelve la cuestión planteada por el Ministerio Fiscal contra esta misma compañía (American Airlines) exigiendo que la empresa deje de aplicar el test del polígrafo a los candidatos a un puesto de trabajo, a los empleados o a los prestadores de servicios para la compañía por vulnerar los derechos fundamentales de los ciudadanos reconocidos en el ordenamiento jurídico brasileño. La sentencia considera que el polígrafo es un instrumento incapaz de cumplir sus objetivos<sup>67</sup>, pues es falible y entraña un considerable potencial

<sup>65</sup> La sentencia se refiere a una trabajadora que participó en un proceso de promoción a supervisora de seguridad para la empresa American Airlines, y a la que se sometió a una serie de preguntas acerca de su probidad (tales como si robó, participó en actividades subversivas o consumió drogas en los últimos 6 meses).

<sup>66</sup> Proceso TST-RR-1897-76.2011.5.10.0001, de 27 de febrero de 2019.

<sup>67</sup> No cumpliría, pues, con el criterio de idoneidad, que forma parte del juicio de proporcionalidad empleado por el TC español. En la sentencia se alude a la resolución dictada en el proceso RR-28140-17.2004.5.03.0092, de 10 de marzo de 2010, en la que se indica que el uso del polígrafo tampoco supera el test de indispensabilidad, dado que existen otros medios, incluso más eficaces, para combatir el contrabando, terrorismo y corrupción.



de riesgo de discriminación, impidiendo el acceso al empleo, sin que legitime su uso un eventual consentimiento del empleado, toda vez que en razón de la debilidad del trabajador en el mercado –sobre quien pesa el fantasma del desempleo– falla en él la libertad para autodeterminarse y reaccionar contra los actos atentatorios de sus derechos, pues pesa en él la protección de un bien mayor, como es la supervivencia propia y de su familia<sup>68</sup>.

Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que el documento *Protección de los datos personales de los trabajadores* de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 1997) indica, en su apartado 6 («Acopio de datos personales»), que no deberían emplearse polígrafos, detectores u otros medios o procedimientos similares de comprobación de la veracidad (6.11), partiendo del principio de que el trabajador debería ser quien proporcionase todos los datos personales (6.1) y de la necesidad del consentimiento –no viciado– explícito del trabajador para recabarlos (6.2).

De todo cuanto antecede, cabría concluir, respecto del uso de herramientas de verificación de la verdad de las afirmaciones efectuadas por los candidatos a un puesto de trabajo, que, en el caso de que no hubiese una prohibición de su empleo en los términos señalados en la recomendación citada de la OIT, resultaría imprescindible una regulación que estableciese los límites para su uso, si bien el mismo debería ponderarse siempre de acuerdo con el juicio de proporcionalidad. Para el caso de que cupiese admitir su empleo, la única medida preventiva para evitar un abuso de derecho en su ejercicio por parte del empresario consistiría en el establecimiento de indemnizaciones y multas efectivamente disuasorias.

En cuanto a los test de integridad, esto es, el específico test de la personalidad dirigido a verificar la tendencia del candidato a un empleo a ser honesto, confiable e íntegro<sup>69</sup>, suelen ser una práctica habitual en algunos sectores, como empresas minoristas, en los que se emplea este tipo de test no solamente de una forma abierta, sino también encubierta<sup>70</sup>, y que se han considerado conformes a derecho en nuestro ordenamiento<sup>71</sup>

<sup>68</sup> Argumentos empleados por el proceso RR-73500-44.2002.5.02.0036, de 22 de noviembre de 2010, que recoge la sentencia comentada.

<sup>69</sup> US Office of Personnel Management: <<https://www.opm.gov/policy-data-oversight/assessment-and-selection/other-assessment-methods/integrityhonesty-tests/>> (consultado el 30 de octubre de 2019).

<sup>70</sup> Mientras que en los test de integridad de carácter abierto el candidato es plenamente consciente de la evaluación a la que está siendo sometido, en los test encubiertos el candidato es menos propenso a percatarse del hecho de que su integridad, honestidad y confianza están siendo sometidas a escrutinio (Byle y Holtgraves, 2008, pp. 287-288).

<sup>71</sup> SSTSJ de Cataluña de 31 de julio de 2003 (rec. 540/2003) y 7 de enero de 2014 (rec. 1247/2002), ambas referidas a cajeros del supermercado Schlecker, SAU. También, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 4 de diciembre de 2018 (rec. 3029/2018), si bien en ella se dice que, en realidad, la empresa no implementó un test de honestidad, sino que fue conocedora de un sobrante de caja que la trabajadora no declaró.

–siempre que superen el juicio de proporcionalidad<sup>72</sup>– pese a no cumplir con los requisitos de la recomendación de la OIT (1997), que establece que las pruebas de personalidad, o exámenes análogos, serán admisibles siempre que se efectúen de conformidad con las disposiciones de la misma y con la condición de que el trabajador tenga la posibilidad de rechazarlos, cosa que lógicamente no sucede cuando tales test se realizan de una forma encubierta.

## 5. El necesario reconocimiento del derecho a la mentira

Los poderes directivos empresariales inherentes a la celebración del contrato de trabajo suponen una amenaza para los derechos fundamentales de los trabajadores en virtud de la relación de poder (subordinación) propia de las relaciones laborales. Dicha amenaza existe, además, por el desconocimiento y la poca tradición del necesario respeto de ciertos derechos fundamentales, lo que afecta no solamente al empresario, sino también a los propios trabajadores, quienes, en numerosas ocasiones, no son conscientes de sus propios derechos tal y como sucede con la falta de conciencia de los ciudadanos respecto de la necesidad de proteger los datos que les conciernen (Herrán, 2003, pp. 91-92).

Ciertamente, el derecho ha contemplado la tutela de quienes se han visto necesitados de acudir a la mentira ante preguntas formuladas por parte del empleador que han ido más allá de sus legítimas facultades como director y organizador de la actividad productiva. De este modo, como se ha visto a lo largo de la investigación, los tribunales no siempre han aplicado las reglas generales relativas a la mentira en el ámbito contractual cuando los trabajadores no hubieran facilitado toda la información con capacidad de influir en la voluntad empresarial; y ello no solamente cuando la eventual decisión empresarial adoptada hubiera podido tildarse de discriminatoria, sino en cualquier caso en que la información se hubiese pretendido obtener al margen de los presupuestos legales, con objeto de adoptar una decisión lo más favorable a los intereses empresariales, sin que la nulidad de semejante

<sup>72</sup> STSJ de las Islas Baleares de 30 de junio de 2011 (rec. 13/2011), en la que se señala que:

[...] una prueba como el llamado «test de honestidad» puede ser proporcionada y necesaria cuando existiendo en una empresa sospechas de incumplimiento por parte de los trabajadores aquella prueba se revela como el único medio posible para comprobar tales incumplimientos y poder adoptar las oportunas medidas para asegurar la buena marcha de la actividad empresarial. Pero, cuando, como aquí ocurre, la prueba se realiza sin ninguna sospecha de incumplimiento previo y con el solo objeto de comprobar la honestidad o el grado de honestidad de un trabajador se sobrepasan los límites constitucionales y la prueba deviene ineficaz [...].

En sentido análogo, SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de marzo de 2018 (rec. 416/2018) y Cataluña de 26 de mayo de 2014 (rec. 1892/2014), siendo que esta última señala la inadmisibilidad de la prueba de honestidad practicada con carácter preventivo, «pues ello atentaría contra la buena fe contractual y contra la dignidad del trabajador, a quien se controla sin su conocimiento y se «cosifica» de esta manera como mero instrumento productivo».

decisión pueda basarse en pérdidas financieras que el empresario hubiese podido evitar de haber dispuesto de la información «relevante»<sup>73</sup>.

Sin embargo, resulta necesario dar un paso más. El reconocimiento expreso, en el ámbito de las relaciones laborales, de un derecho a la mentira ante determinadas circunstancias –básicamente, aquellas en las que es el empresario quien no actúa conforme a los criterios de buena fe, procurando datos cuyo tratamiento no responde a los debidos principios de licitud, lealtad y transparencia– podría coadyuvar a la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores. En primer término, por cuanto vendría a reforzar los mecanismos para su tutela preventiva. El derecho surge de la necesidad de civilizar las relaciones humanas, manteniendo la armonía en la sociedad mediante instrumentos no violentos (Atienza, 1985, p. 41; también Supiot, 1993, p. 17), por lo tanto, el primer objetivo de cualquier sistema democrático de derecho debería ir encaminado a combatir la injusticia, es decir, la desigualdad, dado que la justicia y lo justo consisten en la equidad, la igualdad (Aristóteles, trad. 1873).

Con objeto de garantizar la equidad en el ámbito de las relaciones laborales, resulta imprescindible asegurar la paridad de armas, y el derecho a la mentira constituye una herramienta indispensable para combatir las preguntas indebidas, ilegales, del empresario, efectuadas desde la posición de poder que mantiene en la relación laboral. Cuando nos encontramos ante ellas, resulta incluso difícil hablar de mentiras. En efecto, dado que la mentira supone el engaño, ya sea dando una información falsa o simplemente ocultando una información, en el marco de una situación en la que dicha información tuviera que haberse proporcionado –o haberlo hecho con veracidad– de acuerdo con las exigencias de la buena fe y el trato honesto que son exigidos a las partes de todo contrato, y puesto que resulta evidente que el empresario no respeta estos principios en aquellas ocasiones en las que ignora las previsiones relativas a los derechos fundamentales de sus empleados, la «mentira» del trabajador en tal caso no quebrantaría su deber de buena fe, fallando el contexto en el que la verdad –o toda la información relevante– es exigible.

Por otra parte, el reconocimiento expreso de un derecho a la mentira en estos casos contribuiría a concienciar a las personas acerca de sus derechos fundamentales y les permitiría conocer, con un cierto grado de seguridad jurídica, cómo ejercerlos frente a potenciales vulneraciones de los mismos. Como señala el Reglamento general de protección de datos, «las personas físicas deben tener conocimiento de los riesgos, las normas, las salvaguardias y los derechos relativos al tratamiento de datos personales, así como del modo de hacer valer sus derechos en relación con el tratamiento» (considerando 39). Desde esta

<sup>73</sup> STS de 29 de junio de 2009 (rec. 2489/2008), en un caso relativo a extinciones de contratos incentivadas por parte, en el marco de un despido colectivo, en el que el empresario aceptó incluir a un determinado trabajador a quien poco después de acogerse al despido, y recibir las compensaciones correspondientes, se le reconoció una incapacidad permanente total derivada de enfermedad común.

perspectiva, el derecho a la mentira favorecería la consecución de semejantes objetivos, poniendo freno a las pequeñas, medianas –o, incluso, enormes– abdicaciones del conjunto de derechos relativos a su personalidad que los trabajadores realizan desde que se incorporan a la empresa (Molero, 2001, p. 493), protegiendo los derechos fundamentales no solamente «en» la relación de trabajo, sino también «frente» a la relación de trabajo, esto es, contra las limitaciones innecesarias que puedan sufrir con ocasión del desarrollo de la misma (Fernández, 1985, p. 428).

## Referencias bibliográficas

- Acas. (2014). *Asking and responding to questions of discrimination in the workplace. Acas guidance for job applicants, employees, employers and others asking questions about discrimination related to the Equality Act 2010*. Recuperado de <<https://www.acas.org.uk/media/3920/Asking-and-responding-to-questions-of-discrimination-in-the-workplace/pdf/Asking-and-responding-to-questions-of-discrimination-in-the-workplace.pdf>> (consultado el 30 de octubre de 2019).
- Albiac, G., Conil, J., Constant, B., Cortina, A., García, M., García, E., ... y Madrigal, P. (2012). *¿Hay derecho a mentir?: (La polémica Immanuel Kant-Benjamin Constant, sobre la existencia de un deber incondicionado a decir la verdad)*. Madrid: Tecnos.
- Alfonso Mellado, C. L. (1994). Comentario a la STC 173/1994: la protección frente a las discriminaciones en el empleo. *Poder Judicial*, 35, 379-390.
- Aparicio Tovar, J. y Olmo Gascón, A. M. (2007). *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*. Albacete: Bomarzo.
- Aristóteles. (trad. 1873). *La gran moral*, libro primero, capítulo XXXI: «De la justicia».
- En Patricio de Azcárate, *Obras de Aristóteles* (tomo 2). Madrid.
- Atienza, M. (1985). *Introducción al Derecho*. Barcelona: Barcanova.
- Ballester Pastor, M. A. (2009). Género y edad: los dos extremos del principio antidiscriminatorio comunitario. En J. Cabeza, M. A. Ballester y M. Fernández (Dirs.), *La relevancia de la edad en la relación laboral y de seguridad social* (pp. 31-42). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Baylos Grau, A. P. (1980). En torno al Estatuto de los Trabajadores: la prohibición de inquirir sobre la ideología, creencia y vida privada del trabajador. En *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo* (pp. 307-336). Madrid: Universidad Complutense.
- Box, S. (2003). *Mentire: una scelta morale nella vita pubblica e privata*. Roma: Armando.
- British Government. (2014). *Guidance on asking and responding to questions about discrimination in the provision of goods and services and public functions*. Department for Culture, Media and Sport.

- Byle, K. A. y Holtgraves, T. M. (2008). Integrity Testing, Personality, and Design: Interpreting the Personal Reaction Blank. *Journal of Business and Psychology*, 4(22), 287-295.
- Comisión Europea. (2014). Informe conjunto sobre la aplicación de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico («Directiva de igualdad racial») y 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 («Directiva de igualdad en el empleo»). COM(2014) 2 final. Recuperado de <[http://www.euro.parl.europa.eu/meetdocs/2014\\_2019/documents/com/com\\_com\(2014\)0002\\_/com\\_com\(2014\)0002\\_es.pdf](http://www.euro.parl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/com/com_com(2014)0002_/com_com(2014)0002_es.pdf)> (consultado el 30 de octubre de 2019).
- Conde Marín, E. (2007). *La buena fe en el contrato de trabajo: un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo*. Madrid: La Ley.
- Fernández López, M. F. (1985). Libertad ideológica y prestación de servicios. *Relaciones Laborales*, Vol. II, 421-444.
- Franks, M. A. (2015). Where the Law lies: Constitutional Fictions and Their Discontents. *Law and Lies. Deception and Truth-Telling in the American Legal System*. New York: Cambridge University Press.
- Fueyo Laneri, F. (1958). La ejecución de buena fe de los contratos como uno de los requisitos del pago. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 7-8, 95-113.
- García Salas, A. I. (2016). *Necesidades empresariales y derechos fundamentales de los trabajadores*. Valladolid: Lex Nova.
- Garriga Domínguez, A. (2016). *Nuevos retos para la protección de datos personales en la era del Big Data y de la computación ubicua*. Madrid: Dykinson.
- Gete-Alonso y Calera, M. (1992). Comentario al art. 7 del Código Civil. En M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart (Dirs.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (tomo I, vol. 1.º). Madrid: Revista de Derecho Privado.
- González Ortega, S. (2001). La discriminación por razón de la edad. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 59, 93-124.
- Goñi Sein, J. L. (1988). *El respeto a la esfera privada del trabajador*. Madrid: Civitas.
- Herrán Ortiz, A. I. (2003). *El derecho a la protección de datos personales en la sociedad de la información*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- Lousada Arochena, J. F. (2005). La jurisprudencia constitucional sobre la prueba de la discriminación y de la lesión de derechos fundamentales. *Revista de Derecho Social*, 30, 35-54.
- Luján Alcaraz, J. (2003). Protección de datos de carácter personal y contrato de trabajo. *Aranzadi Social*, 5, 133-146.
- Mella Méndez, L. (2010). *El precontrato de trabajo*. Madrid: Reus.
- Molero Manglano, C. (2001). El derecho al honor y a la intimidad del trabajador. *Actualidad Laboral*, 21, 489-506.
- Nietzsche, F. (1873). *Sobre verdad y mentira en sentido extramoral*. Recuperado de <<https://www.lacavernadeplaton.com/articulosbis/verdadymentira.pdf>> (consultado el 30 de octubre de 2019).
- Núñez González, C. (2014). *Prevención de riesgos laborales en Chile*. Santiago de Chile: Librotecnia.



- OIT. (1997). *Protección de los datos personales de los trabajadores*. Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT. Ginebra. Recuperado de <[https://www.ilo.org/safework/info/standards-and-instruments/codes/WCMS\\_112625/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/safework/info/standards-and-instruments/codes/WCMS_112625/lang-es/index.htm)> (consultado el 30 de octubre de 2019).
- Podolnjak, R. (2007). Explaining the Failure of the European Constitution: A Constitution-making Perspective. *Collected Papers of Zagreb Law Faculty*, 1(57).
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (2005). Poder de dirección y derecho contractual. En R. Escudero Rodríguez (Coord.), *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*. Madrid: La Ley.
- Sarat, A. (2015). *Law and lies: deception and Truth-Telling in American legal system*. New York: Cambridge University Press.
- Supiot, A. (1993). Por qué un derecho del trabajo. *Documentación Laboral*, 39, 11-28.

## Fin de temporada 2019 de la serie (jurídico-política) «juego de tronos entre togados comunitarios»: mapa de nuevas «batallas judiciales» de última palabra en el orden social

**Cristóbal Molina Navarrete**

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

### Extracto

Los modernos sistemas de protección multinivel de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras (no discriminación, tiempo de trabajo, protección de datos, libertad de crítica, etc.), también de las personas empleadoras (propiedad, libertad de empresa), provocan una creciente inseguridad en la aplicación del derecho del trabajo y de la seguridad social, por los permanentes conflictos entre los distintos niveles judiciales, nacionales e internacionales. El principio de primacía del derecho de la Unión Europea, así como la prevalencia de las normas internacionales sobre las leyes nacionales, favorece un intenso diálogo entre todos los niveles de la jurisdicción social y debe valorarse de forma positiva para la evolución justa del derecho social. Pero una conflictividad extrema entre los niveles inferiores y los superiores, cuestionando continuamente aquellos las posiciones de estos últimos, abriendo interminables batallas por la última palabra jurídica en un asunto, corre el riesgo de una excesiva imprevisibilidad de las respuestas jurídicas, deteriorando no solo la seguridad jurídica, sino la igualdad en la aplicación del derecho.

Este estudio de actualidad del derecho jurisprudencial en materia de relaciones de trabajo en España da cuenta de los últimos capítulos de estos conflictos entre tribunales, que a menudo sugieren la imagen de una auténtica serie interminable de «juego de tronos entre togados comunitarios».

**Palabras clave:** activismo judicial; TJUE; TEDH; interinos; cámaras ocultas; no discriminación.

Fecha de entrada: 28-11-2019 / Fecha de aceptación: 28-11-2019

**Cómo citar:** Molina Navarrete, C. (2019). Fin de temporada 2019 de la serie (jurídico-política) «juego de tronos entre togados comunitarios»: mapa de nuevas «batallas judiciales» de última palabra en el orden social. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 441, 117-150.



# End of season 2019 of the series (legal-political) «game of thrones between community togages»: a map of new «judicial battles» of last word in the labor law

Cristóbal Molina Navarrete

## Abstract

Modern systems of multi-level protection of the fundamental rights of workers (non-discrimination, working time, data protection, freedom of criticism), also of employers (property, freedom of enterprise) causes a growing legal uncertainty in the application of Labor and Social Security Law, because of the permanent conflicts between the different judicial levels, both national and international. The principle of primacy of EU law, as well as the prevalence of international norms over national laws, favors an intense dialogue between all levels of social jurisdiction. That is why it should be favorably valued, as it facilitates a fair evolution of social law. But an extreme conflict between the lower and upper levels, continually questioning the first positions of the second, opens endless battles for the «last legal word» in a case and creates a high risk of exorbitant unpredictability of legal responses. In this way, legal certainty and equality in the application of the law would deteriorate.

This topical study of jurisprudential law on labor relations in Spain gives an account of the last chapters of these conflicts between Courts, which often suggest the image of an authentic series of «game of thrones» (among European judges).

**Keywords:** judicial activism; CJEU; ECHR; temporary employment; hidden video surveillance; non-discrimination.

**Citation:** Molina Navarrete, C. (2019). End of season 2019 of the series (legal-political) «game of thrones between community togages»: a map of new «judicial battles» of last word in the labor law. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 441, 117-150.





## Sumario

1. Introducción: ¿la decisión de última palabra jurídica ha devenido una suerte de «serial de héroes y villanos judiciales»?
2. Omnipresencia del derecho pretoriano de la UE: entre vis expansiva y nuevo fetichismo jurídico
3. Nuevas «batallas» por la «última palabra» contra las anomalías jurídicas en la contratación
  - 3.1. ¿Qué tutela para el empleo público laboral «temporal de larga duración»? de la «rebelión De Diego Porras» a la «rebelión Montero Mateos»
  - 3.2. En busca del «efecto útil» (y del «cisne negro»): ¿convertir automáticamente el empleo temporal abusivo en «fijo», sin trámite de «oposición»?
  - 3.3. La serie interminable de discriminaciones del trabajo parcial y la lucha por la igualdad de trato: cuestiones retributivas y de prueba –estadística–
    - 3.3.1. La Agencia Estatal de Administración Tributaria-empleadora esta vez paga: cálculo de la antigüedad para trienios ¿y para indemnizaciones de cese? del personal fijo discontinuo
    - 3.3.2. La carga de la prueba: cabe acreditar la discriminación indirecta por razón de sexo más allá de la prueba estadística
4. Desencuentros entre tribunales en materia de tiempo de trabajo: el TJUE, como el gobernador Pilatos, se «lava las manos»
  - 4.1. ¿La jornada «a la carta» queda fuera del derecho de la UE si no sucede a un retorno tras el disfrute de un permiso de conciliación?
  - 4.2. El TJUE limita su doctrina precedente sobre el aplazamiento del disfrute del derecho a vacaciones que concurre con baja por enfermedad
5. Una lucha multinivel desigual a favor de la igualdad: de la «reina de las discriminaciones» –sexo– a la «cenicienta» –edad–
6. Los derechos de información y consulta en el empleo público: un paso atrás en el diálogo social europeo
7. «Crónicas» y «críticas» de las más recientes y duras «batallas de última palabra» jurídica en relación con el despido: «cal y arena»
  - 7.1. Nuevos «campos de batalla» en la ciudad de la justicia de Estrasburgo: la ambivalente protección del TEDH frente a la invasión digital
    - 7.1.1. Una de «cal» (garantía): el TEDH prima la libertad de crítica de la persona trabajadora en redes sociales sobre la reputación de la empresa
    - 7.1.2. La de «arena» (pro empresa: propiedad y libertad): el TEDH legitima el uso de cámaras ocultas bajo determinadas condiciones



- 7.2. Despido por enfermedad, discriminación por discapacidad y salud laboral: el TJUE sigue enrocado en su justicia oracular
8. Reflexión final: dinamismo jurídico-evolutivo por imperativo del derecho de la UE sí, imprevisibilidad constante no

Referencias bibliográficas

El [la] juez, para decidir el caso, debe ejercer su poder de creación del Derecho, aunque no arbitrariamente; es decir, debe siempre tener algunas razones generales que justifiquen su decisión y actuar como lo haría un legislador consciente, decidiendo según sus propias creencias y valores.

H. L. A. Hart (1980, pp. 8-9)

## 1. Introducción: ¿la decisión de última palabra jurídica ha devenido una suerte de «serial de héroes y villanos judiciales»?

Que la «neutralidad ideológica» de la actividad del jurista en general, y del intérprete judicial en particular, es un completo «mito positivista» hace largo tiempo que se acreditó. Precisamente, en esa aceptación y visibilidad del carácter valorativamente orientado (ideología en el sentido positivo del término, no en el negativo de falseamiento de la realidad) de la función judicial residiría la característica principal del denominado, peyorativamente por muchos, «activismo creativo judicial», frente a quienes postulan una pretendida, y falsa, neutralidad.

En este reconocimiento no hay novedad y constituye uno de los mayores tópicos del debate jurídico de todos los tiempos, reactivados, eso sí, más en unas épocas que en otras. Y la que hoy vivimos es una de las que con más intensidad se está actualizando el debate, con una creciente práctica judicial –no solo española– que busca contrarrestar las involuciones de los derechos sociales fundamentales a raíz de las leyes de austeridad y devaluación sociolaboral para hacer frente a la crisis de 2008. Para ello ensaya una y otra vez las más variadas técnicas mediante las cuales establecer, o promover, lecturas correctoras de los efectos más negativos de un genuino «derecho excepcional» –de coyuntura crítica de la economía–, pero dotado de una vocación estructural –con pretensión de continuidad también en tiempos de bonanza–, para los derechos de ciudadanía social.

Para ello se acudiría más bien al desplazamiento, aunque vestido de integración, de los niveles nacionales de máxima decisión jurisdiccional (cuestión de inconstitucionalidad, recurso de casación), conforme a los principios de primacía de la ley soberana nacional ([art. 9.3](#)

**Constitución española** –CE–) y de constitucionalidad (**art. 5 Ley orgánica del Poder Judicial** –LOPJ–), por los europeos (Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE– y Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH–), según los principios de vinculación más fuerte al derecho de la Unión Europea –UE– (**art. 4 bis LOPJ**) y de convencionalidad (**art. 96 CE**). Consecuentemente, la actividad interpretativa «técnico-jurídica» se envolvería en un marcado sesgo (ideológico-político) de garantía transnacional, abrogando o corrigiendo el sesgo desregulador pro empresa de las leyes de reforma –laboral<sup>1</sup>–. Hasta aquí ningún problema habría relevante para la salud o eficacia del sistema jurídico –en nuestro caso de la rama social–, si no fuese por dos razones o argumentos básicamente.

El primero, que a veces tal respuesta de (continua) crítica jurídica interna no presenta el rigor debido, menos el deseable, obedeciendo más a una contestación («rebeldía») frente a decisiones superiores con las que (legítimamente, en el plano ideológico-político) se discrepa. Se desplaza la fuente de acción (corrección) de «justo equilibrio» desde el legislador al juez («gobierno de los jueces», «uso social alternativo»). El segundo, que, desde sus más fervorosos partidarios criticado por sus detractores–, pareciera que el sistema multinivel fuera unilateralmente garantista. Por tanto, si el revés internacional se viste de «garantía social» sería correcta técnicamente (función de progreso), si lo hace de «libertad de empresa» sería puro reflejo de dominación ideológico-política (función conservadora). Sin embargo, los papeles de «héroe» y «villano» suelen repartirse, no siempre estarían del mismo lado.

Como siempre, pongamos ejemplos de la más «rabiosa» actualidad, para evitar razonar en la pretendida vacuidad de la teoría o en la abstracción de la mera especulación científica o doctrinal. El primer ejemplo nos lo ofrecería la intensa lucha –aunque con algunas sombras, como se analizó en el **editorial del número de octubre**, y reincide la discutible **STS 740/2019, de 29 de octubre**, que admite una doble escala salarial, por mediar un proceso formativo previo con varias fases– de la reciente jurisprudencia social nacional contra las «dobles escalas salariales» (por ejemplo, Sentencias del Tribunal Supremo –SSTS– **674/2019, de 1 de octubre**, y **718/2019, de 22 de octubre**, entre una larga serie). Para ello ha optado por aplicar los estrictos límites constitucionales en detrimento de los más laxos o generosos del TJUE (por ejemplo, **STJUE de 14 de febrero de 2019, asunto C-154/18** –que legitima una decisión gubernamental de reducir el salario del personal docente a partir de cierta fecha a fin de reducir el déficit público, conforme a las recomendaciones comunitarias–).

El segundo vendría de la mano de un asunto muchísimo más polémico, como es la decisión constitucional de avalar el despido objetivo por absentismo ex **artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores** –ET–, presente en el ET desde hace 40 años, aunque modificado

<sup>1</sup> Vid. Baylos (2019).

en la reforma del año 2012 para eliminar el criterio colectivo de absentismo en la empresa, individualizando la responsabilidad (Sentencia del Tribunal Constitucional –[STC- 118/2019, de 16 de octubre](#)). Por supuesto, no pretendo ahora entrar aquí en una valoración, ni técnica ni axiológica, de la decisión, cuya importancia ha merecido un [diálogo específico en este número](#) por parte de un joven profesor especialista, que ha elaborado su tesis doctoral sobre el mismo argumento, al que remitimos. Lo que ahora me gustaría reseñar es que las intensas críticas que viene ameritando –seguramente con toda razón–, por primar el enfoque de análisis económico del derecho a la salud sobre su análisis social, suelen dejar en el tintero que también el TJUE ha avalado, con carácter general, el despido por absentismo ([asunto Ruiz Conejero](#)), sin que se haya atrevido, hasta el momento, a formular una crítica cierta sobre tal regulación, prefiriendo moverse siempre en su oracular ambigüedad, remitiendo al juez nacional la ponderación de proporcionalidad –como hizo la [STC 125/2018](#), por ejemplo, en defensa del cargo público–.

Un método jurídico dialógico y dialéctico fuente de incertidumbres interpretativo-decisionarias que no parece dispuesto a corregir, por ser de esencia a la cuestión prejudicial. Así lo ilustra la [STJUE de 11 de septiembre 2019, asunto C-397/18, Nobel Plastiques](#). Esta decisión alienta tanto una interpretación garantista por el juez nacional –remite al informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) como pauta interpretativa, en el que se condena por falta de las debidas medidas de prevención de riesgos ergonómicos–, cuanto otra productivista –remite al juez nacional, para decidir, también al considerando 17 de la [Directiva 2000/78/CE](#) que marca la diferencia entre la obligación de realizar ajustes razonables y la de mantener en el puesto a personas trabajadoras que no acrediten rentabilidad económica para la empresa, reconociendo aquella y negando esta–. No por casualidad el TC –el «villano social»– remite al TJUE –el «héroe social»–.

Tercero, para no hacer demasiado pesado el listado en este momento introductorio, el [asunto López Ribalda II \(STEDH de 17 de octubre de 2017\)](#). Tenido habitualmente por el «héroe de los derechos de ciudadanía civil», con proyección también para los derechos de ciudadanía en la empresa de las personas trabajadoras (el mejor y uno de los más recientes ejemplos sería el [asunto Bărbulescu II](#)), con el citado asunto la Gran Sala del TEDH habría dado un notabilísimo paso atrás en su doctrina, también en la confianza garantista que viene suscitando desde hace décadas. De un lado, con el consiguiente riesgo para la efectividad del valor de la seguridad jurídica, vuelve a incidir en el vicio jurídico de bamboleo decisional. Pese a que la respuesta se dice basada en razones de carácter general ya asentadas, el máximo nivel jurisdiccional precisa para la solución del caso de una doble o triple oportunidad (una suerte de estilo de «cante jurídico de ida y vuelta») sin llegar a clarificar, porque las decisiones son de signo opuesto: si una sala es comprensiva con las razones de empresa, la Gran Sala la corrige en sentido garantista; cuando una sala aprende la lección y adopta un sesgo garantista, la Gran Sala muta, y lo corrige en sentido de favor hacia las facultades de control empresarial (por ejemplo, [Bărbulescu](#); también, para el TJUE, [Diego Porras](#)).

De otro, el TEDH –también el TJUE– se muestra más ambivalente. No duda en asumir la legitimidad de los sacrificios de derechos fundamentales civiles de las personas trabajadoras en aras de derechos económicos, como la propiedad y la libertad de empresa, avalando el control oculto empresarial, si están en riesgo intereses propietarios y de buen orden de la empresa, siempre que estos intereses sean suficientemente relevantes. De este modo, no solo el resultado sino su razonamiento se alinearía plenamente con la posición de la, en cambio, tan vituperada –a mi juicio justamente– [STC 39/2016, de 3 de marzo](#), debilitando la posición del voto particular, que, sin embargo, tanto fue alabado por un sector doctrinal –me incluyo– y judicial, que exigían un inmediato giro constitucional a la luz de la doctrina [Bărbulescu II](#) (la sentencia nacional siguió la doctrina [Bărbulescu I](#)). Sin embargo, parece que es el TEDH el que gira hacia el TC, aun a precio de desnaturalizar la doctrina [Bărbulescu](#) –que dice seguir–.

¿Entonces, a qué y a quién deberá adecuarse la jurisprudencia nacional? Recuérdese que la jurisprudencia social –también la penal, que cambió su criterio de 2014 (muy garantista, exigiendo autorización judicial) en 2018, para alinearse con [Bărbulescu II](#) (garantista, pero sin exigir autorización judicial, solo información previa específica)–, se aferró contra viento y marea (ganándose la crítica ideológico-política de conservadora) a la doctrina del TC. ¿Quién es ahora el «héroe sociolaboral» y quién el «villano sociolaboral»?

Antes de responder a esa pregunta (claramente sociológica, o ideológica, no normativa o jurídica) se debería recordar que la [STC 25/2019, de 25 de febrero](#), asumió la necesidad de tomarse mucho más en serio la ponderación de los derechos fundamentales de las personas a la privacidad y a la protección de datos frente a la práctica creciente de las cámaras ocultas. Para el TC, corrigiendo la generosa legitimación que la Sala Civil del TS había hecho del uso periodístico de la cámara oculta, cuya información luego utilizó también ampliamente en diversos medios, aun digitales:

[...] el uso de una cámara oculta y en un ámbito privado como es una consulta profesional, y luego se difundió en el medio televisivo, focalizando un tema de interés general en la concreta actuación del demandante de amparo, constituyeron una ilegítima intromisión en el derecho fundamental a la intimidad personal. La sentencia del Tribunal Supremo impugnada no realizó el juicio de proporcionalidad estricto que reclama la utilización periodística de la cámara oculta, ni tomó en consideración la circunstancia de que la relación entre los periodistas y el consultor personal se desarrolló en un ámbito privado, [...] ni que el material audiovisual difundido no ofrecía pruebas suficientes del carácter ilícito de su actuación siendo ello el sustento de su denuncia (FJ 9.º).

¿No sirve esta doctrina para el ámbito –también él privado– de la empresa y del control tecnológico de la actividad de las personas trabajadoras? ¿Hay contradicciones entre

el TEDH y el TC en este ámbito o realmente son compatibles ambas posiciones, en la medida en que tanto la normativa española actual como el TEDH legitiman el control por cámaras ocultas siempre y cuando se dirijan a desvelar «actos ilícitos» de las personas empleadoras? ¿Habla el TEDH de actos ilícitos o de actos penales, o de conductas inapropiadas graves? ¿A qué nos atenemos? ¿Un galimatías de difícil, previsible y, sobre todo, definitiva solución?

Sean cuales sean las respuestas que quepa alcanzar –si es que cabe hacerlo–, y que poco a poco se irán desgranando en estudios y diálogos más específicos sobre las decisiones futuras que al respecto se den por los diferentes niveles jurisdiccionales, en espera de un legislador más conspicuo y menos abstencionista y desnortado, lo cierto es que muestran un panorama que requiere (más) rigor y prudencia de todos los operadores jurídicos. Por supuesto, una cosa es la prédica y otra la práctica. Y nuestra experiencia forense en modo alguno parece dispuesta a aprender la lección. ¿Un ejemplo?

Por supuesto. Piénsese que ya está en marcha la operación «Montero Mateos II». Una vez que parece haberse sofocado, por el TS, la «rebelión Ana de Diego Porras», tras la segunda sentencia del TJUE en la materia, de signo opuesto a la primera ([STS 207/2019, de 13 de marzo](#); luego seguido por decenas de sentencias en el mismo sentido), manteniendo el marco jurídico como estaba –de incoherente, precarizado e insostenible social y económicamente–, el mismo TS intentó hacer lo propio con la «rebelión [Montero Mateos I](#)» (como se ve el ordinal romano se hace cada vez más presente para nominar los asuntos, ahora que se tiende a anonimizar). Sin perjuicio del sucinto comentario que se hará más abajo, es oportuno recordar que un buen número de doctrinas de suplicación social aprovecharon el canal de vía estrecha representado por la enigmática expresión del TJUE del apartado 64 del [asunto Lucía Montero Mateos](#) (no es casual que lleven nombre de mujer), relativa a la facultad del juez nacional para convertir en indefinida (aun no fija) una relación de cese imprevisible y duración inusualmente larga, para corregir una muy extendida práctica contractual del empleo público laboral consistente en mantener relaciones de trabajo temporales de larga o larguísima duración, aun sin calificarlas como fraude o abuso. Para ello, buscando justicia social (correctora de la precariedad resultante) sobre la máxima seguridad jurídica, no dudaron en utilizar el [artículo 70 del Estatuto básico del empleado público](#) –EBEP– como una «autovía interpretativa»: toda interinidad por vacante que dure más de 3 años deviene indefinida.

No le pareció nada correcta al TS esa construcción interpretativa. De ahí que la [STS 536/2019, de 4 de julio](#), perfeccionando una decisión precedente y, por lo tanto, creando jurisprudencia, decidiera apartarse de aquel criterio, tanto por defecto –la anomalía jurídica puede suceder antes de los 3 años– cuanto por exceso –la anomalía jurídica puede no producirse incluso después de los 3 años, como en el supuesto conocido, en el que la duración se prolongó casi 8 años–. Claramente disgustada con esta nueva voladura de una construcción comunitaria de signo garantista, a favor de unas relaciones de empleo

público laboral menos precarizadas y con mayor estabilidad, la sala social de suplicación madrileña vuelve a «rebelarse» contra el criterio jurisprudencial. Así, el Auto del Tribunal Superior de Justicia –[ATSJ de Madrid de 23 de septiembre de 2019 \(rec. 876/2018\)](#) emprende una nueva aventura de épica jurídica, dirigiéndose a la ciudad de la justicia luxemburguesa para obtener la debida autorización del máximo pretor del «imperio» del derecho comunitario para derrocar al «rey nacional», porque su dictado jurisprudencial resultaría disconforme con el principio de estabilidad real de aquel, siendo este prevalente [ex artículo 4 bis de la LOPJ](#).

En esta sección intentaremos ofrecer un panorama general, necesariamente muy sucinto, de las principales innovaciones al respecto, que marcan nuestra actualidad jurídica, dejando de lado, claro está, todas aquellas que por su especial trascendencia fueron objeto de atención específica en otros números o lo son en este. La utilidad de esta visión global es facilitar una adecuada comprensión del carácter estructural y sísmico de este nuevo sistema jurídico-cultural y de esta transformación estructural de la experiencia aplicativa del derecho –del trabajo y de la seguridad social–.

## 2. Omnipresencia del derecho pretoriano de la UE: entre vis expansiva y nuevo fetichismo jurídico

En un sentido (garantista) o en otro (liberal o de flexibilización organizativa), esto es, con un «alma social» o con otra «alma económica», conforme a su ambivalencia inherente, pues en última instancia la UE se basa en la construcción de un gran mercado único, aunque connotado de social (arts. 4, 9 y 151 [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE–](#)); con una «razón jurídica de ser» determinante para la decisión, o simplemente como «razón a mayor abundamiento», el derecho de la UE se hace omnipresente en los pronunciamientos judiciales nacionales más dispares, así como su activista y pretoriana jurisprudencia. En ocasiones la invocación del derecho de la UE, aunque por la materia resultaría plenamente pertinente (por ejemplo, tiempo de trabajo, igualdad de trato, etc.), se hace con un despliegue extenso de normas comunitarias –también internacionales–, para luego concluir que en ellas no está la solución expresa, resolviéndola a través de una interpretación finalista y sistemática de la propia legislación nacional. Sería el caso, por ejemplo, de la [STS 400/2019, de 27 de mayo](#). En ella se reconoce que, pese a copiar literalmente las normas de referencia internacional del [artículo 38 del ET –Directiva 2003/88/CE](#) y [Convenio 132 OIT](#)–, «no existe norma expresa que se refiera de manera específica» sobre el efecto que tiene su readmisión en el derecho a las vacaciones del trabajador improcedentemente despedido.

Asume que la doctrina correcta –es un recurso de unificación, luego existían posiciones opuestas– es la que considera ese tiempo de sustanciación del proceso de despido



–recursos incluidos– «tiempo de actividad laboral», puesto que la inactividad es imputable a la empresa por un acto ilícito en virtud de los artículos 278, 282 y 284 de la Ley reguladora de la jurisdicción social. Pero no se sustrae la sala al influjo de la jurisprudencia expansiva comunitaria, aunque no le hiciera falta. Así, se congratula en un puñado de párrafos finales, redactados conforme a la perniciosa técnica de razonar del «corta y pego», de que su solución nacional se adecúe «perfectamente a la más reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea» sobre la interpretación del artículo 7 de la [Directiva 2003/88/CE](#) y del artículo 31.2 de la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) –CDFUE–.

También plenamente pertinente, por razón de la materia, pero exuberante atendiendo a su eficacia jurídica real, es el despliegue, más erudito que práctico, que la [STS 589/2019, de 16 de julio](#), hace de la regulación comunitaria respecto de los derechos-principios de conciliación y corresponsabilidad en el trabajo de cuidar, para declarar discriminatorio un complemento salarial cuyo devengo prescindía del cómputo del tiempo en el ejercicio de los derechos derivados del nacimiento (y la adopción o acogida). La referencia a la [Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres](#) –LOIMH–, una vez más, inspirada por supuesto en el marco comunitario, que debe infundir pautas interpretativas expansivas, hubiera bastado para alcanzar el resultado, consolidando sus precedentes. Pero la sala considera adecuado realizar un largo –y superfluo– recorrido por las diversas directivas que han regido esta cuestión, del pasado –[Directiva 96/34/CE](#)–, del presente –[Directiva 2006/54/CE](#)–, así como la del futuro –[Directiva \(UE\) 2019/1158](#)–. De este modo, comprobamos una y otra vez cómo, pese a ser un argumento a mayor abundamiento, a veces puro ornato jurídico, la autoridad jurídica y el poder de influjo del derecho de la UE y de la jurisprudencia de su pretor máximo es tal que difícilmente puede sustraerse de una decisión judicial. Lo volvemos a verificar –solo por limitarnos a las decisiones más recientes– en la [STS 778/2019, de 13 de noviembre](#), que fija que los trabajadores de las empresas de trabajo temporal tienen derecho al plan de igualdad de la empresa usuaria (aunque el fallo ya estaba suficientemente fundado en el [art. 11 Ley por la que se regulan las empresas de trabajo temporal](#) y en el [art. 4 LOIMH](#)). En otras, en cambio, aparece más como «ornato jurídico».

El listado de ejemplos podría seguir largamente, pero no es el caso. Terminaremos este apartado solo con una referencia de especial actualidad y que ocupa no solo a los medios de comunicación de todo el mundo sino a buena parte del trabajo actual de los juristas de todo el planeta. Me refiero, cómo no, al intenso y apasionado debate sobre la calificación jurídica de la relación de empleo-trabajo de las personas que prestan servicios en plataformas digitales, en especial en los sectores del transporte y reparto de comida. Sin entrar ahora en análisis ni tan siquiera sucintos de tan compleja cuestión, por lo que respecta a nuestro hilo conductor, cabe preguntarse qué incidencia tiene realmente el que la doctrina de suplicación social ([STSJ de Asturias 1818/2019, de 25 de julio](#)) que califica estas relaciones como laborales haya desplegado una significativa aproximación a las claves comu-

nitarias ([STJUE de 20 de diciembre 2017, asunto C-434/15, Asociación Profesional Élite Taxi](#) –luego seguida, para Francia, en la [STJUE de 10 de abril de 2018, asunto C-320/16, Uber France SAS](#); [Directiva 2019/1152/UE](#)), mientras que, en cambio, la doctrina de suplicación que niega tal calificación, considerándolos trabajadores autónomos económicamente dependientes ([STSJ de Madrid 715/2019, de 19 de septiembre](#), con voto particular), las silencia por completo.

Sin entrar ahora en tan espinosa cuestión, aun recordando que ni las sentencias del TJUE trataban temas laborales, sino mercantiles, ni la [Directiva \(UE\) 2019/1152](#) predetermina una calificación jurídica concreta (la experiencia europea diverge: de interés, en Italia, el reciente Decreto-Ley de 3 de septiembre de 2019, núm. 101, relativo a las disposiciones urgentes para la tutela del trabajo y la resolución de crisis de empresas, convertido, con modificaciones, en [Ley 128, de 2 de noviembre de 2019](#)), sí ilustraría bien cómo el derecho de la UE y sus interpretaciones, típicas de un método de activismo judicial, por tanto expansivas, tanto como a menudo ambiguas e incluso imprevisibles, marcan el devenir de la experiencia jurídica en los Estados miembros. Justamente, la reciente STSJ de Madrid, dictada en Pleno el 27 de noviembre de 2019, a favor de calificar las relaciones de trabajo en Glovo como laborales, tratándose de falos autónomos económicamente dependientes, hace especial hincapié en los citados referentes comunitarios, en línea con la del TSJ de Asturias. Un predominio de este canon interpretativo –e incluso regulador, pues muchas sentencias del TJUE terminan promoviendo un cambio legislativo, antes o después– que se deja sentir de un modo especialmente intenso en España, más ante el extremado abstencionismo legislativo y la impasividad con la que se asiste, en un escenario de máxima incertidumbre política, es verdad, a estos continuos cambios y virajes jurisprudenciales y judiciales.

### 3. Nuevas «batallas» por la «última palabra» contra las anomalías jurídicas en la contratación

#### 3.1. ¿Qué tutela para el empleo público laboral «temporal de larga duración»? de la «rebelión De Diego Porras» a la «rebelión Montero Mateos»

Superado ya el «duelo» (de doctrina científica y judicial) por lo que «pudo haber sido y no fue» (de momento) en relación con la equiparación del derecho indemnizatorio por cese entre el despido objetivo y la extinción de contratos temporales, en especial del de interinidad, sobre todo por vacante, con la consiguiente neutralización de la cláusula 4 de la [Directiva 1999/70/CE \(STS 207/2019, de 13 de marzo\)](#), quedó un portillo para elevar la débil protección actual. El enigmático apartado 64 del [caso Montero Mateos](#) puso en manos del

juez nacional la conversión en indefinida de una relación en que concurra «la imprevisibilidad de la finalización del contrato y duración inusualmente larga». Si bien la citada [STS 536/2019, de 4 de julio](#), no acepta recurrir a un criterio legal (superación del plazo de 3 años en la vacante sin ser cubierta reglamentariamente o amortizada ex [art. 70 EBEP](#)) para establecer la indefinición<sup>2</sup>.

Como «donde las dan las toman» (o las deben tomar), era cuestión de –poco– tiempo que una instancia judicial, unipersonal o colegiada, de cualquier rincón de España recogiera el guante, o tomara el testigo del voto particular, y se dirigiera a «denunciar», ante el gran pretor comunitario, esta anomalía o «disconformidad» jurisprudencial. Así, lo ha hecho el referido [ATSJ de Madrid de 23 de septiembre de 2019](#), que vuelve a poner en la picota del oráculo de Luxemburgo la interpretación del [artículo 70 del EBEP](#). Entre las 5 cuestiones suscitadas –reducibles a 1– se incluye la relativa a dilucidar si una relación temporal inusualmente larga, cuya terminación «queda enteramente al arbitrio del empleador, sin límite ni justificación alguna, sin que el trabajador pueda prever cuándo va a ser cesado y que puede dilatarse hasta su jubilación» es o no abusiva. Así planteada –con importantes sesgos, a mi juicio, como sucedió en la cuestión A. de Diego Porras– ¿habría alguna duda sobre cuál será la respuesta del TJUE?

En el planteamiento parece inequívoco el abuso. El problema es que, conforme a los hechos, y según fijara el juzgado de instancia, no hubo terminación arbitraria, sí dilatada, pues el empleador público-administrativo cubrió reglamentariamente la vacante a través de un proceso extraordinario de consolidación de empleo. Otra cosa es que reconoció –quizás al modo del juicio salomónico, tan extendido en la práctica– un derecho indemnizatorio por estar ante una relación inusualmente larga (superó el plazo de 3 años previsto en el [art. 70 EBEP](#)). El supuesto de hecho es análogo al de la [STS 536/2019](#). Sin adentrarnos en el oficio de profeta, veremos qué dice en su día el TJUE y si ahora se entera adecuadamente del asunto y no necesita dictar un «serial de decisiones» para responder.

En cambio, [la Sala Social del TS ha corregido a la sala de suplicación catalana](#) que declaró procedente (confirmando la de instancia) el despido de una trabajadora que en 8 años firmó nada menos que 242 contratos de interinidad por sustitución, como limpiadora en el Hospital Clínic de Barcelona, para cubrir vacaciones, descansos y «corre-turnos»

<sup>2</sup> La [STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto C-494/17, Rossato y Conservatorio di Musica F. A. Bonporti](#), ahora para la experiencia del derecho italiano y respecto de la cláusula 5 de la directiva, no de la cláusula 4, en la que parece situarse la doctrina de L. Montero Mateos reafirma la utilidad de la sanción de indefinición del contrato para la tutela frente al abuso, si bien admite condicionamientos en sus efectos por el legislador –por ejemplo, límites temporales a los efectos retroactivos, ausencia de derecho indemnizatorio, etc.–.

(permisos de otros empleados de la empresa). Para la sala de casación, este uso universal del contrato de interinidad lo desnaturalizaría por completo, siendo la regla general la indefinición. Como puede verse, no siempre es la sala de casación la que gusta de ejercer de «villano social».

### 3.2. En busca del «efecto útil» (y del «cisne negro»): ¿convertir automáticamente el empleo temporal abusivo en «fijo», sin trámite de «oposición»?

Pero el cuestionamiento del modelo de empleo público temporal en sede comunitaria es sistémico y va mucho más allá de un aspecto concreto, para afectar tanto al actual marco legal como, sobre todo, a su anómala experiencia, que perpetúa la precariedad. Así se lo ha reprochado recientemente la [abogada general, señora Kokott \(asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18\)](#), en relación con las medidas para combatir el abuso en los nombramientos sucesivos de personal (funcionario y estatutario) interino a la propia Sala Tercera del TS (SSTS de 26 de septiembre de 2018: recs. [1305/2017](#) y [785/2017](#)). Esta, sumida también en su particular «juego de tronos», obsesionada por mantener su espacio de decisión soberana a salvo tanto de la influencia de la Sala Cuarta (construcción de los indefinidos no fijos) cuanto del propio TJUE (que exige medidas realmente eficaces y disuasorias del abuso, que no llegan), parece responder al abuso de temporalidad con provisionalidad, sin que, además, fije una protección indemnizatoria adecuada, menos suficientemente disuasoria. Así de clara y contundente habla la abogada general:

[...] el empleado público de que se trate será cesado en caso de amortización de la plaza o de incorporación a esta de personal fijo [...]. El mantenimiento de la relación de servicio temporal, exigida por la jurisprudencia del TS, solo supone, en estas circunstancias, una perpetuación de la precariedad.

Como puede verse, un planteamiento de este tipo no solo cuestionaría la solución al abuso para el personal estatutario temporal, sino también para el laboral, porque la construcción polémica de la relación indefinida no fija sigue adoleciendo de esta naturaleza temporal, según la propia jurisprudencia comunitaria (asuntos [C-86/14, Huétor Vega](#), y [C-96/17, Vernaza Ayovi](#)) y pese a los vaivenes de la jurisprudencia social al respecto (la [STS 257/2017, de 28 de marzo](#), los diferencia del personal temporal; la [STS 352/2018, de 2 de abril](#), los devuelve al redil de la temporalidad). Lejos estaríamos, pues, de alcanzar soluciones realmente disuasorias en la prevención y erradicación del abuso –ahora ex cláusula 5 [Directiva 1999/70/CE](#)–, a diferencia de otras experiencias europeas vecinas que sí parecen haber alcanzado recientemente una situación más equilibrada, como Italia –aprendió la dura lección de la condena por el [caso Mascolo \(2014\)](#)–, a juicio del TJUE (por ejemplo, [STJUE de 7 de marzo de 2018, asunto C-494/16, Santoro](#)). La clara consciencia, social y sindical,

de estas insuficiencias legales (arts. 15.3 y 5, 49.1 c), [disp. adic. decimoquinta ET](#); [disp. adic. cuadragésima tercera.Tres Ley de presupuestos generales del Estado para 2018](#) –LPGE/2018–), está llevando a proponer, a través de la delegación de la respuesta a «golpe de sentencia pretoriana» –a falta de recurso de incumplimiento por la Comisión, ya abierto–, soluciones disruptivas respecto de la tradición administrativa.

Entre ellas, para el personal laboral indefinido no fijo (aun por decisión judicial, no ya solo por imperativo legal, como en los casos de subrogación de personal tras una reversión de servicios públicos, por ejemplo, en línea con lo que apunta, ambiguamente, claro, la [STJUE de 13 de junio de 2019, asunto C-317/18, Cátia Correia Moreira](#) –también nombre de mujer–), la eliminación de la condición de indefinido y el pase automático a fijo, sin proceso de integración mediante una oposición. Al respecto, aunque la jurisprudencia social parece mantenerse firme en su creación ([STS 495/2019, de 26 de junio](#), caso Correos), comienza a encontrar, cómo no, algunas grietas o fallas («rebeliones»), en diversos niveles jurisdiccionales (por ejemplo, SSTSJ de [Asturias 70/2019, de 22 de enero](#), caso Correos, y [Galicia de 15 de mayo de 2019, rec. 280/2019](#), para el sector público administrativo, etc.), cerrando filas, en cambio, con el TS, otros (por ejemplo, [STSJ de Andalucía/Málaga 1715/2018, de 24 de octubre](#)). Pero incluso también para el personal estatutario interino de larga duración se solicita la exención de los procesos de acceso mediante pruebas demostrativas de la capacidad y mérito.

Sin embargo, no parece que, de momento, este planteamiento convulsivo del sistema parezca dar los resultados esperados para quienes suscitan los diferentes recursos y obtienen comprensión a través del planteamiento de continuas cuestiones prejudiciales al respecto. Así, en sede comunitaria, las referidas [Conclusiones de la abogada general \(señora Kokott\), que se publicaron el 17 de octubre de 2019](#) (nombramientos sucesivos de personal estatutario eventual interino, informáticos y odontólogos del SERMAS, asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18), no proponen otorgar tal tutela fuerte (la automaticidad de la conversión del puesto temporal en plaza fija sin oponer), si bien sí formulan ciertas críticas a la situación normativa y jurisprudencial española que deberá ser objeto de atención, proponiendo como referencia el [asunto Santoro](#), citado. Tampoco la vía de la indemnización disuasoria para el cese de los funcionarios interinos de larga duración, de nuevo en el marco de la cláusula 4 de la [Directiva 1999/70/CE](#), parece encontrar pista libre comunitaria en las [Conclusiones del abogado general \(señor Szpunar\), en el asunto C-177/18, Baldonado Martín](#), que reitera la [doctrina Montero Mateos](#), cuyo sentido último tendrá que precisar el TJUE, conforme a la cuestión prejudicial ya referida planteada por la sala social de suplicación madrileña. Una vez más las situaciones –ambas anómalas– del personal de empleo público laboral y estatutario y/o funcional se encuentran en el ámbito del derecho de la UE, abriendo numerosos frentes en sede comunitaria. «Tanto va el cántaro a la fuente que...» alguna vez se verificará el cambio radical que subyace a la «[dinámica de los eventos de cisne negro](#)», como sucedió en Italia, y como hubiera acaecido en España de no rectificarse el TJUE en el asunto De Diego Porras.

En tanto el TJUE se va pronunciando respecto de las diferentes cuestiones suscitadas, acogiendo o no las propuestas, razonables y previsibles, de las abogacías generales, en sede nacional diferentes niveles jurisdiccionales contencioso-administrativos (opuestos a los que preguntan, naturalmente) parecen no creer en demasía en los «cisnes negros». Así, la Sentencia de la Audiencia Nacional –SAN–, [Sala Contencioso-Administrativa, de 4 de noviembre de 2019 \(rec. 380/2017\)](#), desestimará el recurso interpuesto por la Asociación Interinos y Laborales contra el Acuerdo para la mejora del empleo público, suscrito el 29 de marzo de 2017, por el ministro de Hacienda y Función Pública y los sindicatos mayoritarios (CC. OO., UGT y CSI-F). El acuerdo de referencia suponía el compromiso de incluir una generosa oferta de empleo público en la ley de presupuestos generales del estado ([art. 19 LPGE/2018](#) –oferta de empleo público u otro instrumento similar de gestión de la provisión de necesidades de personal–), así como, en paralelo, un extenso catálogo de medidas a fin de reducir las altas tasas de temporalidad en el sector público. Al margen de las cuestiones de forma y procedimiento, se impugnó por no prever para el «personal temporal de larga duración» un concurso específico de méritos sin oposición. Pues bien, la sentencia, invocando la jurisprudencia constitucional ([STC 111/2014, de 26 de junio](#)), niega cualquier fundamento jurídico a tal pretensión.

Tampoco prosperará una lectura garantista y expansiva de la doctrina comunitaria de favor hacia la estabilidad de las relaciones temporales de larga duración en la [STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 352/2019, de 28 de junio](#). En ella también se descartará que la sola continuidad temporal de forma ininterrumpida (12 años) en el nombramiento de funcionario interino<sup>3</sup>, constituya anomalía jurídica alguna que amerite protección específica, ni por la vía de una indemnización disuasoria ni por la de la estabilización real (también SSTSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de [Madrid 611/2019, de 2 de julio](#), y de [Canarias/Las Palmas 115/2019, de 21 de febrero](#)). Más aún. Aun consciente de la imprevisibilidad para la trabajadora (otra vez mujer) de que su vínculo fuera a tener «una duración tan inusualmente larga», muta el daño de pérdida de expectativas de estabilidad en pretendida ventaja: «ha venido beneficiándose, a largo plazo, del desempeño de un puesto de trabajo, sin que [...] haya mostrado su disconformidad con su condición de funcionaria interina [...]». Desde este planteamiento, ciertamente restrictivo, rechazará de forma expresa aplicar tanto la jurisprudencia comunitaria (relativa a la estabilización del personal que sufre abusos a través de medidas de efecto útil) cuanto la jurisprudencia nacional, relativa a la fijación de indemnizaciones en caso de acreditación de daños (el citado [asunto Santoro](#) es una buena expresión de las condiciones más rigurosas de la jurisprudencia comunitaria al respecto).

<sup>3</sup> La [STS, Sala Tercera, 1224/2019, de 24 de septiembre](#), realiza una interpretación garantista del derecho a la continuidad en el puesto del personal estatutario (de los servicios de salud), limitando las facultades extintivas ex [artículo 9.4 de la Ley 55/2003](#), del personal sustituto.

### 3.3. La serie interminable de discriminaciones del trabajo parcial y la lucha por la igualdad de trato: cuestiones retributivas y de prueba –estadística–

#### 3.3.1. La Agencia Estatal de Administración Tributaria-empleadora esta vez paga: cálculo de la antigüedad para trienios ¿y para indemnizaciones de cese? del personal fijo discontinuo

Junto a la temporalidad, la cláusula de parcialidad de los contratos, tanto de empleo público como privado, se muestra como una fuente de constante conflictividad, derivando la calificación de formas de empleo atípicas hacia su identificación con una estructural «cultura de la precariedad laboral», ora asociada a la discriminación, ora vinculada al abuso. El TJUE, no obstante, ha venido acumulando una copiosa doctrina respecto de la protección frente a las varias discriminaciones que sufren este tipo de personas trabajadoras (directas e indirectas; en relación con el tiempo completo, a las diversas formas de parcialidad –horizontal y vertical–; por razón de sexo, etc.), en el ámbito de las relaciones de trabajo y de seguridad social (por ejemplo, SSTJUE de [9 de noviembre de 2017, asunto C-98/15, Espadas Recio](#) –protección por desempleo–, y de [8 de mayo de 2019, asunto C-161/18, Villar Láiz](#) –pensiones de jubilación–). Pues bien, cuando todavía colean algunas cuestiones relativas a recientes decisiones en tal sentido que afectan a nuestro derecho (como las limitaciones de los efectos temporales de la [STJUE de 8 de mayo de 2019](#) por la [STC 91/2019, de 3 de julio](#), abriéndose una [campaña](#) de lucha judicial dirigida a su corrección, primando la doctrina comunitaria sobre la constitucional, a través de la jurisdicción ordinaria), acabamos de recibir otro «zarpazo jurídico» por parte del TJUE.

Se trata del [Auto del TJUE de 15 de octubre de 2019, asuntos acumulados C-439/18 y C-472/18, Agencia Española de Administración Tributaria –AEAT–](#), resolución dictada a instancia de una cuestión prejudicial, una vez más, de la sala gallega de suplicación (que bate récords al respecto) y en virtud de la cual Hacienda se verá obligada, como empleadora, a pagar los complementos de antigüedad (los trienios) a las personas trabajadoras fijas discontinuas (la mayoría mujeres, de nuevo el sesgo de género), computándolos no ya atendiendo al «tiempo de trabajo efectivo», como ha venido haciendo hasta ahora, sino al «tiempo de vinculación». La cláusula 4.1 y 2 de la [Directiva 97/81/CE](#) (trabajo a tiempo parcial) y el artículo 14.1 de la [Directiva 2006/54/CE](#) (igualdad de trato entre hombres y mujeres) se opondrían a una normativa (convencional) y a una práctica empresarial que, en el caso de los trabajadores fijos discontinuos, solo computan, a efectos del cálculo de la antigüedad requerida para los trienios, los periodos efectivamente trabajados, excluyéndose los periodos en los que no se ha trabajado, a diferencia de los de tiempo pleno.

Aquí «el movimiento de tronos» es triple. De un lado, otra vez al TS, pues este había fiado la respuesta relativa al reconocimiento de trienios a los trabajadores fijos disconti-

nuos a la autonomía colectiva, de ahí que, sobre una misma doctrina jurisprudencial, alcanzara luego resultados diferentes, por ser distinta la norma convencional aplicada. Así, la [STS 164/2019, de 5 de marzo](#), entendió que solo deben ser computables los servicios efectivamente prestados. En cambio, con relación al personal de la Comunidad de Madrid, la [STS de 11 de junio 2014 \(rec. 1174/2013\)](#) ha defendido lo contrario. En virtud de esta disparidad de contenido convencional, denegaba la existencia de contradicción (por ejemplo, [STS, Pleno, 56/2018, de 25 de enero](#)). De otro, y dado que esa jurisprudencia ordinaria se basaba en doctrina constitucional, también la comprensión del principio de igualdad de trato del trabajo parcial se ve sacudida.

Para el TJUE, corrigiendo la doctrina constitucional latente, la aplicación del principio de proporcionalidad (*pro rata temporis*) requiere, para justificar la diversidad de trato, un análisis más profundo. A tal fin distingue la diferencia de trato basada en la cantidad real de trabajo a lo largo de la relación laboral, para la que sí debe jugar el principio de proporcionalidad, de la que se basa en la duración efectiva o íntegra de la relación, en cuyo caso no se justificaría conforme al principio de no discriminación. El derecho que madura sobre la antigüedad: «[...] se corresponde con la duración efectiva de la relación laboral, y no con la cantidad de trabajo realizada durante dicha relación». Por lo tanto, la práctica de la empresa (Administración) incurriría en una doble penalización. Además, perjudica mucho más a las mujeres, pues son prácticamente el 78 % de la plantilla de fijos discontinuos (898), sin que medie razón objetiva justificadora, por lo que también vulneraría el artículo 14.1 de la [Directiva 2006/54/CE](#), tratándose de una nueva discriminación indirecta a sumar a la larga serie.

Finalmente, también se sacude con este revés la posición de la autonomía colectiva. En última instancia, la fuente creadora de la diferencia prohibida es colectiva. Por tanto, el TJUE llama a su implicación más consciente y seria en la lucha tanto contra la discriminaciones como contra la precariedad de estas formas de trabajo, a fin de ser parte de la solución y no parte del problema (por ejemplo, la [STS 589/2019, de 16 de julio](#), revocando la sentencia de instancia –AN–, anulará una cláusula convencional que también asocia el complemento retributivo –de jornada variable– al tiempo efectivo de trabajo; fue objeto de referencia en el [editorial](#)).

¿Queda aquí acotado el problema de desajustes entre las fuentes nacionales y la vis expansiva del TJUE? Me temo que no. ¿Cuáles son las condiciones de trabajo que maduran con la duración efectiva o íntegra de la relación y no con la cantidad de trabajo? ¿Podría tener cabida la indemnización de cese, que depende de la antigüedad en el servicio?

### 3.3.2. La carga de la prueba: cabe acreditar la discriminación indirecta por razón de sexo más allá de la prueba estadística

Como acabamos de ver, la decisión apenas comentada hace recaer directamente uno de los aspectos discriminatorios de la práctica retributiva de la AEAT sobre la correspon-



diente prueba estadística. Ahora bien, ni esa prueba está siempre fácilmente disponible ni tampoco puede agotar las vías para acreditar una discriminación de las personas trabajadoras a tiempo parcial en relación con las personas trabajadoras a tiempo completo, al margen del sexo. Pues bien, así lo acaba de reconocer, evidenciando los límites de la necesidad de tal prueba, la [STJUE de 3 de octubre de 2019 \(asunto C-274/18\)](#), conforme a la cual es discriminatoria una norma –en este caso de derecho austriaco– que establece distinta duración del contrato temporal vinculado a proyectos de investigación según sea a tiempo completo o parcial, aun cuando la duración sea superior para quienes presten sus servicios a tiempo parcial.

Ahora bien, en la medida en que no solo está en juego la [Directiva 97/81/CE](#), sobre el trabajo a tiempo parcial, sino también la [Directiva 2006/54/CE](#), sobre igualdad de trato por razón de sexo (art. 2.1, letra b), se plantea la cuestión relativa a si concurre una discriminación indirecta por tal causa, reenviando o remitiendo su valoración al órgano judicial. De una forma expresa, el TJUE alerta de que, en virtud del artículo 19.1 de la [Directiva 2006/54/CE](#), no se exige que la parte que se considere perjudicada por tal discriminación presente, para demostrar una presunción de discriminación, estadísticas o hechos concretos referidos a los trabajadores afectados por la normativa nacional controvertida si dicha parte no tiene acceso a tales estadísticas o hechos o únicamente puede acceder a ellos con grandes dificultades.

## 4. Desencuentros entre tribunales en materia de tiempo de trabajo: el TJUE, como el gobernador Pilatos, se «lava las manos»

### 4.1. ¿La jornada «a la carta» queda fuera del derecho de la UE si no sucede a un retorno tras el disfrute de un permiso de conciliación?

La centralidad de la jurisprudencia comunitaria en materia de tiempo de trabajo y las relaciones dialécticas (de conflicto y de diálogo) que mantienen con los diversos tribunales nacionales son un dato continuamente contrastado, como evidenciamos en el «análisis de actualidad» del número de noviembre. No hay clave contemporánea en la gestión del tiempo de trabajo, pues, que no tenga alguna incidencia del derecho social de la UE ([Directiva 2003/88/CE](#)) y de una particularmente activa jurisprudencia comunitaria, incluida la polémica cuestión del registro horario. Este no cesa de generar decisiones judiciales polémicas, que atienden a su vis económica en detrimento, o en compensación, de su vis (alma) social.

Sería el caso –no pudo ser objeto de estudio en «análisis de actualidad» del número anterior– de la [SAN 126/2019, de 29 de octubre](#). En ella se legitima el acuerdo de blindaje

firmado entre un sindicato mayoritario y un grupo de empresas multinacional, a través de la ordenación del registro, de ciertas horas extra. La Audiencia Nacional ha descubierto, pues, un nuevo uso de favor hacia la gestión flexible de la empresa de la nueva regulación del registro horario, aunque el acuerdo es más complejo y se abre a usos favorables a ambas partes.

Pero también el derecho de la UE tiene potencial suficiente para incidir en la no menos polémica cuestión de la «jornada a la carta» (*vid.* [editorial de este número](#)), máxime con la oportunidad de innovación jurídica que blinda la [Directiva \(UE\) 2019/1158](#) sobre derechos de conciliación, asentada, no obstante, sobre la necesidad de un, siempre anhelado, justo equilibrio entre las razones de la persona y las razones de la empresa. Sin embargo, no parece comprenderlo así el TJUE, que en esta materia ha preferido rehuir la «patata caliente» que le remitía un juez nacional español, no respecto de la dimensión comunitaria de las facultades novadoras de la jornada por causa conciliadora ex [artículo 34.8 del ET](#) sino del [artículo 37.6 del ET](#), en un escenario precedente a la reforma de aquel. En efecto, la [STJUE de 18 de septiembre de 2019, asunto C-366/18](#) (en relación con la [Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo](#), por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, que derogaba la [Directiva 96/34/CE](#) y será a su vez derogada por [la de 2019](#)), ha privado de cobertura comunitaria el derecho a una reducción de jornada con paralela novación de horario (pasando de turno variable a fijo).

Aunque no podamos detenernos mucho en ello, evitando la nostalgia de «lo que pudo haber sido y no fue», sí conviene resaltar que se dicta a instancia de una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid (Auto de 29 de mayo de 2018) y en cuyo trasfondo estaba el cuestionamiento de la jurisprudencia social nacional que había neutralizado el reconocimiento de un derecho novatorio de la jornada de trabajo por razón conciliadora de la vida laboral y familiar sin reducción de jornada. A tal fin, se instaba una relectura de nuestro derecho interno en sentido garantista a partir de la fuerza expansiva de los derechos fundamentales de la UE (arts. 23 y 33, apdo. 2, [CDFUE](#) en relación con los arts. 1 y 14.1 de la [Directiva 2006/54/CE](#) y de la [Directiva 2010/18/UE](#)). La STJUE asumiría el papel de «villano social», por pronunciarse en sentido contrario al inducido por la cuestión prejudicial suscitada, que apuntaba a la existencia de una discriminación indirecta.

En suma, en este caso, el TJUE no se deja seducir por el enfoque del órgano nacional y descarta que haya norma comunitaria alguna que, no tratándose de un caso de retorno al empleo tras el previo disfrute del permiso parental, «permita obligar a los Estados miembros, en el contexto de una solicitud de permiso parental, a conceder al solicitante el derecho a trabajar con un horario fijo cuando su régimen de trabajo habitual es un régimen de turnos con un horario variable» (apdo. 48). En consecuencia, si no hay una norma de derecho de la UE aplicable, queda descartada la aplicación de la [CDFUE](#) y su efecto expansivo de la efectividad de las garantías de los derechos sociales fundamentales, que tienen eficacia directa entre particulares.

Pese a este «jarro de agua fría» para las crecientes aspiraciones garantistas y de un «activismo judicial» mayor en esta materia, conviene recordar que ese dinamismo jurídico ya se puede promover desde el enfoque constitucional. Y la experiencia nacional así lo indica. Piénsese, por ejemplo, y al margen de las, varias veces, citada [STS 589/2019, de 16 de julio](#), en la [STSJ del País Vasco 1407/2019, de 16 de julio](#) (no mencionada en el [editorial](#) que encabeza este número), que considera modificación sustancial de condiciones de trabajo el retraso de media hora en la salida del trabajo (de 18:30 a 19:00 horas), aunque se anticipó otra media hora la salida para la comida. A nuestros efectos, lo más interesante es evidenciar que la doctrina de suplicación se dicta aun consciente de que contradice una jurisprudencia unificada ([STS de 10 de octubre de 2005, rec. 183/2004](#)). Sin embargo, decide apartarse porque la considera desfasada:

[...] en la actualidad impera realizar una más acorde con la protección del derecho a la conciliación [...], en la dirección marcada por leyes promulgadas posteriormente, como la Ley orgánica 3/2007 de 22 de marzo [...], que valora la conciliación [...] como estrategia para [...] la igualdad efectiva [...], siendo necesario un cambio social que introduzca nuevos modelos de organización (FJ 3.º).

La [STS 589/2019](#) refleja esa evolución, por lo que deben entenderse plenamente armonizables.

## 4.2. El TJUE limita su doctrina precedente sobre el aplazamiento del disfrute del derecho a vacaciones que concurre con baja por enfermedad

Un giro evolutivo garantista que no se aprecia en la [STJUE de 19 de noviembre de 2019 \(asuntos acumulados C-609/17 y 610/17\)](#). Y ello pese a tratarse de uno de los derechos sociales fundamentales comunitarios donde el TJUE se ha venido mostrando más tuitivo y activista: el derecho a vacaciones. El nudo gordiano de este conflicto jurídico se sitúa en dilucidar si cabe aplazamiento del goce de días de vacaciones que no han podido disfrutarse por hallarse la persona trabajadora de baja, superando la duración del periodo vacacional la legal, como una mejora pactada por convenio (art. 7 [Directiva 2003/88/CE](#) en relación con art. 31.2 [CDFUE](#)).

Pues bien, de nuevo el TJUE se sitúa en una posición de crítica frente a la que orienta la cuestión prejudicial que se le remite. Claramente el juez nacional (aquí finlandés) induciría una respuesta del TJUE a una línea de política del derecho expansiva de su doctrina favorable a un goce efectivo y pleno del derecho de vacaciones, sin que se viera mermado por otras bajas que pudieran dar al traste con su efecto útil –como las bajas por enfermedad–. Así lo reflejaría, entre otras recientes, la [STJUE de 6 de noviembre de 2018 \(asuntos acumulados C-569/16 y 570/16\)](#). Sin embargo, la Gran Sala del TJUE ha preferido en esta ocasión

proceder a perfeccionar o precisar su doctrina sí, pero en sentido restrictivo, diferenciando netamente, con una distinción muy sutil, lo que es el nivel mínimo de intensidad protegido directamente por la norma comunitaria y el que podría derivarse de las normas de mejora nacional, sean legales o convencionales. Si en el mínimo de la ley comunitaria no cabe la exclusión del aplazamiento de esos días de vacaciones en casos de baja por enfermedad, sí vendría posibilitado cuando se trate de niveles de mejora nacional.

Pero esta conclusión –razonable desde un enfoque de libertad organizativa nacional, en aras, lógicamente, de una mayor flexibilidad de gestión empresarial (alma económica de la UE, que gustará más o menos, pero es inherente al proyecto comunitario, tanto como debería serlo el alma social, guste más o menos a sus críticos)– lleva aparejada otra conclusión mucho más inquietante. Como esas normas nacionales de mejora no quedan comprendidas dentro del derecho de la UE (pues no es una facultad derivada directamente de la directiva, sino tan solo reconocida por ella ex art. 15 [Directiva 2003/88/CE](#)), los derechos sociales fundamentales, y en consecuencia el artículo 31.2 de la [CDFUE](#), en relación con su artículo 51, quedarían excluidos «cuando se trata de tales normativas nacionales y convenios colectivos». En suma, el TJUE abre un nuevo portillo de desprotección comunitaria y obstaculiza la plena vigencia de los derechos sociales fundamentales, con lo que otra vez asume el rol de «villano social», para unos, para otros de un «garante de las libertades» de los Estados –e indirectamente de la flexibilidad de gestión empresarial– (en esta línea ya sus SSTJUE de [14 de diciembre de 2017, asunto C-243/16, Miravittles Ciurana y otros](#), y de [19 de abril de 2018, asunto C-152/17, Consorzio Italian Management y Catania Multiservizi](#)).

La compatibilidad de periodos de disfrute de descansos y el de otros permisos tendrá más de un capítulo nuevo en el futuro. Por ejemplo, con relación a la cuestión prejudicial que planteara la Audiencia Nacional (C-588/18), relativa a la posibilidad de simultanear el descanso semanal con otros retribuidos pero para atender finalidades distintas. También hace referencia a esa misma cuestión pero en relación con el derecho a vacaciones. Veremos qué contesta el TJUE, pero, en todo caso, queda clara la permanente centralidad de sus decisiones y su configuración como un recurso permanente para poner en cuestión los derechos nacionales y sus interpretaciones.

## 5. Una lucha multinivel desigual a favor de la igualdad: de la «reina de las discriminaciones» –sexo– a la «cenicienta» –edad–

Junto al tiempo de trabajo, la garantía de una gestión no discriminatoria efectiva de las relaciones de trabajo es uno de los principales «campos de batalla» jurídica (e ideológico-política y sociocultural), en la que más influencia muestra el derecho de la UE. El derecho antidiscriminatorio comunitario es cada vez más potente. No obstante, esta lucha es desigual en sus resultados, pese a compartir los fundamentos, según la causa discriminatoria.

Ni que decir tiene que, desde sus orígenes, la «hermana más poderosa», la auténtica «reina de la protección frente a las discriminaciones», ha venido siendo la relativa al sexo. Y así sigue siendo, con una profunda evolución y nuevas manifestaciones. Buena prueba de ello es el elenco de sentencias, de diferentes niveles jurisdiccionales, seleccionado para la sección de «diálogos con la jurisprudencia» de este número y revista, dedicado monográficamente a esta evolución garantista y a cuyos muy autorizados análisis remitimos. La anticipación jurisprudencial de reformas legislativas en el seno de la UE y de los Estados miembros es manifiesta (por ejemplo, la [STJUE de 20 de junio de 2019, asunto C-404/18, Jamina Hakelbracht](#) –otro nombre de mujer–, interesante en relación con la Directiva [2019/1937/UE](#), de protección de los conocidos como «*whistleblowers*» en inglés, o delatores de corrupciones en las empresas).

Tal es la potencialidad de esta tutela que incluso permite conjuntar la doble alma del derecho de la UE, así como su vocación expansiva hacia todas las personas trabajadoras, no solo las asalariadas. Por ejemplo, la [STJUE de 19 de septiembre de 2019, asunto C-544/18](#), propone una interpretación de las libertades económicas (libertad de establecimiento) expansiva y de favor hacia la protección frente a perjuicios derivados de la maternidad (embarazo), de modo que se asegure el mantenimiento de la condición de trabajadora autónoma tras limitación de la actividad, derivada del parto. En última instancia, debe rememorarse la faceta no solo social sino económica que desde el origen tiene la tutela antidiscriminatoria por razón de sexo.

Para situarnos más cerca de casa (derecho español), no es ocioso ilustrar la potencia de esta lucha multinivel contra la discriminación por razón de sexo y su evolución con la [STS, Sala Tercera, 1383/2019, de 16 de octubre](#), que avala una suerte de «acción positiva» –cierto que relativa–. En ella se legitima que las universidades incluyan una variable de género en los criterios para seleccionar los departamentos donde crear nuevas cátedras. Para el TS, tal posibilidad se integraría en las facultades del derecho a la autonomía universitaria. Concluye, pues, en una dirección opuesta a la del TSJ de Madrid. Esta sala de apelación, en línea con el juez de instancia contenciosa, se enrocó en una posición tradicional excluyente de tales medidas.

Sin embargo, el TS asume –correctamente– su legitimidad. A tal fin exhibe una posición más innovadora y que sigue muy de cerca la doctrina comunitaria. Determinante será, aquí sí, la interpretación de las normas nacionales alineada con las europeas y con la jurisprudencia del TJUE. Y eso pese a que, en este punto, no puede decirse que sea de las más evolucionadas de la jurisprudencia comunitaria (por ejemplo, [STJUE de 6 de julio de 2000, asunto C-407/98](#)).

Ahora bien, como se anunciaba, por limitaciones que presente la lucha efectiva contra las discriminaciones por razón de sexo –en todos los aspectos y en todas las fases de gestión de las relaciones de trabajo, incluidas las preliminares o de precontrato, como las entrevistas–, se presentan muy superiores, en la práctica, respecto de otras, también objeto

de atención muy continuada en el seno del TJUE. Me refiero ahora a las discriminaciones por razón de edad, la auténtica «hermana pobre» de esta lucha antidiscriminatoria, hasta el punto de aparecer como una genuina «cenicienta» (Sanguineti, 2019). Aunque suele hacerse alusión a la mayor edad como especial factor discriminatorio, y es cierto, no debería olvidarse tampoco la edad más joven, pues también «atesoran» (más bien acumulan) importantes tratos peyorativos.

En suma, la precarización por razón de la edad, con el debilitamiento consiguiente de la tutela antidiscriminatoria, se produce tanto a la «entrada» al mercado de trabajo como en la «salida». Y para muestra baste un botón reciente, como es la [STJUE de 7 de noviembre de 2019, asunto C-396/18](#), que, para el derecho italiano, avala, eso sí, siempre con el lenguaje oracular que le caracteriza («sí, pero no, no pero sí») la «expulsión» (salida) prematura (pronta) de la actividad de piloto de aviación a los 60 años. Así, a su juicio –la [STJUE de 5 de julio de 2017, asunto C-190/16](#), ya afirmó que la fijación por ley nacional de una edad máxima para pilotar un transporte aéreo comercial no es disconforme con la prohibición comunitaria de discriminación por razón de edad (*vid. Rojo, 2017*)–, ni el artículo 2.5 ni el 4.1 de la [Directiva 2000/78/CE](#) se oponen a la extinción automática de la relación laboral de los pilotos empleados por una sociedad que explota aeronaves en actividades relacionadas con la protección de la seguridad nacional al alcanzar la edad de 60 años, «siempre que tal normativa sea necesaria para la seguridad pública en el sentido de dicha disposición, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente». Al respecto, es oportuno recordar que, hasta la llegada del asunto al TS italiano, todos los niveles jurisdiccionales del país transalpino habían avalado el cese.

Que se trata de una línea de política jurisprudencial del derecho bastante consolidada en el seno del TJUE –y, por lo tanto, en los niveles nacionales–, lo reafirma la [STJUE de 7 de febrero de 2019, asunto C-49/18](#), según la cual [la reducción salarial para el personal de la carrera judicial no vulnera ni la prohibición de discriminación por razón de edad \(ni de antigüedad\)](#) ni atenta a la independencia judicial. Resulta de interés, a nuestros efectos, traer a colación que el origen de esta sentencia fue una cuestión prejudicial de la sala de suplicación social catalana. Esta, tras ver cegada la vía de la cuestión de inconstitucionalidad –inadmitida por el férreo TC–, no se dio por derrotada y puso rumbo hacia la ciudad de la justicia imperial comunitaria. Su auto se acompañaba de una fuerte convicción de que allí hallaría comprensión a sus superiores razones jurídicas respecto del TC. No fue así, porque el oráculo luxemburgués esta vez también decidió asumir el papel de «villano», no de «héroe social», avalando límites de los derechos sociales derivados de los imperativos comunitarios de reducir el déficit presupuestario.

Mayor fortuna tendrán las reivindicaciones retributivas de los jueces y juezas polacos, pues la [STJUE de 5 de noviembre de 2019, asunto C-192/18](#), sí considera discriminatorio, pero por razón de sexo, las diferentes edades para el acceso a la jubilación de unos y otras (en cambio, la [STJUE de 24 de noviembre de 2016, asunto C-443/15](#), para el derecho irlan-

dés, admite diferencias de trato atendiendo a la edad en relación con pensiones del sistema de empleo y para uniones civiles, no matrimoniales). En este caso se trata de un recurso de incumplimiento interpuesto por la Comisión contra Polonia (el «juego de tronos jurídicos» aquí se da entre autoridades nacionales y de gobierno comunitario, si bien con implicación directa de la autoridad judicial, sobre la que se quería influir). La modificación de las edades de jubilación –de los 70 se redujo a 65 años– no impedía que fuera solicitada la continuidad en el ejercicio del cargo hasta los 70, si bien concedía discrecionalidad al ministro de justicia para su autorización o denegación. La Gran Sala del TJUE concluyó que Polonia no solo violó el artículo 157 del [TFUE](#) (principio de igual retribución a trabajo de igual valor) y la [Directiva 2006/54/CE](#), sino también el artículo 19.1 del [Tratado de la Unión Europea](#) (en relación con art. 47 [CDFUE](#)), en cuanto violaría el principio jurídico de inamovilidad.

## 6. Los derechos de información y consulta en el empleo público: un paso atrás en el diálogo social europeo

Tampoco hay buenas noticias, desde un enfoque garantista, para la gobernanza en clave colectiva, al menos para las personas empleadas públicas. Así se deriva de la [Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea \(TGUE\) de 24 de octubre de 2019, T-310/18](#).

Esta sentencia asume la legitimidad de la negativa de la Comisión a proponer un acto jurídico comunitario –decisión del Consejo ex art. 155 [TFUE](#)–, para reforzar el [Acuerdo marco sobre información y consulta a las personas empleadas públicas, de 21 de diciembre de 2015](#), a fin de extender a este personal las garantías de la [Directiva 2002/14/CE](#), pese a que fue ella la que animó ex artículo 154 del [TFUE](#) tal acuerdo –[Documento de consulta C\(2015\) 2303 final, de 10 de abril de 2015](#)–. Donde «dije digo, ahora digo Diego», y el 5 de marzo de 2018, la Comisión informó de que había decidido no presentar al Consejo tal propuesta de decisión de aplicación del acuerdo a nivel de la UE porque ni tenía auténtica competencia ni sería eficaz. Presentado el correspondiente recurso de anulación ante el TGUE por los sindicatos europeos legitimados, en virtud del artículo 263 del [TFUE](#) (control de legalidad de los actos de las instituciones «destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros»), el TGUE rechaza los dos argumentos. A saber:

- a) La Comisión no incurrió en error de derecho en cuanto al alcance de sus facultades (apdo. 104). El fin de promover el papel de los interlocutores sociales en el proceso de construcción europea a través del diálogo social, respetando su autonomía, ni les otorgaría la facultad de presentar directamente al Consejo una propuesta de decisión para aplicar un acuerdo ni implica que las instituciones (Comisión, Consejo) estén obligadas a dar curso a una petición conjunta presentada por las partes firmantes de un acuerdo para que adopte una decisión aplicativa en el ámbito comunitario.

- b) La decisión impugnada cumple la obligación de motivación suficiente (art. 296 [TFUE](#)), porque, a pesar de la anomalía que supuso la dilación de la respuesta 2 años, creando la expectativa de una motivación más detallada que la sucinta dada, no viola los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (apdo. 139).

Cabe esperar al recurso ante el TJUE para que arroje otra luz. En tanto, esta decisión jurisdiccional comunitaria no solo debilita notablemente el papel del diálogo social en la construcción de un proyecto de integración europea equilibrado entre la razón económica y la social, sino que devalúa, todavía más, el principio de democracia social.

## 7. «Crónicas» y «críticas» de las más recientes y duras «batallas de última palabra» jurídica en relación con el despido: «cal y arena»

### 7.1. Nuevos «campos de batalla» en la ciudad de la justicia de Estrasburgo: la ambivalente protección del TEDH frente a la invasión digital

#### 7.1.1. Una de «cal» (garantía): el TEDH prima la libertad de crítica de la persona trabajadora en redes sociales sobre la reputación de la empresa

Las personas trabajadoras sienten cada vez más la necesidad de expresarse sobre temas profesionales, no solo personales, en las redes y ejercitan sus libertades comunicativas en ellas como personas ciudadanas que son, sin perjuicio de mantener su condición de personas productoras, sujetas a obligaciones derivadas del contrato. Ahora bien, esta sujeción en aras de la protección de los intereses legítimos de las empresas, muy en especial la reputación social de las mismas, valor al alza en esta sociedad de la comunicación, abre numerosas e intensas vías de conflicto con un ejercicio crítico de las libertades comunicativas. Consecuentemente, los tribunales se ven cada vez más obligados a ofrecer soluciones, medien o no códigos de conducta o protocolos dirigidos a capacitar en unos usos sociales más razonables y responsables de las redes sociales.

Esta tipología de conflictos entre derechos constitucionales (de personas trabajadoras y de empresas), no solo entre derechos y deberes de origen contractual, también ha llegado al TEDH, ya habituado a enfrentarse a ellos en su vertiente o formato tradicional (comunicación en papel u oral, en medios gráficos, etc.), en virtud de la protección que blinda el artículo 10 del [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#) (CEDH) (libertad de expresión como derecho humano civil en uso laboral). Pues bien, la [STEDH de 5 de noviembre de 2019](#)



(demanda 11608/15, caso *Herabi c. Hungría*<sup>4</sup>), ha conocido del despido de una persona trabajadora, responsable de gestión de personal, por realizar actividad colaboradora en un sitio web dedicado a cuestiones propias de recursos humanos, basado en una pretendida vulneración de su deber de confidencialidad, formalizado también en su aceptación y firma de un compromiso a tal fin, conforme al protocolo de la empresa.

Tras diferentes vicisitudes en los distintos niveles de la jurisdicción húngara (su triunfo en niveles inferiores se vio frustrado tanto en el TS como en el TC húngaros), que dieron preferencia a las razones de empresa, violando el código ético del empleador, con lo que se centró el debate en una perspectiva de legalidad ordinaria, el recurso llega al TEDH. Para este, a diferencia del TC húngaro, la protección de la libertad de expresión de la persona trabajadora, como derecho fundamental de ciudadanía civil que es ex artículo 10 del CEDH, debe primar sobre cualquier eventual «deber de lealtad» que pudiera pesar sobre el trabajador. Con razón, y siguiendo una pauta que ya asumiera hace años el TC español, el TEDH reintegrará la dimensión constitucional de este conflicto, neutralizada en los niveles judiciales nacionales.

Aunque el asunto es para el derecho húngaro tiene un valor universal, y desde luego es de plena aplicación a nuestro país. Al respecto, sabido es que son cada vez más las decisiones judiciales que deben enfrentar los conflictos derivados de los usos de redes sociales por parte de personas trabajadoras, evidenciando si se trata de usos inadecuados o irrazonables por desbordar los límites a la libertad de expresión crítica en detrimento del valor a la defensa de la reputación social de las empresas, también de otros intereses empresariales. Así, se detectan malos usos de las redes constitutivos de competencia desleal, de ahí el interés de la empresa al buen uso de aquellas (por ejemplo, SSTSJ de Murcia 734/2019, de 19 de junio, y La Rioja 92/2019, de 16 de mayo, entre otras). O usos crítico-ofensivos contra la empresa de las publicaciones en red, sancionados con despidos procedentes (STSJ de Castilla y León/Burgos 387/2019, de 7 de junio).

En esta línea se mueve la STSJ de Madrid 804/2019, de 19 de julio, que declara procedente el despido de una persona trabajadora por proferir insultos hacia la empresa y sus compañeros a través de su cuenta en una red social *online* (perfil personal en Twitter). El casuismo en estos supuestos es manifiesto. Así, por ejemplo, la STSJ de Murcia de 12 de abril de 2018 –rec. 1292/2017– (confirmada, al no admitir recurso, por el ATS de 18 de junio de 2019, rec. 3363/2018) declara el despido improcedente porque las críticas en la publicación social lo era en una red profesional y se enmarcaban en un escenario de conflictividad sindical real. Precisamente, para esta tensión entre la protección de las libertades constitucionales comunicativas y las libertades económicas y el derecho al honor de empresas y otros compañeros, es de gran interés comparar la STSJ de Cantabria 51/2019, de 21 de enero (no considera existente vulneración de la libertad de crítica,

<sup>4</sup> Un comentario magnífico en Rojo (2019a).

tampoco de la obligación de prevención empresarial para evitar los daños personales que puedan derivar de tal crítica si son desabridas) y la [STSJ de Murcia 448/2017, de 26 de abril](#) (sí considera procedente el despido porque el ejercicio de las libertades comunicativas en sentido crítico, aun mediando conflicto, fueron más allá de lo debido, desembocando en el insulto, prohibido).

Paradójicamente, en ambas se cita con intensidad la misma jurisprudencia del TEDH, en especial la sentencia muy conocida [Fuentes Bobo \(STEDH de 29 de febrero de 2000\)](#). Sin embargo, sus fallos son opuestos. Aunque lo recomendable sería promover códigos de usos socialmente responsables, lo cierto es que también generan conflictos. Suelen ser restrictivos del ejercicio del derecho a la libertad de expresión crítica, con cláusulas de confidencialidad que refuerzan el deber de lealtad del trabajador ([STSJ de Andalucía/Sevilla 1736/2017, de 8 de junio](#)). En este sentido, destacará la [SAN 40/2018, de 6 de marzo](#), que ha puesto límites a ello, en favor de la prevalencia del derecho fundamental. Más generosa parece mostrarse la [STS, Sala de lo Civil, 476/2018, de 20 de julio](#), para la restricción de esas mismas expectativas entre trabajadores en aras de la libertad de expresión, aceptando las parodias o burlas irónicas en las redes si no hay ánimo injurioso sino solo burlesco (irónico o satírico)<sup>5</sup>. En suma, se hace precisa una instrumentación del [artículo 88 de la Ley orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales](#), al servicio de la alfabetización-capacitación digital cívicamente responsable de las personas trabajadoras, pero siempre teniendo en cuenta su derecho de crítica digital, inherente a las libertades comunicativas, también en red social *online*, nueva ágora y nueva plaza de escarnio personal público.

### 7.1.2. La de «arena» (pro empresa: propiedad y libertad): el TEDH legitima el uso de cámaras ocultas bajo determinadas condiciones

Unos mismos planteamientos de doctrina general desembocan, con extrema frecuencia en fallos opuestos, haciendo imprevisible la decisión, con lo que ello supone de erosión (real) para el valor (normativo) de la seguridad jurídica, también para la igual aplicación de la ley. Por eso, esa ansiada búsqueda del justo equilibrio entre razones en conflicto (derechos fundamentales personales y derechos –fundamentales– económicos: propiedad y libertad de empresa), a través del método de la ponderación proporcionada, unas veces inclina la balanza hacia un lado y otras hacia el otro, incluso dentro del mismo tribunal. Es lo que ha sucedido, como ya se indicó en el apartado introductorio, con el asunto López Ribalda. Si inicialmente el TEDH, en sala, rechazó el uso de cámaras sin la debida información previa para acreditar robos varios en una empresa, en Gran Sala lo admitirá.

<sup>5</sup> No son los únicos extremos de estos códigos éticos con las libertades relacionales o comunicativas. *Vid.*, por ejemplo, «[Besos que provocan despidos](https://elpais.com/economia/2019/11/15/actualidad/1573830178_044660.html?ssm=TW_CC)», disponible en <[https://elpais.com/economia/2019/11/15/actualidad/1573830178\\_044660.html?ssm=TW\\_CC](https://elpais.com/economia/2019/11/15/actualidad/1573830178_044660.html?ssm=TW_CC)> (consultado el 27 de noviembre de 2019).

Naturalmente, esta legitimación de la «cámara oculta» en función de control laboral no puede ser ni automática, ni incondicionada. Precisa tanto que se justifique suficientemente por razones de fundadas –objetivadas– sospechas previas de infracciones graves por los trabajadores (sean delitos o no, siempre que la conducta sea de suficiente gravedad para motivar el despido) cuanto que no haya alternativa menos invasiva igualmente eficaz para acreditar tales conductas.

Brevemente, dos tipos de críticas admite esta construcción de ida y vuelta. El primero es estrictamente técnico-jurídico. Tiene que ver con la dilución, o licuación, que hace de las, en otro tiempo ([Bărbulescu II](#)) nítidas, fronteras entre el juicio de transparencia (la información previa como condición necesaria de legitimidad) y el juicio de proporcionalidad (intensidad de los sacrificios derivados del derecho a la privacidad –y protección de datos– en aras de la tutela de un interés empresarial legítimo –control–). Asimismo, debe advertirse que el TEDH refiere, pero no aplica, el [Reglamento general de protección de datos](#), que no contendría ni una sola excepción al deber informativo previo, por lo que parece claro que la solución dista de ser definitiva. El segundo tiene una dimensión más jurídico-política. Si cuando la [STC 39/2016, de 3 de marzo](#), afirmó una posición análoga a la ahora sostenida por el TEDH, se concluyó que el TC había evidenciado una notable involución en la protección de derechos fundamentales de las personas trabajadoras en su condición de ciudadanía ¿por qué cuesta tanto aceptar una crítica de involución semejante para el TEDH? ¿«Unos tienen la fama y otros cardan la lana»? ¿La protección de los derechos fundamentales, como la vida privada y la protección de datos debe ceder siempre que se constaten conductas ilícitas, como parece sugerir nuestro [artículo 89 de la Ley orgánica 3/2018](#) y expresó el –moralista– voto particular de la primera sentencia López Ribalda, aceptando finalmente la Gran Sala, con voto particular también, claro, esa posición?

Al respecto hay que recordar que no solo el «espionaje video-gráfico», con condiciones, sí, parece encontrar un espacio protegido en el TEDH, sino también el «espionaje informático» ([STJUE de 22 de febrero de 2018, caso Libert c. Francia](#)). En fin, llueve sobre mojado y es claro que el TEDH si bien no ha liberalizado sí ha flexibilizado notablemente el control oculto empresarial, devaluando, aunque no lamina, las expectativas de privacidad razonables de las personas trabajadoras en empresas cada vez más digitalizadas, típicas de un capitalismo de la «hipervigilancia».

## 7.2. Despido por enfermedad, discriminación por discapacidad y salud laboral: el TJUE sigue enrocado en su justicia oracular

El despido de las personas con discapacidad y/o que sufren enfermedades asimilables, por su larga duración, nuevo concepto de cuño comunitario y especialmente problemático en su aplicación práctica por los tribunales, se trate de despidos por ineptitud sobrevinida (por ejemplo, [STSJ de Andalucía/Sevilla 1664/2019, de 26 de junio](#) –califica el despido

de una ayudante de cocina que ve agravada su alergia al anisakis contraída en la empresa como procedente, sin plantear si puede ser una enfermedad de larga duración–), ya por absentismo laboral aun justificado ([asunto Ruiz Conejero](#)). Aunque no se duda de las dificultades intrínsecas en estas situaciones, tengo para mí que una parte de la responsabilidad de este estado de excesiva incertidumbre, y ahora de especial conmoción social, a raíz de la [STC 118/2019, de 16 de octubre](#), se debe al estilo, ya casi vicioso, de justicia oracular del TJUE. Pese a las muchísimas oportunidades que tiene de fijar una doctrina razonablemente clara, prefiere siempre mantenerse en la ambivalencia, como una suerte de «dios Jano», mirando de forma bifronte, a un lado y también a su contrario, «a derecha» y a «izquierda», hacia las «garantías» y hacia «la empresa».

Y para ilustrarlo especialmente emblemática es la ya citada [STJUE de 11 de septiembre de 2019, asunto C-397/18, Nobel Plastiques](#), cuyas profundas ambigüedades han sido resumidas de forma gráfica por el profesor Rojo Torrecilla ([Rojo, 2019b](#)). El TJUE vuelve a exhibir un extremo método oracular de razonamiento jurídico. Proviene de una cuestión prejudicial planteada –una vez más– por un juzgado social de Barcelona –en esta ocasión el núm. 3– en relación con el despido objetivo (por causas económicas) de una trabajadora de la empresa que padecía epicondilitis y que le causó varias bajas laborales por incapacidad temporal –en la última le sobrevino la notificación de despido–. Esta mujer tenía la condición de «trabajadora especialmente sensible a determinados riesgos» (ex [art. 25 Ley de prevención de riesgos laborales](#) –LPRL–), por lo que contaba con un informe que la declaraba «apta con limitaciones».

A raíz de esa calificación se benefició, en la fase final de la relación de trabajo –lo que le valió posteriormente una sanción por incumplimiento de las medidas de prevención de riesgos profesionales para este tipo de personas, exponiendo a la trabajadora a puestos con condiciones inadaptadas–, de la adscripción a un nuevo puesto adaptado a tal circunstancia. El despido afectó a 9 personas, seleccionadas con fundamento en 4 criterios aparentemente objetivos, todos ellos vinculados de un modo u otro al rendimiento (adscripción a los procesos de ensamblaje de tubo plástico –la tecnología reduce la necesidad de personal–, productividad inferior al 95 %, menor polivalencia, mayor absentismo). La trabajadora los cumpliría todos. Pero el juez de lo social, persuadido de que el concepto comunitario de enfermedad asimilada a discapacidad debe incluir al de «persona especialmente sensible» y sospechando que, en tal condición, esos criterios selectivos devienen discriminatorios directa o indirectamente, acude a la ciudad de la justicia oracular (Luxemburgo) para hallar en el pretor máximo del imperio –del derecho de la UE– el aval que entiende precisa para concluir la nulidad del despido<sup>6</sup>. Ni la menor polivalencia ni el mayor absentismo le serían imputables objetivamente, pues derivan de su estado psicofísico y, en consecuencia, más exige una acción preventiva de adaptación a aquel estado que una medida de despido.

<sup>6</sup> Vid. [Auto del Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona de 30 de mayo de 2018 \(proc. 313/2017\)](#).

Naturalmente, quien pregunta pretende una respuesta –no hay pregunta inocente ni neutra en la cuestión prejudicial–, pero quien responde da otra, más ambigua y enigmática, como acostumbra el TJUE (sucedió tanto con el [asunto Daouidi](#) como con el asunto [Ruiz Conejero](#) –la [STSJ de Castilla-La Mancha 553/2019, de 10 de abril](#), que declara el despido por absentismo nulo por su efecto de discriminación indirecta, no es firme, al estar recurrida en unificación–). Por eso, de un lado, el TJUE da a entender que no cabe identificar enfermedad asimilable a discapacidad con «especial sensibilidad a riesgos derivados del trabajo», pero sí podría estar comprendido este estado en aquella en el caso en que se verifiquen limitaciones a la capacidad de trabajar derivadas de tales dolencias si produce el mismo efecto en la práctica que la discapacidad. Por lo tanto, el órgano judicial debe decidir. La tautología no puede ser más grosera, de modo que realmente no le da al juez ninguna pauta útil, concreta, neutralizándose esta pregunta. Del otro lado, y para el caso de que el juez nacional –como va a suceder, seguro, sin practicar oficio de profeta– concluya que sí son asimilables, el despido por «causas objetivas» en virtud de los citados criterios selectivos sí puede constituir discriminación indirecta –descarta la directa– por motivos relativos a la discapacidad, por su mayor exposición al riesgo de elevado índice de absentismo, si bien no lo sería si el empleador ha hecho adaptaciones razonables del puesto.

También aquí la técnica de razonar del TJUE como el dios bifronte (Jano) emerge con toda su intensidad y, por tanto, la desorientación interpretativa para quien se aventura al viaje prejudicial con el fin de –como la vieja ciudadanía griega– hallar luz. En efecto, aunque el TJUE deja en manos del juez remitente la decisión, teniendo en cuenta que la empresa sí ha hecho ajustes, le da una doble y contradictoria pauta, como ya se apuntó. Primero, le aconseja que se empape del informe de la ITSS, que evidencia las limitaciones de la acción empresarial, tanto que la empresa sufrirá sanción por falta de una acción de prevención ergonómica adecuada. Segundo, y al tiempo, le recomienda igualmente atender al considerado 17 de la [Directiva 2000/78/CE](#), en virtud del cual se trata de evitar que esa obligación de ajustes razonables resulte gravosa en exceso para el empleador, que en modo alguno tiene obligación de mantener a un trabajador que ya haya perdido la utilidad económica para satisfacer la razón que llevó a su contratación. Pero ¿son conciliables ambas recomendaciones? Difícilmente, porque la primera mira a una perspectiva claramente de salud laboral, para la que el coste económico no puede ser canon de ponderación aceptable. La segunda, en cambio, mira directamente a esa ponderación en la perspectiva de un balance de los costes que requiere tal obligación (art. 5 [Directiva 2000/78/CE](#), [art. 40 RDleg. 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).

A estos efectos, conviene recordar que un asunto análogo a este, aunque no idéntico, tuvo respuesta, en sentido restrictivo, en la [STS 194/2018, de 22 de febrero](#). Aquí se declaró el carácter no nulo sino improcedente de la decisión.

Dos observaciones críticas finales, que solo dejo apuntadas en este momento. De un lado, en la opción entre el marco de la prohibición de discriminación y el relativo o pro-

pio a la integridad personal creo que debería primarse este, pues estamos en el marco del [artículo 15](#) en relación con el [artículo 25](#) de la LPRL. Recuérdese que aquí está en juego el [artículo 15 de la CE](#) en relación con los artículos [40](#) y [43](#) de la CE, aunque no lo entendiera así la sentencia de referencia, ignorando, de nuevo, la doctrina constitucional de la [STC 60/2007](#). De otro, la aplicación del artículo 5 de la [Directiva 2000/78/CE](#) presupone que se identifique una «disposición, criterio o práctica neutros» que provoquen un trato desfavorable. Por tanto, se precisará justificar suficientemente la objetividad y neutralidad de los criterios –lo que no parece aceptar el juzgado–, de modo que, de no hacerse, se entendería que habría un potente indicio de discriminación que obligaría, otra vez al empleador, a reforzar su carga probatoria. De este modo, se volvería a desplazar el centro del debate al punto en el que lo quiere el juzgador, y en cierto modo el TJUE le ha deslizado hacia el de los ajustes razonables: ¿son realmente los criterios de selección objetivos, neutros, o por el contrario, encubren discriminación hacia una persona con discapacidad?

El verdadero problema es que la consulta al TJUE se hizo para aclarar esa cuestión. Pero el TJUE ha eludido la respuesta, creando un nuevo enigma y devolviendo la «patata caliente» a su lugar de origen, de modo que todo vuelva a empezar, en una incertidumbre resolutoria que no parece tener fin. Sin embargo, la necesidad de unas mínimas certezas jurídicas no solo es debida institucionalmente para la credibilidad del sistema, y su eficacia, sino urgente. La actualidad del tema conoce múltiples conflictos asociados a esta problemática, alentados ahora por la reacción crítica a la [STC 118/2019, de 16 de octubre](#) –muy discutible, sin ninguna duda, pero quizás hay un exceso de dramatización cuando la norma reformada lleva 7 años en vigor y 40 la originaria, sin que el despido por absentismo haya conmocionado el sistema–.

Así, es el caso de la instrumentación al servicio de la presión antisindical («[La multinacional Atento despidió a una sindicalista por sus ausencias con baja médica tras el fallo del Constitucional](#)»<sup>7</sup>), o de la presión en empresas como Ryanair («[Así amenaza Ryanair a sus trabajadores por sus bajas médicas: «Espero ver una mejora inmediata en su asistencia](#)»). En la compañía reconocen esta práctica, pero no la consideran ilegal, sino tan solo una forma de gestionar eficazmente el riesgo de absentismo laboral. No obstante, raya la violación del derecho –[art. 15 CE](#)–, según la [STS de 31 de enero de 2011 –rec. 1532/2010–](#) (nulidad del despido realizado en un contexto de presión al trabajador, por parte de la mutua, para que se reincorpore de inmediato al trabajo y abandone la situación de baja por enfermedad).

<sup>7</sup> La trabajadora despedida, presidenta del comité de empresa del centro de Atento en Lleida, habría faltado 18 días en 2 meses por bajas médicas justificadas. El gigante de *call centers* defiende el despido como un «procedimiento que se utiliza para combatir el alto absentismo laboral independiente de la condición del trabajador o trabajadora». Los sindicatos, en cambio, denuncian «persecución sindical» de la trabajadora, así como una nueva vía de abuso por medio del despido objetivo.

## 8. Reflexión final: dinamismo jurídico-evolutivo por imperativo del derecho de la UE sí, imprevisibilidad constante no

Los capítulos de esta serie de importantes «batallas por la última palabra» en el decir del derecho social puede alargarse, pero es hora de poner término a esta temporada. No supondrá el fin, puesto que para el año que viene ya se están «rodando» nuevos y muy determinantes capítulos de esta nueva dinámica de recreación-aplicación, multinivel (dialógica) y continuamente abierta (evolutiva) del derecho, en nuestro caso en materia laboral y de la seguridad social. No cabe duda que este redescubrimiento fervoroso de la cuestión prejudicial comunitaria en la experiencia nacional tiene indudables ventajas, por la capacidad de progreso que imprime al proceso, pero también tiene sus riesgos, por el debilitamiento que produce, si no se hace con rigor y prudencia, en la previsibilidad de la decisión jurídica.

¿Qué hay hoy más de lo uno –ventajas– o de lo otro –riesgos de inseguridad extrema–? No es fácil el balance. Cada cual tendrá el suyo, a la luz de los diversos análisis, por lo que la razón principal del estudio se cumple haciendo la adecuada selección y presentación, tanto en el plano expositivo como crítico. Ahora solo me resta constatar cómo lo realmente cierto es que no hay nada (jurídico) cierto, que el pasado (precedentes) no explica lo presente y mucho menos es capaz de prever el futuro. A medida que el mundo se hace más complejo y global aumenta la cantidad de «cisnes negros». El problema es que el sistema jurídico dice basarse justamente en lo contrario, la necesidad de previsibilidad y razonable certeza (art. 9.3 CE).

### Referencias bibliográficas

- Baylos Grau, A. (21 de noviembre de 2019). Sobre el llamado «activismo judicial» y la reunión en Lisboa de la Comisión social de juezas y jueces para la democracia [Entrada en un blog]. Recuperado de <<https://baylos.blogspot.com/2019/11/sobre-el-llamado-activismo-judicial-y.html>> (consultado el 27 de noviembre de 2019).
- Hart, H. L. A. (1980). El nuevo desafío del positivismo jurídico. *Sistema*, 36, 3-18.
- Rojo Torrecilla, E. (6 de julio de 2017). Fijación de una edad máxima para pilotar un

transporte aéreo comercial. No vulnera la normativa europea sobre prohibición de discriminación por razón de edad. Nota a la sentencia del TJUE de 5 de julio de 2017 (asunto C-190/16) [Entrada en un blog]. Recuperado de <<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/07/fijacion-de-una-edad-maxima-para.html>> (consultado el 27 de noviembre de 2019).

Rojo Torrecilla, E. (16 de noviembre de 2019a). La protección de la libertad de expresión del trabajador en las relaciones contractuales. Vulneración del art. 10 del



Convenio europeo de derechos fundamentales. Notas a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de noviembre de 2019 (n.º 11608/15) [Entrada en un blog]. Recuperado de <<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/11/la-proteccion-de-la-libertad-de.html>> (consultado el 27 de noviembre de 2019).

Rojó Torrecilla, E. (11 de septiembre de 2019b). No pero sí, sí pero no. A vueltas con el debate sobre el concepto, y existencia, de discapacidad (y nuevamente el juez

nacional solo ante el peligro, perdón, ante el caso). Notas a la sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2019 (asunto C-397/18) y al auto del JS núm. 3 de Barcelona de 30 de mayo de 2018 [Entrada en un blog]. Recuperado de <<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/09/no-pero-si-si-pero-no-vueltas-con-el.html>> (consultado el 27 de noviembre de 2019).

Sanguinetti Raymond, W. (2019). La edad: ¿cenicienta de las discriminaciones? *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 59, 10-15.



# La urgencia e inmediatez en la cobertura del puesto es irrelevante en caso de discriminación en el acceso al empleo público por maternidad

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Constitucional 108/2019](#), de 30 de septiembre

**María Teresa Alameda Castillo**

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

## 1. Marco regulador de referencia

El [artículo 8 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo](#), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH), establece como discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad y, en conexión con ello, el [artículo 5](#) recoge que el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, aplicable en el ámbito del empleo privado y en el del empleo público, se garantizará, en los términos previstos en la normativa aplicable, en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, en la formación profesional, en la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido. Estas referencias normativas suponen la traslación también al campo del acceso al empleo de la declaración general de prohibición de discriminación por razón de sexo del [artículo 14 de la Constitución española](#) (CE) (segundo inciso) del derecho a no ser discriminado directa o indirectamente para el empleo o, una vez empleado, por razones de sexo y de la nulidad de decisiones unilaterales del empresario que den lugar a discriminaciones directas o indirectas por esta causa ([art. 17 Estatuto de los Trabajadores](#)).

En conexión con ello, el [Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo](#), relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, establecerá la prohibición de discriminación por razón de sexo en el acceso a los medios de formación profesional, a la admisión en el empleo y en las condiciones de trabajo, y en la [Directiva 2006/54](#), relativa

**Cómo citar:** Alameda Castillo, M.<sup>a</sup> T. (2019). La urgencia e inmediatez en la cobertura del puesto es irrelevante en caso de discriminación en el acceso al empleo público por maternidad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 108/2019, de 30 de septiembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 441, 151-157.

a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, el principio de igualdad de trato incluye también la ausencia de toda discriminación directa/indirecta por razón de sexo en relación con las condiciones de acceso al empleo, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación.

## 2. Síntesis del supuesto de hecho

El 29 de junio de 2015, el Instituto Nacional de Estadística (INE) publicó las bases para la convocatoria de un proceso selectivo para la cobertura de una plaza de personal laboral de técnico superior de gestión y servicios comunes, sujeto al convenio colectivo único de la Administración general del Estado. El contrato sería de interinidad y la preselección se encomendó a los servicios públicos de empleo. La recurrente de amparo se presentó al proceso selectivo y quedó en primer lugar en la relación definitiva de aspirantes con una puntuación total de 90,89. La siguiente aspirante obtuvo una puntuación de 88,54.

El 4 de agosto de 2015, un día después de la publicación de aspirantes aprobados, la demandante de amparo presentó escrito comunicando al INE su imposibilidad de incorporarse al trabajo por haber dado a luz a una hija el 25 de julio de 2015, manifestando expresamente que no renunciaba a la plaza y solicitando la reserva de la misma hasta el momento en que se pudiera incorporar y sin que se procediera, por tanto, a la adjudicación de la plaza a la siguiente candidata. El 5 de agosto, el INE contesta a la actora que debía procederse «según el espíritu que recogen las bases de la convocatoria» a formalizar el contrato con la persona que encontrándose en la mejor posición pudiera realizar el trabajo de manera inmediata, siendo la inmediatez y urgencia en la prestación de servicio lo que motivó que la Dirección General de la Función Pública autorizara, de manera excepcional, el proceso selectivo referido. Así, el puesto fue adjudicado a la segunda de la lista, a la que, por otra parte, se le reconoció el derecho a reducción de jornada por guarda legal.

La actora presenta demanda el 21 de marzo de 2016 y el Juzgado de lo Social núm. 7 de Valencia dicta sentencia estimando parcialmente la demanda, declarando la violación del [artículo 14 de la CE](#), por vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo, con reconocimiento de la relación jurídica con efectos retroactivos al momento de la selección en fecha 3 de agosto de 2015. Con base en ello condenaba a la demandada al abono de 12.791 euros como retribuciones que le corresponderían y al abono de las cotizaciones de la Seguridad Social, junto con una indemnización por daños morales de 25.000 euros, cantidad menor que la solicitada en la demanda. El INE interpone recurso que es estimado por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de la Comunidad Valenciana dejando sin efecto la sentencia de instancia. Para el TSJ, el organismo probó que su actuación obedeció a unas determinadas razones que están alejadas de un ánimo atentatorio del derecho a la no discriminación por razón de sexo y la maternidad. La superación de un concurso-

oposición sin la firma de un contrato o la toma de posesión es un proceso incompleto y, antes de constituir el vínculo con la Administración, no está legalmente prevista una reserva de «primera posición alcanzada en la lista» ni el nombramiento de sustituto. En cuanto a los motivos (considerados por el tribunal de suplicación «muy respetables y dignísimos»), se alega la imposibilidad de incorporación al trabajo por haber dado a luz a una hija, y la Administración, para el TSJ, no violó derecho alguno vinculado a la maternidad, sino que la decisión de contratar a la siguiente en la lista fue tomada por la no incorporación de la demandante al trabajo. Para el tribunal, además, el INE no vulnera el derecho a la no discriminación por razón de sexo, porque formalizó un contrato con una mujer que es madre y que pidió la aludida reducción de jornada por guarda legal.

Tras ello se interpone recurso de casación para unificación de doctrina, que fue inadmitido por falta de contradicción, y, después, recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (TC) contra la sentencia del TSJ por vulneración del principio de no discriminación por razón de sexo del [artículo 14 de la CE](#). La demanda de amparo considera que la sentencia recurrida resulta contraria a la jurisprudencia constitucional y europea, al decidir que no hay vulneración del derecho fundamental alegado, porque fue decisión de la demandante no incorporarse al trabajo y no se inició por ella la relación laboral y porque concurrían razones de urgencia en el servicio y no motivación discriminatoria. El recurso se admite a trámite, al entender que el caso plantea un problema o afecta a una faceta del derecho fundamental sobre el que no hay doctrina del TC.

El Ministerio Fiscal interesa el otorgamiento de amparo alineándose en la posición de la recurrente. La empleadora no le dio la opción de incorporarse y pedir la baja por maternidad, ya que, desde la primera comunicación, el INE puso de manifiesto que no procedería a la contratación si la trabajadora no estaba en disposición de desempeñar inmediatamente el puesto de trabajo, haciéndole creer que no tenía derecho a acceder a la plaza porque su reciente maternidad le impedía legalmente trabajar. El organismo queda comprometido por la obligación genérica de promover la libertad e igualdad del [artículo 9.2 de la CE](#) y, además, las Administraciones públicas ([art. 51 LOIMH](#)) deben remover los obstáculos que impliquen la pervivencia de cualquier tipo de discriminación por razón de sexo, de suerte que el INE debía poner en conocimiento de la demandante sus derechos cuando podía ejercerlos y no lo hizo.

Se opone a ello el abogado del Estado.

### 3. Posición judicial

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha tenido oportunidad de pronunciarse, en varias ocasiones, sobre la discriminación directa en el acceso al empleo de mujeres embarazadas. En el [asunto Dekker \(Sentencia de 8 de noviembre de 1990, C-177/88\)](#)

consideraría discriminatoria la negativa a contratar a una mujer embarazada alegando falta de liquidez para asumir la ausencia y en el [asunto Mahlburg \(Sentencia de 3 de febrero de 2000, C-207/98\)](#) estimaría igualmente discriminatoria la negativa a contratar a una mujer embarazada con contrato indefinido alegando incompatibilidad entre las funciones del puesto y la gestación, pues el impedimento alegado vinculado a la maternidad es temporal. En esta misma línea, recientemente, la [Sentencia de 20 de junio de 2019, asunto Hakebracht \(C-404/18\)](#), vuelve a recordar el criterio general: el hecho de no contratar a una candidata por estar embarazada debe considerarse un trato menos favorable a una mujer relacionada con el embarazo que constituye una discriminación directa por razón de sexo (art. 2, apdo. 2, letra c), [Directiva 2006/54](#) y considerando 23).

A nivel interno, viene manteniéndose similar posición. El TC sostiene (y así lo pone de manifiesto en la [sentencia objeto del presente comentario](#)) que puede existir vulneración del [artículo 14 de la CE](#) con relación a decisiones empresariales en materia de contratación aun cuando no esté vigente la relación laboral (también, SSTC [66/2014, de 5 de mayo](#), y [214/2006, de 3 de julio](#)). Así, no cabe mantener que solo cuando esté en curso esta puede generarse una conducta discriminatoria, puesto que, de mantenerse esta postura, quedarían al margen de tutela algunas de las más notorias consecuencias de la discriminación como mal social a erradicar por mandato constitucional –las especiales dificultades de acceso al empleo de colectivos discriminados o, en el caso de la mujer, la continuidad de su propia carrera profesional por la maternidad (STC [173/1994, de 7 de junio](#))–. Además, la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen discriminación directa por razón de sexo (previamente, SSTC [182/2005, de 4 de julio](#), [162/2016, de 3 de octubre](#), y [2/2017, de 16 de enero](#)).

En el campo de las justificaciones, el TC recuerda que, a diferencia del principio de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la parificación y solo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación imponen como fin, y generalmente como medio, la parificación, de manera que solo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto de las exigencias materiales de proporcionalidad. Además, recoge el TC en la [sentencia que aquí se comenta](#) (asimismo, STC [91/2019, de 3 de julio](#)) la esencial afirmación de la intención pedagógica y evolutiva de la doctrina constitucional en materia de no discriminación por razón de sexo que exige hoy abundar en la protección, ampliar y desplegar su sentido profundo vinculado a la dignidad de la persona. Con base en lo expuesto, la prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo determina que se habrá producido la lesión directa del [artículo 14 de la CE](#) cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de la minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en estos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discrimi-

minatorio ([STC 162/2016, de 3 de octubre](#)). Así, se vienen descartando argumentos como la imposibilidad de poder desempeñar inmediatamente el trabajo por el permiso de maternidad ([STC 214/2006, de 3 de julio](#)) u otros más débiles como el coste económico de tener que instalar baños para mujeres ([STSJ de Canarias 1860/2008, de 22 de diciembre](#)). En línea con el primer argumento, en la [sentencia analizada](#), el TC descarta como justificación habilitante frente a la discriminación causada las razones del servicio y la urgencia de la cobertura de la plaza, pues las decisiones empresariales fundadas en motivos expresamente prohibidos como el sexo no pueden ser valoradas como un mero acto de libertad o de ejercicio de facultades habilitadas por el derecho. Lo mismo que el interés empresarial u organizativo latente en ese tipo de decisiones, sea del tipo que sea, no puede legitimarse a través de medidas contrarias al mandato constitucional de prohibición de discriminación de la mujer (previamente, [STC 182/2005, de 4 de julio](#)).

La aludida irrelevancia de las justificaciones en el enjuiciamiento de las conductas discriminatorias por razón de sexo se conecta también con la irrelevancia del término de comparación y con la indiferencia de la intencionalidad lesiva. En relación con lo segundo, el TC mantiene que el juicio de discriminación del [artículo 14 de la CE](#) no exige un contraste con nadie, con un tercero, sino solo la verificación de la concurrencia del factor prohibido y el perjuicio que a él haya quedado asociado (también, [SSTC 171/2012, de 4 de octubre](#), y [104/2014, de 23 de junio](#)). En línea con ello, alude el TC al test *but for* o test de sustitución, utilizado en ocasiones por el TJUE y por el Tribunal Supremo, que consiste en cambiar el sexo u otra circunstancia personal del sujeto para contrastar si las consecuencias jurídicas habrían sido las mismas. Y, en este contexto, aun siendo clara la obligatoriedad de la formalización del contrato que afecta a todo concursante en un proceso de selección independientemente de su sexo, también lo es que la maternidad fue lo determinante y solo en la recurrente se dio la diferencia en el resultado producido. El factor protegido serviría tanto en el contraste con varones como, asimismo, con la persona que fue contratada, mujer como la recurrente, pero que, en cambio, no se encontraba en una situación equivalente a la examinada, como lo demuestra el hecho de que a esta última nada le impidiera la prestación del servicio.

En relación con la intencionalidad lesiva, el TC viene manteniendo que es indiferente ante vulneraciones de derechos fundamentales, pues en ello subyace la idea de la esencialidad del derecho (contenido esencial) que queda menoscabado, al margen de intencionalidad. Así, la clave será que se rebase o desconozca el contenido esencial ante limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección ([STC 11/1981, de 8 de abril](#)). Trasladando este planteamiento a la discriminación por razón de sexo, bastará con que quede probado que el factor protegido estuvo en la base del perjuicio o minusvaloración laboral sufrida por la mujer trabajadora, esto es, la objetividad del perjuicio ([STC 2/2017, de 16 de enero](#)). Tal planteamiento se asume también en tribunales de suplicación en el contexto de discriminaciones indirectas por razón de sexo ([STSJ de Andalucía/Granada de 22 de febrero de 2012, rec. 2880/2011](#)).

Destaca, asimismo, la [sentencia comentada](#) el deber de la Administración de garantizar la no discriminación de la mujer con fórmulas tuitivas y flexibles, pues la propia LOIMH, en su [artículo 51](#), establece que corresponde a aquella remover los obstáculos que impliquen la pervivencia de cualquier tipo de discriminación con el fin de ofrecer condiciones de igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el acceso al empleo público y en el desarrollo de la carrera profesional y facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sin menoscabo de la promoción profesional. El TC apoya su argumentación en un caso similar resuelto por el TJUE en [Sentencia de 16 de febrero de 2006 \(asunto Instituto Madrileño de Salud, C-294/04\)](#), petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 30 de Madrid. En aquel supuesto, la demandante, una vez superadas las pruebas de acceso para un puesto de auxiliar administrativo del Instituto Nacional de Salud, fue nombrada funcionaria, pero no pudo tomar posesión en ese momento por encontrarse de baja por maternidad y solicitó su aplazamiento, pero con reconocimiento de efectos económicos y administrativos desde la fecha de nombramiento. Ante la negativa de la Administración, el órgano judicial plantea cuestión prejudicial y el TJUE declara que la directiva se opone a una normativa nacional que no reconozca a una trabajadora en permiso de maternidad los mismos derechos reconocidos a otros aspirantes aprobados en el mismo procedimiento de selección, en lo que se refiere a las condiciones de acceso a la función pública, aplazando su toma de posesión hasta el término del permiso de maternidad. Así, trasladando este planteamiento y argumentación al supuesto de base de este comentario, es claro que el órgano administrativo estaba obligado a ofrecer medidas, fórmulas flexibles, que impidieran que la maternidad fuera un obstáculo para el acceso al empleo público de la recurrente, neutralizando así la vulneración del principio de no discriminación del [artículo 14 de la CE](#) (asimismo, [STC 66/2014, de 5 de mayo](#), y [STJUE de 6 de marzo de 2014, asunto Napoli, C-595/12](#)). Ante la comunicación de la actora de su imposibilidad de incorporarse al trabajo por haber dado a luz a una hija y su no renuncia a la plaza solicitando la reserva de la misma hasta el momento en que se pudiera incorporar, la Administración debería haber ofrecido alguna alternativa razonable que permitiera, atendiendo a su maternidad, el acceso al empleo (derecho que obtuvo en el proceso de selección) y no la adjudicación del puesto de trabajo a la siguiente candidata que superó el proceso selectivo.

#### 4. Trascendencia de la doctrina establecida y posibilidad de consolidación *ad futurum*

Desde la óptica del juicio riguroso de la no discriminación por razón de sexo y la maternidad en el acceso al empleo, los argumentos del TC son los adecuados y podrían consolidarse *ad futurum* en supuestos similares en línea con la aludida [STJUE de 16 de febrero de 2006](#). Ahora bien, en esta sentencia del tribunal comunitario se trataba de una persona interina que accedía a la condición de funcionaria, por tanto, su relación de empleo con la Administración sería duradera en el tiempo. Sin embargo, en la sentencia comentada no se da esta circunstancia, sino que, por el contrario, se trata de contratación temporal y urgen-

te, pero la discriminación en el acceso al empleo por maternidad se produce igualmente y de ahí la importancia de la posición del tribunal. La solución habría de ser idéntica, establecimiento de mecanismo protector adecuado: contratación y reconocimiento sucesivo de derechos de maternidad (paso a la situación de baja por maternidad y sustitución por este tiempo por la segunda en la lista). En ambos casos, eso sí, no habría finalizado el proceso de acceso al empleo público: en el primer caso (comunitario), con la toma de posesión como funcionaria, y, en el segundo (interno), con la incorporación al puesto.

La Administración alude en el supuesto enjuiciado a la urgencia e inmediatez para cubrir el puesto, pero en ningún momento se refiere a que las funciones a desarrollar se agotaran en 14 semanas (2 ya pasadas, 10 días desde el nacimiento de la hija). Ahora bien, podríamos plantearnos qué ocurriría en tal caso, esto es, si el carácter totalizador de la protección no discriminatoria por maternidad y la aludida irrelevancia de las justificaciones alegadas podrían llevarnos a idéntica solución, incluso, cuando las funciones o tareas se agotaran en el periodo de maternidad. Es decir, si no cabría privar a la candidata que ha superado el proceso de selección de su contratación y posterior disfrute de sus derechos de maternidad. No se alude a ello en la sentencia, pero entendemos que la respuesta podría ser igualmente afirmativa. Esto es, la tutela restitutoria conduciría, igualmente, al reconocimiento de la relación jurídica con efectos retroactivos en línea con la sentencia de instancia confirmada por el TC.

Podríamos plantearnos también en este contexto de restitución ante la nulidad de un acto por vulneración de derechos fundamentales si, eventualmente, podría llegar aquella a la incorporación al puesto, de seguir existiendo este. Esto supondría una proyección hacia el futuro (prestación de servicios en la Administración a partir de ese momento) que se añadiría a la proyección hacia el pasado (reconocimiento retroactivo de la relación jurídica con abono de salarios, cotizaciones y daños morales). La respuesta también aquí ha de ser afirmativa, pues la tutela restitutoria se concretará en resultados diversos dependiendo del momento del proceso de acceso a un puesto de trabajo en que nos encontremos, y, en el caso analizado, este estaba prácticamente concluido a falta de la incorporación al puesto. Ninguna referencia en esta línea se contiene en la sentencia de instancia ni en el recurso y tampoco lo menciona el TC, pero la proyección de la doctrina constitucional en la legalidad ordinaria en esta dirección puede ser importante.

Por su parte, la tutela resarcitoria se concreta en el caso enjuiciado, como anticipamos, en el abono de salarios y cotizaciones e indemnización por daños morales, presente esta ante la vulneración de cualquier derecho fundamental, y ello al margen de las dificultades probatorias de estos.

# Nuevas manifestaciones de la protección del embarazo en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Comentario a la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de junio de 2019, asunto C-404/18, Hakelbracht](#)

**Patricia Nieto Rojas**

*Profesora ayudante doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad Carlos III de Madrid*

## 1. Voluntad legislativa en la materia

Desde casi su creación, el interés comunitario en orden a la garantía de la igualdad de hombres y mujeres en el mercado de trabajo tiene en la protección contra el despido discriminatorio su manifestación más palmaria –sobre los contornos definitorios de esta tutela, de obligada consulta, Fernández López, M. F. (2005). [Protección antidiscriminatoria y prevención de riesgos laborales: la protección de la mujer embarazada](#). *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 79, 11-69–.

La tutela de la mujer embarazada, y la protección contra su despido injustificado, fue una medida incorporada en la [Directiva 92/85/CEE](#) del Consejo, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, habiendo extendido su ámbito subjetivo en la [Directiva 96/34/CE](#), relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES. El reconocimiento del permiso parental en la [Directiva 2010/18/UE](#) (actual [Directiva 2019/1158](#)) introdujo, como no podía ser de otro modo, la protección contra la discriminación de los hombres que han solicitado o tomado un permiso parental.

**Cómo citar:** Nieto Rojas, P. (2019). Nuevas manifestaciones de la protección del embarazo en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de junio de 2019, asunto C-404/18, Hakelbracht. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 441, 158-165.



De otro lado, el artículo 33 de la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) (CDFUE) garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social, y así:

[...] con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño.

Que se explicita la protección contra el despido injustificado en una disposición distinta de la prevista en el artículo 30 de la [CDFUE](#), el cual señala que «todo trabajador tiene derecho a una protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales», pretende potenciar la protección de la mujer embarazada –Uskahoma, T. (2015). Los componentes subjetivo y objetivo en la protección de la trabajadora embarazada contra el despido en el derecho de la Unión Europea. En L. Mella Méndez (Coord.), *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica: estudios desde el derecho internacional y comparado* (pp. 453-477). Madrid: Delta Publicaciones Universitarias, p. 457-. O, dicho de otro modo, el artículo 33 contiene una aplicación más precisa de la protección por despido, toda vez que establece una causa específica que, necesariamente, deberá ser considerada injusta por el derecho de la Unión (y, consecuentemente, por los nacionales), que es toda aquella «relacionada con la maternidad».

Finalmente, los considerandos 23 y 32 de la [Directiva 2006/54](#) recuerdan que:

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el trato desfavorable a una mujer relacionado con el embarazo o la maternidad constituye discriminación directa por razón de sexo. Dicho trato debe por lo tanto figurar expresamente en la presente directiva.

Y que:

Dado el carácter fundamental del derecho a una tutela jurídica efectiva, conviene garantizar que los trabajadores continúen gozando de dicha protección incluso tras la extinción de la relación que haya dado lugar a la supuesta vulneración del principio de igualdad de trato. Un empleado que defienda o testifique a favor de una persona amparada por la directiva debe tener derecho a idéntica protección.

El problema es que las conductas discriminatorias se manifiestan, en la actualidad, de forma mucho más compleja –Muñoz Ruiz, A. B. (2011). La discriminación de segunda generación: la discriminación de los trabajadores con responsabilidades familiares. Comunicación al Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Sevilla, 21 a 23

de septiembre de 2011, p. 2–, pues, evidentemente, tanto en Bélgica, país desde donde se eleva la cuestión prejudicial que da origen a la [sentencia aquí comentada](#), como en España, se establece una tutela antidiscriminatoria fuerte en relación con la no contratación de una mujer por razón del embarazo y, sin embargo, no es tan claro el alcance de la protección si quien se ve perjudicada es una persona distinta. En el supuesto de hecho, se despide a otra mujer que conminó a la empresa a reconsiderar su postura de no contratar a una candidata por el hecho de estar embarazada.

Para contextualizar la importancia de este pronunciamiento, conviene recordar que en el ordenamiento belga hay una legislación especialmente tuitiva, y, así, el apartado noveno del artículo 22 de la Ley para la lucha contra la discriminación entre hombres y mujeres, de 10 de mayo de 2007, precepto que fundamenta la cuestión prejudicial, estipula que:

La protección mencionada en el presente artículo [tendente a evitar cualquier discriminación por razón de embarazo] será igualmente aplicable a las personas que actúen en calidad de testigos al poner en conocimiento de la persona ante la que se presenta la reclamación mencionada en el apartado 3, en el marco de la investigación de dicha reclamación, mediante un documento firmado y fechado, los hechos que ellas mismas han visto u oído y que están relacionados con la situación que constituye el objeto de la reclamación, o bien al comparecer como testigos en un procedimiento judicial.

El órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 24 de la [Directiva 2006/54](#) debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, en virtud de la cual, en una situación en la que una persona que se considera víctima de una discriminación por razón de sexo ha presentado una reclamación, un trabajador que le ha prestado apoyo en ese contexto únicamente está protegido contra las medidas de represalia adoptadas por el empresario si ha intervenido como testigo en el marco de la instrucción de esa reclamación, y siempre que su testimonio cumpla con los requisitos formales previstos por dicha normativa, o si, por el contrario, la categoría de trabajadores que pueden acogerse a la protección prevista en el mismo debe entenderse en sentido amplio e incluir a todos los trabajadores que puedan ser objeto de medidas de represalia tomadas por el empresario como reacción a una reclamación presentada por una discriminación basada en el sexo, sin que en el ordenamiento belga se delimite tal categoría.

## 2. Breve síntesis del supuesto de hecho

La señora Vandebon es despedida de su empresa y la trabajadora entiende que esta decisión trae causa en la comunicación que efectuó mediante correo electrónico de 7 de julio de 2015 advirtiendo a su empleadora que la ley belga prohibía que se rechazara la

contratación de una candidata por razón de embarazo. La empresa refrendó su posición y confirmó la negativa a contratar a la señora Hakelbracht por este motivo, siendo esta información remitida por la señora Vandebon a la señora Hakelbracht, esto es, que su candidatura no había sido seleccionada debido a su embarazo.

Atendiendo a las previsiones legales del ordenamiento belga, la señora Hakelbracht se puso en contacto con la posible empleadora para abordar su no contratación, indicándose que pretendía presentar una reclamación ante el Instituto de la Mujer de aquel Estado miembro. Unos meses más tarde, concretamente el 6 de abril de 2016, WTG Retail rescindió el contrato de trabajo de la señora Vandebon y esta presentó una reclamación ante el Instituto de la Mujer al entender que, aunque la empresa alegaba una ejecución incorrecta de las tareas confiadas (entre otras, el incumplimiento de las consignas de seguridad, el mantenimiento insuficiente de la tienda y la falta de orden), la decisión extintiva traía causa en la defensa que hizo de la candidata embarazada.

### 3. Claves de la posición judicial sobre el precepto de referencia

Nadie cuestiona que:

[...] el hecho de no seleccionar a una candidata por estar embarazada debe considerarse un trato menos favorable a una mujer relacionado con el embarazo, que constituye, de conformidad con el artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2006/54, una discriminación directa por razón de sexo, como subraya, además, el considerando 23 de esa directiva [...],

aunque el aspecto que más interés presenta en este procedimiento es que clarifica el alcance subjetivo de la protección establecida por el legislador de la Unión en el artículo 24 de la [Directiva 2006/54](#). La citada disposición obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para proteger a los trabajadores, incluidos sus representantes, contra el despido o cualquier otro trato desfavorable del empresario como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o a una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato.

A juicio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), la categoría de trabajadores que pueden acogerse a la protección prevista en el mismo debe entenderse en sentido amplio e incluye a todos los trabajadores que puedan ser objeto de medidas de represalia tomadas por el empresario como reacción a una reclamación presentada por una discriminación basada en el sexo, sin que por otra parte se delimite tal categoría. Y, evidentemente, la efectividad de la protección exigida por la [Directiva 2006/54](#) no quedaría garantizada si aquella no cubriera las medidas que un empresario podría tomar contra trabajadores que, de manera formal o informal, hubieran defendido a la persona protegida o hubieran decla-

rado como testigos en su favor. O, dicho de otro modo, los trabajadores, que estando en una posición ideal para apoyar a esa persona por tener conocimiento de casos de discriminación cometidos por el empresario, podrían verse desalentados a intervenir en defensa de dicha persona por temor a quedar desprovistos de protección si no cumplen determinadas exigencias formales, como las controvertidas en el litigio principal, lo que podría comprometer gravemente la realización del objetivo perseguido por la [Directiva 2006/54](#), reduciendo la probabilidad de que se detecten y resuelvan casos de discriminación por razón de sexo.

Atendiendo a esta argumentación, entiende el Alto Tribunal que, para gozar de la referida protección, no necesariamente tiene que haberse producido un acto oficial ni la utilización de ningún canal concreto para denunciar la discriminación, sino que cualquier acto de apoyo o censura contra la conducta discriminatoria de la empresa activa la protección, pudiendo entender que no solo se aplicará a discriminaciones por razón de sexo, sino a cualquier denuncia por vulneración de derechos fundamentales en el trabajo. Refuerza esta interpretación el considerando 32 de la [Directiva 2006/54](#), que ya incorporaba este alcance omnicompreensivo al entender que:

Dado el carácter fundamental del derecho a una tutela jurídica efectiva, conviene garantizar que los trabajadores continúen gozando de dicha protección incluso tras la extinción de la relación que haya dado lugar a la supuesta vulneración del principio de igualdad de trato. Un empleado que defienda o testifique a favor de una persona amparada por la presente directiva debe tener derecho a idéntica protección.

Como hemos referido:

[...] el derecho nacional belga establecía la necesidad de que la reclamación que activase la protección tuviese unas características concretas cuando hiciera referencia a terceros distintos de la persona discriminada: que la denuncia o reclamación presentada, formulada en el marco de una investigación, se realizase mediante un documento firmado y fechado (apartados 3 y 9 del artículo 22 de la Ley belga para la lucha contra la discriminación entre hombres y mujeres, de 10 de mayo de 2007). Dicha exigencia encontraría su razón en la posibilidad de establecer un régimen sencillo en materia probatoria.

La exigencia de este tipo de formalidades puede suponer vaciar de contenido el ámbito de protección de la directiva; de admitirse esta regulación, se primarían los criterios formales respecto al papel real que hayan podido desempeñar los trabajadores en favor de la persona protegida y que hayan podido conducir al empleador a adoptar represalias en su contra. En consecuencia, procede interpretar el artículo 24 de la [Directiva 2006/54](#) en el sentido de que los trabajadores contemplados en ese artículo, distintos de la persona que ha sido discriminada por razón de sexo, deben estar protegidos en la medida en que el empresario pueda causarles un perjuicio por el apoyo prestado, de manera formal o informal, a la persona que ha sido discriminada.

Este pronunciamiento se inserta en una línea de acción estratégica de la Unión Europea que insta a la existencia de un estatuto protector de quienes denuncian hechos contrarios al derecho comunitario (en relación con la nueva directiva para la protección de los denunciantes, pueden consultarse las reflexiones que efectué al respecto en <<https://forodelabos.blogspot.com/2019/10/whistleblowers-aspectos-laborales-de-la.html>>), máxime cuando las personas que trabajan en una organización o están en contacto con ella por razones laborales son a menudo las primeras en tener conocimiento de tales hechos y, por tanto, se encuentran en una posición privilegiada para informar a quienes pueden abordar el problema.

Resultaría difícil cohonestar la voluntad de luchar contra la corrupción y demás prácticas ilegales con la inexistencia de mecanismos suficientes que otorgasen protección a los trabajadores que se atrevan a denunciar tales irregularidades. En el presente supuesto, se da la circunstancia de que la trabajadora represaliada ostentaba una «posición ideal para (...) tener conocimiento de casos de discriminación cometidos por el empresario» (apartado 34), lo que refuerza la conveniencia de otorgarle una protección efectiva al objeto de alcanzar el propósito perseguido de acabar con la discriminación.

A este respecto, señala certeramente el TJUE que la efectividad de la protección exigida por la [Directiva 2006/54](#) no quedaría garantizada si aquella no cubriera las medidas que un empresario podría tomar contra trabajadores que, de manera formal o informal, hubieran defendido a la persona protegida o hubieran declarado a su favor. En efecto, esos trabajadores, que están en una posición ideal para apoyar a esa persona y para tener conocimiento de casos de discriminación cometidos por el empresario, podrían verse desalentados a intervenir en defensa de dicha persona por temor a quedar desprovistos de protección si no cumplen determinadas exigencias formales, como las controvertidas en el litigio principal, lo que podría comprometer gravemente la realización del objetivo perseguido por la [Directiva 2006/54](#), reduciendo la probabilidad de que se detecten y resuelvan casos de discriminación por razón de sexo.

#### 4. Trascendencia de la doctrina asentada y posibilidad de consolidación *ad futurum*

Señala la más autorizada doctrina –Sánchez Trigueros, C. y Folgoso Olmo, A. (2019). [Protección frente a represalias a quien se opone a una discriminación en el seno de la propia empresa](#). *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 5– que el temor a represalias, bien en la promoción económica, bien en la trayectoria profesional, «podría desalentar a los trabajadores ante la existencia de un trato discriminatorio, corriéndose así el riesgo de menoscabar el efecto protector al que aspira la directiva, así como de dificultar la detección y resolución de supuestos discriminatorios». Para evitar que esto ocurra, el TJUE en la [sentencia comentada](#) considera que deben recibir protección todas las actuaciones, ya sean escritas o

hubieran consistido en una declaración testifical, con independencia, en todo caso, de su carácter formal o informal.

Este pronunciamiento lleva a cabo una interpretación «amplia» de la directiva (lo que reconoce explícitamente en su apdo. 30), si bien lo hace de forma absolutamente motivada, en aras de evitar cualquier menoscabo del objetivo de esta. La garantía de indemnidad que subyace en el pronunciamiento comentado supone un notable avance respecto a la [Sentencia del TJUE Coleman](#), pues en ella, aunque admitió la discriminación por asociación, habida cuenta de que la preterición profesional se produjo en la esfera laboral de la demandante, madre de un hijo con discapacidad, implícitamente vinculaba la extensión al parentesco existente. Sin embargo, en el [caso Hakelbracht](#) se demuestra que este extremo no es necesario y que bastará con demostrar que existe un vínculo de la suficiente entidad entre los sujetos como para que se produzca la traslación de los efectos discriminatorios a aquel.

El sexo no puede determinar diferencias de trato ni en el momento de la contratación –de obligada consulta, Alameda Castillo, M.<sup>a</sup> T. (2013). *Estudios previos al contrato de trabajo y discriminación*. Pamplona: Aranzadi– ni en el desarrollo de la relación laboral, de modo que incumbe al empresario la obligación de adoptar decisiones organizativas no discriminatorias entre trabajadores, adoptando para ello no solo un comportamiento que evite discriminaciones, directas o indirectas, sino también implicándose a través de la toma de decisiones organizativas razonables y proporcionadas que tiendan a suprimir la desigualdad de oportunidades que, de hecho, existe en el mercado de trabajo –Alonso Bravo, M. (2012). La tutela del derecho de los trabajadores a no ser discriminados por razón de sus circunstancias familiares. Un mecanismo coherente para fomentar la corresponsabilidad entre hombres y mujeres en la asunción de responsabilidades. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 28, p. 160–. Y, a este respecto, como ocurre en el supuesto de hecho, siempre que se pueda acreditar que existen indicios de discriminación, el empresario tendrá que probar la objetividad de los criterios de selección utilizados, así como acreditar la razonabilidad y proporcionalidad de las pruebas selectivas, habiéndose admitido que tales indicios se deriven de pruebas estadísticas en supuestos de discriminación directa.

Ahora bien, se ha de tener en cuenta que la tutela antidiscriminatoria repara los efectos de discriminaciones pasadas, pero no asegura la remoción definitiva de cara al futuro, ni repara los efectos de conductas discriminatorias omisivas. Por ello, es tan importante que el TJUE, primero en la [Sentencia Coleman](#) y ahora en la [sentencia comentada](#), extienda la protección a personas que se ven perjudicadas profesionalmente por proteger a sujetos especialmente expuestos a conductas discriminatorias: en el primer caso, debido a la discapacidad; en el segundo, por el estado de gestación de la candidata.

En nuestro ordenamiento, esta garantía se vería claramente reforzada si en la nueva legislatura se aprobase la [Proposición de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación](#), iniciativa decaída a la espera de la conformación de un nuevo Parlamento, pues

en aquella propuesta se establecía de manera detallada el alcance del derecho a no sufrir ningún perjuicio por la denuncia de cualquier supuesto discriminatorio, estimando, con un evidente ánimo omnicomprensivo, que se entendería por represalia:

[...] cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda sufrir una persona o grupo en que se integra por intervenir, participar o colaborar en un procedimiento administrativo o proceso judicial destinado a impedir o hacer cesar una situación discriminatoria, o por haber presentado una queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso de cualquier tipo con el mismo objeto.

Hasta dicho momento, la solución que proporciona el [pronunciamento comentado](#) es esencialmente relevante, toda vez que considera que la solución del ordenamiento belga (país de origen del asunto) es excesivamente restrictiva, e impide que se cumpla efectivamente la finalidad de la directiva. En definitiva, la garantía de indemnidad debe extenderse, en todo caso, a quienes sufren represalia por intentar, formal o informalmente, proteger a la persona que sufre de modo directo la discriminación. Estamos, en suma, ante una resolución de enorme trascendencia, en la medida en que lleva a cabo una interpretación considerablemente extensiva sobre el alcance de la garantía de indemnidad en casos de discriminación entre mujeres y hombres; y que quizá pueda hacer perder el miedo a represalias para el resto de las personas presentes en la empresa, con lo que ello supone en orden a facilitar los medios de prueba y de defensa para quienes directamente sufren la conducta vulneradora del derecho –Martínez Moreno, C. (2019). *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas*. Albacete: Bomarzo, p. 32–.

# Despido de trabajadora por la actividad sindical de su pareja. Discriminación «por asociación»

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 882/2019, de 29 de agosto](#)

**Glòria Poyatos i Matas**

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

Solo se ve lo que se mira y solo se mira lo que se  
está preparado para ver.

A. Bertillon

## 1. Relato fáctico y hechos relevantes

El juzgado de lo social estimó parcialmente la demanda planteada declarando la nulidad del despido de la demandante condenándose a la empresa a los efectos jurídicos inherentes a tal declaración, así como a abonar a la trabajadora una indemnización de 6.251 euros por vulneración del derecho fundamental a no sufrir discriminación.

La empresa formalizó recurso de suplicación, que fue desestimado por la sala, que confirma la sentencia de la instancia con base en la fundamentación jurídica que se expone más adelante.

La recurrente se amparó en dos motivos, siendo el primero de ellos desestimado por defectos formales insubsanables. El segundo motivo, amparado en infracción jurídica, denunciaba la aplicación incorrecta del [artículo 96 de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#) (LRJS) y la prueba indiciaria en materia de derechos fundamentales, al entender que no fueron probados indicios de discriminación para que pudiera operar la inversión de la carga de la prueba.

**Cómo citar:** Poyatos i Matas, G. (2019). Despido de trabajadora por la actividad sindical de su pareja. Discriminación «por asociación». Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 882/2019, de 29 de agosto. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 441, 166-172.



La impugnante se opuso por razones de forma y fondo.

Estos son los hechos relevantes contenidos en el relato fáctico:

- La trabajadora presta servicios para la empresa demandada, del sector de hostelería, con la categoría de ayudante de camarera y una antigüedad de 1 de junio de 2016. En fecha 30 de enero de 2017, su contrato temporal fue transformado en contrato indefinido a jornada ordinaria.
- La pareja sentimental de la actora y con quien convive, al menos desde el 10 de mayo de 2013, es también trabajador de la misma empresa y resultó elegido representante social por la lista del sindicato CC. OO., en las elecciones de 25 de octubre de 2017. En su condición de secretario del comité de empresa, formuló denuncia frente a la empresa ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) el 3 de enero de 2018, en la que se recogía que, habiendo solicitado oficina equipada para realizar las funciones de representación social y también reunión con el comité de seguridad y salud laboral, no habían recibido respuesta alguna. La ITSS emitió informe de 2 de abril de 2018 en el que se requería a la empresa. Además, también consta que la pareja de la actora y la demandada alcanzaron un acuerdo judicial en fecha 31 de mayo de 2018 (autos 483/2018), mediante el cual la empresa se comprometía a reintegrarle «su turno habitual de trabajo de 18:00 a 2:00 horas, en su puesto habitual, con los descansos rotativos».
- En fecha 30 de abril de 2018 y efectos de este mismo día, la trabajadora es notificada de su despido disciplinario «debido a una disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo normal, no cumpliendo los requisitos exigidos para el mismo, siendo esta causa merecedora de despido».
- En fecha 3 de mayo de 2018, la demandada efectuó dos transferencias bancarias a favor de la actora; una, por importe de 1.287,12 euros en concepto de «nómina abril-18», y otra, por importe de 3.258,99 euros en concepto de «indemnización despido».

## 2. Marco normativo y jurisprudencial sobre la prueba indiciaria

En la fundamentación jurídica de la sentencia comentada, la sala recuerda que la finalidad de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que este resulta lesivo del derecho fundamental (Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 38/1981, de 23 de noviembre); finalidad en torno a la cual se articula el doble elemento de la prueba indiciaria. El primero, la necesidad por parte de la persona trabajadora de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (STC 38/1986, de 21 de marzo, FJ 2.º), principio de prue-

ba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquel; un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquella se haya producido (SSTC 114/1989, de 22 de junio, FJ 5.º, y 85/1995, de 6 de junio, FJ 4.º). Solo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, puede hacerse recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquellas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales. Se trata, en definitiva, de que la empresa acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquella ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, FJ 3.º, y 136/1996, de 23 de julio, FJ 6.º).

Sobre este último extremo han de traerse a colación las palabras del TC, que ha afirmado que:

[...] tendrán aptitud probatoria tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquellos que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental [...] (Auto del TC 89/2000, de 21 de marzo; SSTC 17/2003, de 30 de enero, y 151/2004, de 20 de septiembre).

### 3. Claves del razonamiento jurídico: discriminación por asociación («doctrina Coleman»)

Entre los hechos probados más destacables a efectos de prueba indiciaria pueden distinguirse:

- La actora presta servicios en la empresa desde el 1 de junio de 2016 y no constan sanciones previas. En enero de 2017, la empresa transformó en indefinido el contrato temporal de la trabajadora.
- En fecha 30 de abril de 2018 es despedida disciplinariamente siendo reconocido improcedente por la empresa en el acto del juicio (HP 2.º y FJ 1.º).
- La pareja sentimental de la actora desde 2013 es también trabajador de la empresa, pero desde octubre de 2018 es representante social, habiéndose planteado denuncia ante la ITSS frente a la empresa (enero de 2018) que dio lugar a requerimiento de la empleadora por la Inspección (abril de 2018). También ha demandado a la empresa judicialmente.

Aplicando la doctrina expuesta, la sala llega a la conclusión de que los hechos relatados evidencian claramente un escenario indiciario de vulneración de los derechos fundamentales de la trabajadora, cuya discriminación viene anudada a la actividad sindical llevada a cabo por su pareja, al actuar frente a la demandada mediante la utilización de denuncias ante la ITSS, así como mediante la interposición de una acción judicial, que, a la fecha de efectos del despido de la actora (abril de 2018), todavía no se había conciliado, lo que se engarza también con la garantía de indemnidad que por asociación o vinculación se extendió a la trabajadora.

La discriminación por asociación es una nueva modalidad de discriminación acuñada desde la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y un ejemplo desde la práctica judicial de integración de la perspectiva de derechos fundamentales en la interpretación de la normativa para evitar dejar fuera del concepto de discriminación situaciones que de forma sutil y soterrada tienen también ese carácter, evitando que una interpretación excesivamente mecánica o formalista dificulte su calificación como discriminatoria.

La [STJUE de 17 de julio de 2008, C-303/06, caso Coleman](#), resolvió una cuestión prejudicial planteada por órgano judicial de Reino Unido (Employment Tribunal, London South), cuyo objeto era la interpretación 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<sup>1</sup>. La señora Coleman, secretaria empleada de un despacho de abogados, vio extinguido su contrato de trabajo por causas objetivas («exceso de plantilla»), y frente a tal decisión planteó demanda en la que calificaba la decisión de discriminatoria, por causa de tener a su cargo un hijo discapacitado que requería sus cuidados. El órgano judicial formuló al tribunal europeo cuatro preguntas concretas relativas a la aplicación de la prohibición de discriminación por motivo de discapacidad a personas no discapacitadas, pero que reciben un trato menos favorable o sufren acoso por su vinculación a una persona discapacitada<sup>2</sup> y si podía calificarse de discriminación directa el acoso producido a la demandante por tal motivo.

---

<sup>1</sup> Según el artículo 1 de la [Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre](#) (DOUE de 2 de diciembre), este es el objeto de la misma:

La presente directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato.

<sup>2</sup> Las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano judicial de Reino Unido fueron las siguientes:

1.º En el contexto de la prohibición de discriminación por motivo de discapacidad, ¿protege la Directiva [2000/78/CE] solo a las propias personas discapacitadas frente a la discriminación directa y el acoso?

En un análisis de la citada directiva<sup>3</sup>, el tribunal entiende que deben interpretarse en el sentido de que la prohibición de discriminación directa que establecen no se circunscriba exclusivamente a aquellas personas discapacitadas, de modo que debe incluirse también a toda persona que acredite que recibe trato desfavorable por la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien la persona trabajadora prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, y califica tal trato como contrario a la prohibición de discriminación directa enunciada en el artículo 2.2 a) de la directiva<sup>4</sup>. Por tanto, cuando una empresa trate a una persona trabajadora que no sea discapacitada de manera menos favorable a como trataría a otra persona en una situación análoga<sup>5</sup> y se acredite que el trato desfavorable del que es víctima está motivado por la discapacidad que padece un familiar o persona cercana, tal trato es también discriminatorio.

La importancia de la «doctrina Coleman» es trascendental, porque puede ser extensiva a otras causas de discriminación, por ejemplo, por razón de sexo/género, que por asociación podría ser extensiva a los hombres en determinadas circunstancias en las que reciben un trato desfavorable por asumir roles asociados a la feminidad o cuando se ven perjudicados indirectamente por motivo de discriminaciones de género.

Como ejemplo, puede referirse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Canarias/Las Palmas de 2 de mayo de 2017 (rec. 1237/2016), en la que también se invoca la «doctrina Coleman». Se trataba del acceso a prestaciones familiares de la hija de una pensionista de jubilación del sistema SOVI (seguro obligatorio de vejez e invalidez) fallecida, porque no cumplía el requisito de ser pensionista del actual sistema de la Seguridad Social. La sala analiza el impacto desproporcionado de género que tiene el SOVI, pues sus perceptoras son mayoritariamente mujeres, y llega a la conclusión de que su exclusión,

2.º En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿protege la Directiva [2000/78] a los trabajadores que, aun sin estar ellos mismos discapacitados, reciben un trato menos favorable o sufren acoso por su vinculación a una persona discapacitada?

3.º Cuando un empresario trata a un trabajador de forma menos favorable en comparación con la forma en la que trata o trataría a otros trabajadores y consta que el motivo del trato del referido trabajador es el hecho de que tiene un hijo discapacitado a su cuidado, ¿constituye dicho trato una discriminación directa que vulnera el principio de igualdad de trato establecido por la Directiva [2000/78]?

4.º Cuando un empresario acosa a un trabajador y consta que el motivo del trato de dicho trabajador es el hecho de que tiene un hijo discapacitado a su cuidado, ¿vulnera ese acoso el principio de igualdad de trato establecido por la Directiva [2000/78]?

<sup>3</sup> Artículos 1 y 2, apartados 1 y 2, letra a).

<sup>4</sup> El artículo 2.2 a) de la Directiva 2000/78/CE dispone: «Existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1».

<sup>5</sup> El TJUE aceptó como referencia comparativa a los compañeros/as de puestos similares y con hijos/as a cargo y observó que se les concedían condiciones de flexibilidad cuando lo solicitaban.

entre los requisitos exigidos para que otros familiares puedan acceder a la prestación reclamada, era una discriminación indirecta. No obstante, la entidad gestora alegó que no cabía aplicar discriminación indirecta a la hija de la pensionista, porque ella (la hija) no era pensionista SOVI. Es aquí donde la sala hace suya esta doctrina y extiende *per relationem* la misma protección a la hija.

También la [STSJ de Galicia de fecha 13 de abril de 2018 \(rec. 421/2018\)](#), extendiendo el acoso sexual padecido por trabajadora a su pareja (hombre), que sufrió también discriminación por el mero hecho de ser el esposo de la citada trabajadora, que extinguió su relación laboral precisamente por incumplimientos graves de la empresa (acoso sexual). En esta sentencia se dice:

Y es que si a la esposa del recurrente –en cuanto el acoso sexual es una discriminación por razón de sexo y en cuanto no se adoptaron por los mandos inmediatos competentes las medidas oportunas de prevención del acoso sexual– se la ha discriminado por razón de su sexo, la situación laboral del trabajador recurrente –si efectivamente concurren las exigencias establecidas para apreciar la existencia de un acoso discriminatorio– sería igualmente catalogable como un acoso discriminatorio *per relationem*, o por asociación, pues es acoso «la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona (la esposa del recurrente) con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona (el recurrente) y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante u ofensivo» –artículo 2.1 c) de la Directiva 2006/54, debiéndose subrayar, por lo que de interés tiene en el caso de autos, que la norma comunitaria alude a «la dignidad de la persona», no a «su dignidad» en referencia a quien sufre el acoso como hace el artículo 7.2 de la LOIEMH, dejando así claro que cabe el acoso sexista por asociación que se ajusta además a la doctrina de la STJUE de 17 de febrero de 2008, caso Coleman, C-303/06– (FJ 4.º).

Por último, también la [STS de 20 de enero de 2016 \(rec. 3106/2014\)](#) refiere al caso Coleman. Se resolvía sobre el derecho a la pensión de viudedad de una mujer víctima de violencia de género que carecía de sentencias condenatorias del causante. No obstante, el tribunal llega a la conclusión, por la prueba indiciaria, de la existencia de violencia de género, y lo hace, entre otros indicios, a través de la violencia ejercida respecto al hijo común, porque, tal y como expresamente se contiene en la fundamentación jurídica:

[...] cabe la discriminación a través de persona interpuesta (STJUE de 17 de julio de 2008, C-303/06, Coleman; perjuicio a la madre trabajadora de un discapacitado) [por lo que] no es descartable que se ejerza la violencia sobre la pareja dañando al hijo común, máxime si ha manifestado hechos que perjudican al agresor [...] (FJ 4.º 3).

Entiende, por tanto, la sala canaria en la [sentencia comentada](#) que se produjo una traslación represaliadora a la pareja sentimental de quien era realmente una persona molesta

para la empresa (por su actividad sindical). Lo anterior queda claro a todas luces por los siguientes hechos:

- La cercanía temporal entre el despido de la actora y la actividad sindical y judicial frente a la empresa por parte de su pareja.
- La ausencia de sanciones previas a la trabajadora, máxime cuando la causa imputada para despedirla es una disminución «continuada y voluntaria» de su trabajo.
- Y el propio reconocimiento expreso de improcedencia realizado por la empresa en el acto del juicio.

Por ello se concluye que se está ante un contexto indiciario de discriminación de la trabajadora, que pudo desvirtuarse por parte de la empresa de haber llevado a cabo una actividad probatoria para razonar mínimamente la existencia de causas para proceder al despido disciplinario de la actora. Pero, al no hacerlo y reconocer, además, que el despido era improcedente, reforzó los indicios de discriminación, que llevaron al tribunal a desestimar el recurso planteado por la empresa, ante su inactividad probatoria y en correcta aplicación del [artículo 96 de la LRJS](#).

## 4. Conclusiones

El supuesto analizado nos acerca a nuevas formas de discriminación que tienen difícil encaje bajo las modalidades clásicas de discriminación directa e indirecta. Estamos ante nuevas prácticas discriminatorias que trascienden de los grupos protegidos constitucionalmente, para afectar a familiares u otras personas cercanas. Es por ello que también la jurisprudencia de la Unión Europea ha evolucionado para adaptarse a estas nuevas formas discriminatorias a través de la [STJUE de 17 de julio de 2008 \(asunto Coleman\)](#), que abrió el camino calificando de discriminación directa el trato desfavorable (acoso) recibido por la madre trabajadora por causa de los cuidados requeridos por su hijo discapacitado.

En el presente caso, la sala concluye, aplicando la doctrina europea, que el despido efectuado a la pareja sentimental de un representante social muy activo sindicalmente debe calificarse de nulo por discriminatorio, sustancialmente por la proximidad temporal entre la actividad sindical del representante y la decisión extintiva, también por la ausencia de sanciones previas de la trabajadora y por el reconocimiento de improcedencia del despido por parte de la empresa acompañado de la ausencia probatoria para desvirtuar los indicios discriminatorios.

Se evidencia, por tanto, cómo el tribunal canario aplica criterios flexibles y extensivos más allá de las personas aparentemente susceptibles de discriminación, que también merecen protección reforzada y reparación, evitando así el uso de nuevas estrategias discriminatorias, lo que supone un avance en derechos humanos.

# 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

**Miguel Ángel Gómez Salado**

*Investigador posdoctoral contratado.*

*Acreditado como profesor contratado doctor por la ANECA.*

*Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

*Universidad de Málaga*

## 1. Marco regulador: la escueta e imperfecta redacción del artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores

El [artículo 52 d\) del Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#), precepto legal cuya constitucionalidad se cuestiona en la [sentencia objeto de este comentario](#), faculta al empresario a extinguir el contrato:

Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.

Determinadas faltas de asistencia, sin embargo, quedan expresamente excluidas del cómputo del absentismo, ya sea porque son resultado del ejercicio por parte del trabajador de derechos reconocidos en la ley (huelga legal, ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, licencias y vacaciones), o bien porque se derivan de situaciones que gozan de una especial protección (accidentes de trabajo, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, o enfermedades causadas por el embarazo, parto o

**Cómo citar:** Gómez Salado, M. Á. (2019). 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.

lactancia). Las ausencias que tienen su origen en la enfermedad o en el accidente no laboral tan solo computan a los efectos del absentismo si tienen una duración inferior a 20 días consecutivos o cuando, siendo superiores al plazo indicado, no hubiesen sido acordadas por los servicios sanitarios oficiales; de ello se desprende que esta disposición legal pretende combatir especialmente las faltas de asistencia por enfermedad que son de corta duración o que se amparan en una decisión adoptada sin control sanitario oficial –Gómez Salado, M. Á. (2019). *El absentismo laboral como causa del despido objetivo: puntos críticos en la redacción del artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores*. Granada: Comares, p. 85–.

Asimismo, tampoco serán computadas a los efectos del absentismo las ausencias 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), ni las que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave. Rasgos peculiares, por la incidencia del principio de no discriminación, puede presentar la enfermedad susceptible de equiparación con la discapacidad (Gómez Salado, *op. cit.*).

Son muchas y muy diversas las cuestiones interpretativas suscitadas por la escueta –y, en nuestra opinión, imperfecta– redacción del [artículo 52 d\) del ET](#), relacionadas casi todas ellas con los requisitos de aplicación de la norma y con el elenco de ausencias que no computan a los efectos de integrar esta causa de despido. No obstante, a lo largo de las siguientes páginas procuraremos abordar únicamente la posible inconstitucionalidad del referido precepto legal que regula el despido objetivo por causa de absentismo laboral, al hilo de la reciente y controvertida doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional –[STC– 118/2019, de 16 de octubre](#)).

## 2. Síntesis del supuesto de hecho y antecedentes

El supuesto concreto que da origen al [pronunciamiento del TC de 16 de octubre de 2019](#) parte de los siguientes hechos.

Una trabajadora fue despedida por causas objetivas en virtud de lo establecido en el [artículo 52 d\) del ET](#). Tal y como se señalaba en la carta de despido, las faltas de asistencia computadas para proceder a la extinción de su contrato por causas objetivas fueron las siguientes:

- 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).



Con base en lo 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 implica que sus faltas de asistencia alcanzan el 22,5 % de las jornadas hábiles del periodo. Superan, por tanto, el 20 % que establece el propio [artículo 52 d\) del ET](#) para proceder al despido objetivo. Asimismo, se indica en la carta que sus faltas de asistencia en los 12 meses anteriores alcanzan el 5 % de las jornadas hábiles. En particular, las ausencias que han tenido lugar en los últimos 12 meses ascienden al 7,84 % y han sido las siguientes:

- 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).

No conforme con el despido, la empleada interpuso una demanda, solicitando que se declarase la nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales. Entre otras cosas, sostenía que el [artículo 52 d\) del ET](#) vulnera ciertos derechos de la vigente Constitución española (CE), puesto que conlleva una evidente amenaza o coacción hacia el trabajador que se encuentra enfermo, al disuadirle de permanecer en una situación de incapacidad temporal por miedo a ser despedido. Por todo ello, llegó a solicitar el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

De modo congruente con la pretensión de la trabajadora, el Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona, mediante Auto de 8 de abril de 2019, plantea una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el [artículo 52 d\) del ET](#), por la posible vulneración de algunos preceptos constitucionales.

En dicho auto, el órgano judicial dispone que el precepto estatutario que se cuestiona satisface claramente los juicios de aplicabilidad y relevancia. Sostiene que en el presente caso se han considerado probadas las faltas de asistencia en las que la empresa demandada sustenta su decisión de extinguir el contrato. En virtud de ello, en el caso de descartarse la vulneración de los derechos fundamentales invocados, y teniendo en cuenta que se consideran acreditadas las inasistencias y correctos los periodos considerados y los cálculos de porcentajes expresados en la carta de despido, la validez del precepto cuestionado obligaría a desestimar la demanda y declarar la procedencia del despido. En caso contrario, si la

redacción del precepto se declarase inconstitucional, se procedería a estimar la demanda y a calificar el despido como nulo.

El juzgado fundamenta la duda de constitucionalidad, razonando que el [artículo 52 d\) del ET](#) permite al empresario la extinción del contrato por faltas de asistencia cuya causa no depende de la voluntad de la trabajadora –faltas de asistencia por enfermedad que no puede ni debe evitar, ya que lo contrario podría poner en riesgo su salud–. En este sentido, recuerda que el propio artículo 6.1 del [Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo \(OIT\)](#) (sobre la terminación de la relación de trabajo) determina que la ausencia del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no debe constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo.

Según lo estipulado en el precepto legal analizado, las faltas de asistencia que pueden dar lugar al despido objetivo por absentismo laboral son, fundamentalmente, las que tienen su origen en la enfermedad o en la 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. El precepto excluye de manera expresa aquellas que derivan de accidente de trabajo, enfermedades especialmente graves y enfermedades de una duración de más de 20 días consecutivos, atendiendo sin duda a que en estos casos se podría comprometer el derecho a la protección de la salud de las personas trabajadoras.

Debe tenerse en cuenta que el juzgado no cuestiona el [artículo 52 d\) del ET](#) por la eventual contradicción de la prohibición de discriminación por discapacidad ([art. 14 CE](#)), atendiendo a la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su [Sentencia de 18 de enero de 2018 \(caso Ruiz Conejero\)](#). Lo que plantea es precisamente la posible contradicción de la referida disposición 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 jurídica del despido objetivo por absentismo laboral podría condicionar el comportamiento de los empleados que, ante el temor de perder su empleo, pudieran desviar la atención de su salud e integridad física o emocional, acudiendo a trabajar y asumiendo así un sacrificio en absoluto exigible, que incluso puede complicar la evolución de su enfermedad.

También entiende que el interés de combatir el absentismo laboral al que obedece el [artículo 52 d\) del ET](#), pese a tener un fundamento constitucional –el derecho a la libertad de empresa y, mediatamente, el derecho a la propiedad privada–, se puede proteger de modo igualmente eficaz por otras vías. Entiende el magistrado que deberían computarse tan solo las faltas de asistencia injustificadas, es decir, las que sí dependen de la propia voluntad de los empleados; no en cambio las faltas de asistencia por enfermedad, aun de corta duración, amparadas por una baja médica expedida por los correspondientes servicios médicos oficiales.

Se señala, además, que las faltas de asistencia por baja médica normalmente ya suponen una merma económica para el empleado, 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 supuestos más extremos, que además nunca podrían justificar un despido objetivo por absentismo, el contrato de trabajo podría extinguirse bien por acceder el empleado a la incapacidad permanente, bien por ineptitud sobrevinida, que es otra causa de extinción objetiva.

Finalmente, se señala que, al haber prescindido la actual regulación de la referencia expresa al índice colectivo de absentismo laboral, difícilmente puede justificarse la previsión legal en el interés empresarial de velar por la productividad. Ciertamente es, como se indica, que para conciliar ambos bienes en conflicto, la salud del empleado y la productividad de la empresa, se han excepcionado del cómputo del absentismo las bajas médicas prolongadas y las que tienen su origen en graves enfermedades. Sin embargo, quizás la ponderación de intereses implícita en la regulación legal pudiera no ser suficiente para proteger situaciones derivadas de enfermedades crónicas, de curso fluctuante, especialmente limitantes en los periodos de agudización sintomática. Dan lugar a cortos pero reiterados periodos de incapacidad temporal, cuyo diagnóstico la empresa ni siquiera debería conocer.

El Pleno del TC, por providencia de 16 de julio de 2019, acordó finalmente admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre el [artículo 52 d\) del ET](#), de conformidad con lo dispuesto en el [artículo 10.1 c\) de la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional](#).

Una vez admitida a trámite la cuestión de inconstitucionalidad por el TC, el abogado del Estado, en su escrito, solicita que se desestime la cuestión y que se declare que el precepto en cuestión no es contrario a la CE. Indica que el TJUE, en su Sentencia ([STJUE de 18 de enero de 2018](#)), ya consideró legítima la finalidad perseguida por la norma –combatir el absentismo laboral–, aceptando las alegaciones presentadas por el Gobierno español.

La fiscal general del Estado también refuerza la consideración de que el precepto legal cuestionado no es contrario a los artículos [15](#), [35.1](#) y [43.1](#) de la CE, interesando que se desestime la cuestión de inconstitucionalidad.

### **3. Doctrina judicial sobre la compatibilidad del despido objetivo por absentismo 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): razones jurídicas del fallo**

#### 3.1. Criterio del TC

La [STC de 16 de octubre de 2019](#) resuelve la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2960-2019, planteada por el Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona, en relación con el citado

[artículo 52 d\) del ET](#), por una posible contradicción con 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](#)).

Lo cierto es que, siguiendo la propia sistemática de la norma constitucional, 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.

Antes de proceder al examen de la posible vulneración de determinados preceptos constitucionales, el TC señala que el [artículo 52 d\) del ET](#) responde a la finalidad legítima 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 empresario. Ello encuentra su fundamento constitucional 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». En esta línea, dispone el mencionado tribunal que esas ausencias intermitentes, aun cuando lo sean por causas justificadas, generan un incremento de costes laborales que el empleador no tiene por qué soportar.

La anterior interpretación, como se pone de manifiesto en la propia [resolución objeto del presente comentario](#), viene apoyada en los razonamientos contenidos en la ya citada [STJUE de 18 de enero de 2018](#), donde entiende dicho tribunal que combatir el absentismo laboral constituye una finalidad legítima, dado que se trata de una medida de política de empleo, al incidir «en particular [en] los costes directos e indirectos que han de soportar las empresas».

Teniendo en cuenta todo lo anterior, el TC entra ya a examinar la posible contradicción del [artículo 52 d\) del ET](#) con los tres derechos constitucionales citados y realiza diversas consideraciones.

Con respecto a la posible vulneración del [artículo 15 de la CE](#), el TC trae a colación su propia doctrina constitucional y determina que para que pudiese apreciarse la vulneración del derecho a la integridad física del empleado sería necesario que se llevase a cabo una actuación de la que se derivase un riesgo o se produjese un daño a la salud del empleado. En el supuesto concreto del [artículo 52 d\) del ET](#), como argumenta el tribunal, no cabe advertir que pueda dar lugar a ninguna actuación empresarial de la que derive ese riesgo o se produzca ese daño, ya que se limita a autorizar la extinción del contrato para el supuesto de que se supere un número de faltas de asistencia al trabajo intermitentes en un determinado periodo temporal.

Por otro lado, como recuerda el propio TC, el legislador ha excluido expresamente en la redacción del [artículo 52 d\) del ET](#) los supuestos de bajas médicas prolongadas y los que tienen su origen en el cáncer y en las enfermedades graves, sin duda, atendiendo a que en

estos supuestos puede existir un riesgo grave y cierto para la salud de los empleados afectados. En consecuencia, las únicas faltas de asistencia que pueden dar lugar a la aplicación de dicha disposición legal por este motivo serían las derivadas de enfermedad o indisposición de breve duración. Tras estas palabras, y quizás para calmar su mala conciencia, indica el tribunal que no se faculta al empresario a despedir a los trabajadores ante cualquier falta de asistencia de los mismos, por ejemplo, ante las ausencias derivadas de accidente de trabajo, de riesgo durante el embarazo y la lactancia y de enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia, así como las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género.

Dicho esto, afirma el tribunal que el [artículo 52 d\) del ET](#) no vulnera el derecho a la integridad física, por un lado, porque no genera un peligro grave y cierto para la salud de los trabajadores afectados; y, por otro lado, porque la decisión de despedir:

[...] no comporta una actuación susceptible de afectar a la salud o recuperación del trabajador afectado, ni puede ser adoptada en caso de enfermedades graves o de larga duración, ni en los restantes supuestos excluidos por el legislador, lo que permite descartar que el art. 52 d) del ET pueda reputarse contrario al art. 15 de la CE.

Con respecto a la igualmente aducida infracción del [artículo 43.1 de la CE](#), referido a la protección de la salud, no es descartable para el TC que la regulación controvertida pudiese condicionar la actuación del empleado, en algunos casos (en nuestra opinión, son muchos los casos), en el sentido de acudir a su puesto de trabajo, pese a que el facultativo lo desaconseje, para evitar incurrir en la causa de despido del [artículo 52 d\) del ET](#). No obstante, lo anterior no parece ser motivo de gran preocupación para el tribunal, puesto que, tras ello, indica expresamente que «no cabe entender que con esa regulación el legislador esté desprotegiendo la salud de los trabajadores».

En este sentido se argumenta, por un lado, que el precepto que se cuestiona se limita exclusivamente a regular la posibilidad de que el empleador extinga el contrato de trabajo 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 empleado. Y, por otro, que en ningún momento incide la aplicación de dicho precepto legal en el régimen de acceso y en el contenido de la asistencia sanitaria para los trabajadores, que se prestará en todo momento mediante los servicios sanitarios del Sistema Nacional de Salud que correspondan.

En definitiva, concluye finalmente que el [artículo 52 d\) del ET](#) no es contrario al derecho a la protección de la salud que el [artículo 43.1 de la CE](#) reconoce, ni tampoco al derecho de los trabajadores a la seguridad en el trabajo ([art. 40.2 CE](#)), ya que, a través del precepto cuestionado, el legislador lo que ha pretendido ha sido 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 empleados.

En tercer y último lugar, con respecto a la posible vulneración del derecho al trabajo del [artículo 35.1 de la CE](#), dispone el TC que la norma cuestionada no afecta a la vertiente del derecho al trabajo que se refiere 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 propósito de declarar que, en el caso que se analiza, el derecho del [artículo 35.1 de la CE](#) se concreta con la existencia de una reacción adecuada contra el despido.

Partiendo de lo anterior, establece expresamente que el precepto legal cuestionado 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](#)). De este modo, el tribunal señala 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 reconoce la libertad de empresa.

Por todo ello, el TC descarta que el precepto legal cuestionado vulnere el [artículo 35.1 de la CE](#):

[...] pues, 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](#)).

Determina, además, que corresponde a la jurisdicción social:

[...] controlar que la decisión empresarial se ajusta a los presupuestos establecidos en el [art. 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.

En atención a todo lo que se ha expuesto, el TC, por la autoridad que le confiere la CE, decide desestimar la cuestión de inconstitucionalidad y ordena que se publique la [sentencia](#) en el BOE.

### 3.2. Votos particulares

La resolución comentada 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), quienes manifiestan su discrepancia con la fundamentación jurídica y el fallo de la [sentencia](#), que entienden que debió ser estimatorio por vulneración de 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](#)).

Primeramente, la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón formula su voto, dejando constancia de su posición discrepante con el fallo y con los razonamientos que lo sustentan, basándose en que el legislador ha antepuesto los intereses empresariales a los derechos de los propios trabajadores. Dispone, además, que no cabe encajar en el [artículo 38 de la CE](#) cualquier actividad o decisión empresarial, y, en especial, en lo que al presente asunto concierne, aquellas destinadas a controlar el absentismo laboral mediante decisiones extintivas de los contratos de los trabajadores. Junto a lo anterior, señala que no 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 a los derechos constitucionales a la integridad física y moral y a la protección de la salud, ya que ello empujaría a los trabajadores a prescindir del cuidado a su salud para no faltar al trabajo (principalmente a aquellos que presentan más dificultad de reinserción en el mercado de trabajo), «pudiendo llegar ello, incluso, a producir graves consecuencias para su salud individual, aparte de ser susceptible de generar serios riesgos de salud pública».

También concluye, en su voto particular, que el citado precepto incurre en una clara discriminación indirecta por razón de sexo, ya que las mujeres sufren en mucha mayor medida que los hombres la carga de la doble jornada, laboral y familiar –y ello, como es obvio, repercute de manera muy negativa en su salud–.

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 particularmente en la incompatibilidad entre el [artículo 52 d\) del ET](#) y el derecho al trabajo del [artículo 35.1 de la CE](#).

Por último, 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.

## 4. Significado y alcance de la doctrina establecida: la constitucionalidad de la norma cuestionada

Como cabía esperar, el TC, haciendo una referencia inmediata a sus pronunciamientos anteriores, ha venido a confirmar la constitucionalidad del precepto legal cuestionado, sin añadir, en realidad, nada nuevo a lo ya dicho.

En primer lugar, y en relación con la posible contradicción entre el [artículo 52 d\) del ET](#) y los derechos constitucionales a la integridad física ([art. 15 CE](#)), al trabajo ([art. 35.1 CE](#)) y a la protección de la salud ([art. 43.1 CE](#)), concluye el tribunal, siguiendo su propia doctrina, que el despido objetivo por absentismo no lesiona, por lo general, los derechos constitucionales mencionados, en la medida en que la causa de este despido no es, actualmente, el mero hecho de estar enfermo (afirmación esta que, en nuestra opinión, resulta totalmente cuestionable, teniendo en cuenta que las faltas de asistencia que pueden dar lugar al despido objetivo por absentismo son, fundamentalmente, las que tienen su origen en la enfermedad o en la indisposición de corta duración), sino, más bien, la reiteración de un número de faltas de asistencia justificadas que ha tenido un empleado en un determinado periodo temporal. No obstante, en algunos supuestos concretos, por ejemplo, si se constata la existencia de un riesgo o daño grave y cierto para la salud del trabajador o, en palabras del TC, un «riesgo constatado de producción cierta, o potencial» para la salud del trabajador, sí que se verían vulnerados tales derechos.

En segundo lugar, concluye que la disposición legal que regula el despido objetivo por absentismo laboral tiene una finalidad legítima de evitar el incremento indebido de costes que para la empresa suponen las faltas de asistencia al trabajo, fundamentada constitucionalmente en la libertad de empresa y en la defensa de la productividad ([art. 38 CE](#)), siendo ello proporcional –así lo entiende el citado tribunal– toda vez que esta decisión empresarial de despedir a un trabajador por absentismo se encuentra ajustada a los presupuestos establecidos en el [artículo 52 d\) del ET](#) y no va más allá de lo necesario para alcanzar dicha finalidad, extremos estos que son controlados por la jurisdicción social.

No obstante, el contenido de esta reciente resolución y la enorme controversia que suscita (basta con leer, por ejemplo, algunos de los numerosos titulares de las noticias de la prensa generalista) deben tomarse con suma cautela. Y es que, pese a que en la actualidad esta interpretación del TC es la que se debe aplicar, nada impide que en un futuro próximo se proporcione una nueva y diferente interpretación de la norma, bien a través de un cambio en la composición del órgano o bien a través de una reforma legislativa del precepto estatutario cuestionado, que acabe con la polémica que genera la reciente doctrina constitucional.

Desafortunadamente, habrá que esperar todavía un poco más para poder comprobar si se produce realmente un nuevo cambio de criterio. De momento ya se sabe que algunos sindicatos, como CC. OO. y UGT, han tachado esta sentencia de «inhumana y despiadada» y han destacado públicamente que [recurrirán ante la justicia europea y ante la OIT](#) y, además, denunciarán a aquellas empresas que despidan a trabajadores por acumular bajas justificadas. Y, en la misma línea, procede señalar que doña Magdalena Valerio Cordero, actual ministra en funciones de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, también ha calificado de «injusta» esta sentencia del TC que avala el despido objetivo de un trabajador por absentismo laboral y ha anunciado que, en caso de mantenerse el Gobierno, se incluirá la regulación de este despido en la lista de los «aspectos lesivos de la reforma laboral» que serán objeto de debate para una hipotética y futura derogación.



# El empleo público a mediados del siglo XXI: problemas y soluciones. Una propuesta integradora

**Víctor Almonacid Lamelas**

*Secretario de la Administración local.  
Experto en derecho digital*

**Jordi Mena i Ivars**

*Técnico de Administración general.  
Especialista en recursos humanos*

Este trabajo ha sido finalista del **Premio Estudios Financieros 2019** en la modalidad de **Recursos Humanos**.

El jurado ha estado compuesto por: don David Aguado García, doña Ana María Calles Doñate, don Juan Manuel Chicote Díaz, don José Antonio González Moreno, don Vicente Martínez Tur y don Manuel Pino Giráldez.

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

## Extracto

Ya estamos de lleno en el siglo XXI y, mientras algunos hablan del internet de las cosas, *big data*, *blockchain*, inteligencia artificial, *smart city*, *compliance* o, más cercanos, Administración totalmente electrónica y transparencia, la realidad de las Administraciones públicas sigue encallada en el siglo XX, por no decir en el XIX y anteriores, y solo se mueve a golpe de legislación y, por qué no decirlo, de sanción (léase sanción, denegación de subvención o sentencia).

Cierto que la cuestión no es fácil, ya que nos encontramos con una distribución de competencias no siempre clara, con unas Administraciones superiores que legislan, pero no habilitan con suficiente rapidez y homogeneización los medios técnicos para cumplir esas leyes, y con un esquema del empleo público con gran resistencia al cambio (zona de confort), y, de haberlo, debe ser siempre al alza (política incremental: más retribuciones, menos horario o mayor flexibilidad), y donde hay mucho que perder (conflicto) y poco que ganar (aumento real de la eficiencia en las Administraciones).

Pero el futuro está aquí, es global, van a surgir nuevas necesidades y aptitudes y otras van a modificarse o, incluso, desaparecer, y queramos o no vendrá. De nuestras acciones o inacciones de ahora, saldrá el futuro de los próximos 40 años. Es el momento de reflexionar, si de verdad queremos cambiar algo.

**Palabras clave:** recursos humanos; envejecimiento; propuestas de mejora; Administración electrónica; automatización.

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

**Cómo citar:** Almonacid Lamelas, V. y Mena i Ivars, J. (2019). El empleo público a mediados del siglo XXI: problemas y soluciones. Una propuesta integradora. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 441, 183-222.



# Public employment in the middle of the twenty-first century: problems and solutions. A conciliatory proposal

Víctor Almonacid Lamelas

Jordi Mena i Ivars

## Abstract

We are already in the twenty-first century and, while most of the people and media talk about internet of things, big data, blockchain, artificial intelligence, smart city, compliance, or, closer, fully electronic Administration and transparency, the reality of public Administrations is still stuck in the twentieth century, if not in the nineteenth or even earlier, and it only moves forward by force of legislation and, why not say it, sanction (meaning denial of subsidy or sentence).

It is true that it is not an easy problem to be solved, since we deal with not always a clear distribution of competencies, with high-level Administrations that are able to legislate, but do not provide the technical means as quick and homogenized as needed to comply with those laws. In addition, there is a scheme of public work quite reluctant to changes (zone of comfort). In case the changes happen, they have to be always to improve (incremental policy: more pay, less time or more flexibility) so, instead of improving there is sometimes much to lose (create some kind of conflict) and little to be gained (real increase in efficiency in Administrations).

But the future is already here, it is global, new needs and abilities are going to come up and others should be adjusted or even disappear, wanted or not, the future is here to stay. The future of the following 40 years will depend on our actions or inactions at the current moment. It is now or never, it is the right time to give serious thought to it, if we really want to make a difference.

**Keywords:** human resources; ageing; proposal of improvement; electronic Administration; automatization.

**Citation:** Almonacid Lamelas, V. y Mena i Ivars, J. (2019). Public employment in the middle of the twenty-first century: problems and solutions. A conciliatory proposal. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 441, 183-222.



## Sumario

1. Pensar antes de repetir: seguir con el modelo actual o intentar mejorarlo
  2. Problemáticas planteadas
    - 2.1. Factores externos
      - 2.1.1. Legislación
      - 2.1.2. Automatización de los puestos de trabajo
      - 2.1.3. ¿Gestión directa o indirecta?
      - 2.1.4. Tecnología y teletrabajo
    - 2.2. Factores internos
      - 2.2.1. Envejecimiento y temporalidad
      - 2.2.2. Repensar la estructura
      - 2.2.3. Los nuevos perfiles
      - 2.2.4. Jubilación y «reemplazos»
      - 2.2.5. Selección
      - 2.2.6. La temporalidad
      - 2.2.7. Sistema retributivo
      - 2.2.8. La evaluación del desempeño, la carrera y el complemento de productividad
      - 2.2.9. Otra posibilidad: el Sistema Nacional de Salud o la Comunidad Foral de Navarra
      - 2.2.10. La necesidad de una nueva planta
  3. Una propuesta integradora. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

## 1. Pensar antes de repetir: seguir con el modelo actual o intentar mejorarlo

Un reto importante en la gestión pública actual es afrontar de manera integral todas las problemáticas que se nos presentan en recursos humanos: envejecimiento de plantillas, jubilaciones, relevo del conocimiento, automatización de funciones, redefinición de los puestos, replanteamiento de los procesos selectivos, dirección pública profesional, nuevas aptitudes, reorganización, nuevos perfiles, nuevo dibujo organizativo adaptado a los tiempos, temporalidad, sistema retributivo, teletrabajo, carrera profesional, trabajo por objetivos.

Una vez definido este nuevo marco organizativo, otra de las claves pasa por el acierto en la selección, tanto en los nuevos perfiles como en las nuevas personas, intentando atraer el talento que quizá en este momento no se siente seducido por formar parte de lo público. Evidentemente, dicha selección debe evitar cualquier tipo de clientelismo, eludiendo al mismo tiempo todas las problemáticas derivadas: el modelo «todos funcionarios»; las convocatorias de empleo público basadas en la oportunidad más que en la necesidad; la insistencia en la provisión de puestos destinados a desaparecer (todos los relacionados con el papel); los procesos de funcionarización ilegítima de servicios públicos antes prestados mediante gestión indirecta (algo que casi siempre se confunde con «privatización»); la reserva de un número exagerado de plazas de libre nombramiento (personal eventual, algo que también se confunde casi siempre con la libre designación); la creación de un *staff* medio y medio-alto de «jefes» al frente de unidades orgánicas sin contenido; el propio clientelismo sindical; y todo un sinfín de prácticas que desprofesionalizan la, pese a todo, buena función pública española. Estamos en un momento clave para enderezar esto.

A pesar de la lentitud del proceso, finalmente se implantará la Administración electrónica, y eso quiere decir que un día se habrá automatizado todo lo que se pueda automatizar. ¿Dónde están los nuevos perfiles que necesitamos? No los vamos a seleccionar con un test sobre la Constitución. En materia de empleo público se requieren menos inercias del pasado, desde luego mucha menos politización, y mucha más planificación y capacitación. Y, sobre todo, abordar los problemas reales, que no son pocos ni pequeños, del empleo público en España: envejecimiento de las plantillas, definición de las funciones directivas, jubilaciones, impacto de la automatización de trámites y otras derivadas de las nuevas tecnologías, medidas de reorganización, nuevas aptitudes, nuevas formas de seleccionar, nuevas formas de proveer, nuevas «formas de formar», medidas para atraer o retener el talento... Y otras muchas asignaturas pendientes desde hace años como la carrera horizontal, la movilidad o el trabajo orientado a la consecución de objetivos.

Se habla mucho de la transformación digital de la Administración pública española, del sector público, en realidad. Sin duda es necesaria la digitalización, pero aún más necesaria es la redefinición del empleo público de cara a su profesionalización. Es el momento de instaurar un modelo que al menos nos permita llegar con suficiencia hasta mediados del presente siglo. El servicio público merece el esfuerzo.

## 2. Problemáticas planteadas

### 2.1. Factores externos

Las Administraciones públicas no son lugares perfectos. Tampoco suelen ser, salvo muy honrosas excepciones, entidades que destaquen por su funcionamiento eficiente y, de forma más concreta, por haber implantado con éxito procesos de mejora a través de la transformación digital. Nada más lejos de la realidad. Y la realidad, ese lugar de la existencia con el que no siempre empatizamos, consiste en un presente en el que la tecnología ya ha amortizado muchísimos puestos de trabajo, incluso profesiones enteras, en el sector privado; en el que la automatización de las tareas burocráticas, y las relacionadas con el papel, las fotocopias, los cuños y los sellos, ya ha eliminado también funciones y tareas, con poco valor añadido por cierto, en el sector público; en el que la inteligencia artificial ha pasado de los libros de ciencia ficción a los procesos industriales, económicos y sanitarios; y en el que conceptos como *blockchain*, *machine learning*, *big data*, internet de las cosas (IoT) o nanotecnología tienen aplicación práctica, en este momento real, vigente y actual, pero, evidentemente, con claras perspectivas de un crecimiento exponencial imparables en el futuro próximo.

Así las cosas, bien haríamos en unirnos al supuesto enemigo antes de combatirlo o, peor aún, negarlo. Como indica claramente Cornellà (2018):

La lucha contra los robots no tiene sentido. Sin tu mente y tus manos, la grabadora no sirve. Pero al revés, tampoco. De igual modo que una llave inglesa te permite hacer cosas que no puedes con las manos. El futuro de seres humanos multiplicados por máquinas parece irrefutable.

Respecto a los horrorizados por estas ideas opina:

Creo que la lectura que el humanismo de las ideas está haciendo sobre las implicaciones de la automatización no tiene en cuenta que somos una especie tecnológica, en el sentido de que utilizamos herramientas para hacer cosas. Es verdad que ahora las máquinas tienen un componente de inteligencia añadido. Pero tengo la convicción de que el futuro pasa por aprender a trabajar con las máquinas.

Pensamos que esto es exactamente así. O, mejor dicho, siempre ha sido así. La historia de la humanidad se ha caracterizado de forma periódica por la incorporación puntual, pero cíclica, de tecnologías disruptivas de gran impacto, que han permitido dar un salto evolutivo brutal. Y es por eso por lo que se habla de revoluciones industriales. Y estamos en la cuarta, por cierto. Sabemos que es difícil que algunas personas «*de dentro de la Administración*» empaticen con una realidad para la que ni están preparadas ni, quizá, quieren estarlo, porque en algunos casos empiezan por negarla. Sigue habiendo, en la Administración, magníficos trabajadores que, no obstante, corren un serio riesgo laboral e, incluso, personal si renuncian a actualizarse.

La Administración suele ser la última pieza en caer en el efecto dominó que se genera cuando irrumpe una nueva tecnología, siempre por detrás de la sociedad y del sector empresarial, e, incluso, por detrás del legislador (quien suele reaccionar bastante tarde). Esto significa que, por mucho que la realidad (social, tecnológica) cambie, la Administración siempre es la última en hacerlo. Y cuando lo hace, la ficha de la tecnología ya se ha vuelto a mover, por supuesto, lo cual significa que pronto se verá abrumada por un nuevo efecto dominó, por una tecnología que percibe como una amenaza en lugar de una oportunidad para mejorar el servicio público, y con un sector privado y una sociedad que la aventajan en años, siendo por tanto la Administración un sector extremadamente lento y poco competitivo. En este sentido preocupa asistir a un proceso de implantación del procedimiento electrónico tan lento que, cuando finalmente se complete, quizá se vea sustituido en poco tiempo por la tecnología *blockchain*.

Mas la realidad debe abordarse desde el realismo, lo cual tiene sentido desde cualquier punto de vista, incluido el etimológico. Y la realidad de las entidades públicas muestra organizaciones «*culturistas*» que, sin embargo, deben evolucionar a «*cultas*». En otras palabras: los empleados públicos deben dejar de ser tanto el músculo y deben empezar a ser la cabeza. De la fuerza, de las tareas pesadas, aburridas y automáticas, se pueden (se deben) encargar las máquinas. De la inteligencia, una inteligencia humana, empática, relacional, que marque una diferencia en cuanto a ética y sentido común con la inteligencia artificial, se deben encargar los nuevos empleados públicos. Y conste que «nuevo» no quiere decir necesariamente «nueva persona», sino más bien «persona nueva» (que podrían ser los mismos después de pasar por un proceso de aprendizaje y desarrollo de una serie de nuevas aptitudes).

Luego está la resistencia al cambio. Esta es una realidad *a priori* negativa, con la que, no obstante, tenemos que convivir y que tenemos que afrontar. Y se afronta, sin ninguna duda, con actitud y aptitud. Aprendiendo, renovándose, informándose, formándose. En una palabra: adaptándose. Es puro darwinismo. Y el darwinismo, muchas veces mal entendido, habla de la supervivencia de los que se adaptan, no de los más fuertes. Ni siquiera de los mejores, porque tú puedes ser el mejor hoy en día, pero dejar de serlo mañana. Y, además, esto es así por muchos motivos. Por ejemplo: imposible hoy por hoy catalogar a un letrado como «gran jurista» si no tiene, al menos, bastantes nociones de derecho digital. A veces cambian las reglas del juego; y otras veces, el mismo juego.

Y es que el hecho de que desaparezcan funciones o tareas, por pura obsolescencia, o puestos de trabajo completos, por pérdida de su sentido funcional, no significa ni mucho menos que las personas que actualmente los desempeñan no tengan un lugar en el mercado laboral o bien, a los efectos que en esta reflexión importan, en la nueva Administración: la del *big data*, el IoT y el *blockchain*; la de los servicios *smart*. Pero tendrán que evolucionar, como ha evolucionado todo lo demás. No es el momento de ser conservador, y, en este sentido, citaremos a Mercader Uguina, a su vez citado en el gran artículo de Jiménez (2017), que versa también sobre esta temática:

«Constituye un lamentable error (...) pretender la estabilidad y la seguridad en una nueva situación en la que nada es estable ni seguro» (J. R. Mercader Uguina, *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo Blanch, 2017, p. 45).

En cuanto a esa supuesta batalla de los empleados públicos contra los robots, desde esa óptica medieval de que somos rivales, Gerardo Bustos lo explicó brillantemente en la edición del Congreso Nacional de Innovación y Servicios Públicos de 2018: «Si hay un robot capaz de hacer las oposiciones mejor que una persona, eso quiere decir que tenemos que cambiar el sistema de selección» (Bustos, 2018). Habrá que buscar, por tanto, ya desde el inicio (las oposiciones), perfiles con valor añadido para que aporten en la Administración capacidades y habilidades naturalmente humanas, como el sentido común, la perspectiva, la capacidad para resolver problemas o, sobre todo, la inteligencia emocional.

Está claro que trabajaremos con los robots, no contra ellos, pero sí debemos diferenciarlos poniendo en valor los rasgos, las capacidades y las inteligencias humanas. Y habrá que aprender a trabajar con ellos (no pensemos necesariamente en humanoides), con los procesos automatizados (benditos sean), con los algoritmos y con la inteligencia artificial. Habrá de ser la inteligencia la que toma decisiones con base en los datos que captura una tecnología que antes no existía, pero que ahora nos permite mejorar, y mucho, el servicio público.

En definitiva, nos podrá gustar el baile más o menos, pero que nadie diga que no ha escuchado la música. Mejor nos irá si defendemos un modelo de servicio público más humano, porque la «inteligencia de rasgos humanos» (sobre todo, la interpersonal y la que procede de la experiencia) nunca será cuestionada por ninguna máquina. Por eso es tan ridículo mantener la postura de que es una persona la que debe poner sellos o dar fe de que un señor vive en la plaza Mayor, n.º 1, y que eso justifica un puesto de trabajo. Lo que de verdad justifica un puesto de trabajo «de grupo A», hoy en día, es el ejercicio de una dirección pública de tipo profesional, en la que destacan las capacidades de liderazgo, gestión de personas (o equipos) y proyectos, de comunicación, así como aquellas tendentes a la resolución de problemas. Todo ello sin perjuicio, evidentemente, de los puestos de trabajo que comprenden funciones de tipo técnico especializado (letrado, ingeniero o arquitecto). Automaticemos todo aquello que se pueda automatizar y dejemos que las personas hagan solo aquello que no puede hacer una máquina, lo humano, el trabajo de más calidad, en realidad.

## 2.1.1. Legislación

La administración electrónica es el uso de las TIC en las AAPP, combinado con cambios organizativos y nuevas aptitudes, con el fin de mejorar los servicios públicos y los procesos democráticos y reforzar el apoyo a las políticas públicas (Comisión Europea, 2003).

Esta es la definición oficial de administración electrónica. Nos recuerda algo que ya sabíamos, que debemos utilizar las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) en las organizaciones públicas; pero quizá son menos los que tienen en cuenta la dimensión organizativa que implica su implantación, así como las nuevas competencias (capacidades, aptitudes), cuyo desarrollo resulta imprescindible por parte de los empleados públicos presentes y futuros.

Desde otro punto de vista, este es un enfoque tan necesario para la mejora del servicio público como para el mero cumplimiento de la ley. La gestión tributaria debería ser electrónica desde la Ley general tributaria de 2003, aunque solo la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la Seguridad Social parecen que cogieron la indirecta. La factura electrónica es obligatoria desde 2015. La contratación electrónica desde 2018. Precisamente la Ley de contratos aconseja y, prácticamente, obliga a crear unidades orgánicas responsables de centralizar la gestión contractual pública (salvo en pequeños municipios, los cuales deriva a las centrales de compras de la diputación); unidades que deberían estar altamente profesionalizadas.

No resulta posible implantar el procedimiento electrónico sin gestionar los cambios inherentes a la parte organizativa. En realidad, esta es la asignatura pendiente desde hace muchos años, porque se habla mucho de las Leyes 39 y 40 de 2015, y sobre su entrada en vigor (un debate irrelevante, en realidad, salvo que se defienda, como se intuye en algunas actitudes, que dicha entrada en vigor no se va a producir nunca), pero la Ley 11/2007, en realidad, la primera ley «de administración electrónica», debía implantarse antes del 31 de enero de 2009 y, en caso de resultar imposible, debíamos tener elaborado un plan de implantación antes de septiembre de 2011. En cuanto a los esquemas nacionales, piedras angulares del procedimiento electrónico, el plazo de implantación concluyó en enero de 2014. Se trata de temas sorprendentemente poco conocidos, pero hoy en día resulta imposible cumplir la Ley orgánica de protección de datos de carácter personal (la actual es de diciembre de 2018) sin tener en cuenta el Esquema nacional de seguridad y su teórica contrapartida, la Ley de transparencia. A nivel organizativo resulta imprescindible tener resuelta esta cuestión: delegado de protección de datos, responsable de seguridad, unidad de estudio y respuesta a las solicitudes de derecho de acceso a la información.

Por otra parte, la Ley 39/2015, de procedimiento administrativo, obliga a las Administraciones públicas a disponer de Oficinas de Asistencia en Materia de Registros (OAMR).



¿Qué pasos hay que dar para ello? La realidad demuestra que la mayoría de los actuales registros, en el mejor de los casos, oficinas de atención ciudadana, no están adaptados a los nuevos requerimientos legales. Esta adaptación es necesaria, sin perjuicio de su desarrollo integral o por fases respecto de procesos concretos, como la digitalización de documentos o el establecimiento de sistemas de firma biométrica (Ley 59/2003) para recabar la firma presencial de los ciudadanos (y de los empleados, al firmar un contrato o un acta).

Con todo esto lo que queremos decir es que la administración electrónica implica cambios organizativos y, en general, afecta notablemente a los recursos humanos de las entidades públicas, tanto a nivel estructural, como funcional y aptitudinal.

La reflexión debe ser profunda dentro del empleo público. Y debe ser tanto colectiva, como de cada individuo, ya que dejando a un lado la parte política, que, por supuesto, también debería actualizarse, la reflexión que debe hacer un servidor público en este momento es que, si nuestro colectivo es y quiere seguir siendo un colectivo de buenos empleados públicos, debemos estar a la altura de las circunstancias. Debemos ser profesionales. Los mejores profesionales que podamos ser. Hablamos de un colectivo al que no solo las citadas normas «de administración electrónica» exigen mucho. Y no solo la ciudadanía. Un colectivo al que el Estatuto básico del empleado público (EBEP) exige objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres, entre otras cosas. Parece complicado discutir cada uno de estos principios por separado, los cuales, evidentemente, suscribimos al pie de la letra, pero, leyendo rápido y de una sola vez la oración anterior, da la sensación de que los empleados públicos en España deberían ser perfectos, según la ley. Nadie pide eso, pero sí dar el 100 % todos los días. Y para ser dedicados, transparentes, ejemplares o austeros, para ser, en definitiva, buenos profesionales, se precisan, en este momento, nuevas actitudes, pero también aptitudes (así lo dice la definición de administración electrónica), conocimientos no ya solo informáticos y teóricos, que también, sino otros hasta ahora prácticamente inéditos como las técnicas de motivación, comunicación y negociación; la psicología organizacional y social; y el conocimiento de todo un listado de anglicismos: *open government*, *e-government*, *e-procurement*, *benchmarking*, *nudge*, *community manager*, *coaching*, *branding*, *smart city*... Y en un ámbito más «de directivo público», la planificación, el *team leadership*, el *team management* y algún otro anglicismo más que podríamos añadir. Hablamos de habilidades muy humanas que en el fondo interesa desarrollar para que ninguna inteligencia artificial pueda ponerlas en jaque. Pero para ello resulta preciso formarse, informarse y motivarse con el objetivo de reconvertirse o, incluso, reinventarse por completo.

En resumen, el nuevo empleado público no solo debe «hacer más», sino que también lo debe «hacer mejor».

## 2.1.2. Automatización de los puestos de trabajo

En el epígrafe anterior hemos definido administración electrónica, en realidad citando la definición «oficial». De hecho, estamos ante un concepto que se puede definir de muchas maneras, todas ciertas. Pero nos parecen más propias aquellas que tienen más que ver con las personas (cambios organizativos, nuevas aptitudes...) que con la tecnología o la ley. Sin abandonar esa idea, a la que retornaremos, en este momento cabe aportar una nueva definición: administración electrónica es automatización. Administración electrónica es, también, eficiencia.

Pensamos que no es posible implantar nada que se parezca a la administración electrónica (parece que el término ha evolucionado a «administración digital»), en general, y al procedimiento electrónico (se supone que comprendido en el concepto anterior), en particular, sin darle un buen lavado de cara a nuestra manera de funcionar. El funcionamiento, por otra parte, está íntimamente ligado a la organización, y por eso las leyes de derecho administrativo (hoy derecho público) siempre han hablado de principios de organización y funcionamiento de las Administraciones públicas. Y es ahí donde se hablaba de eficacia en los ochenta, de eficiencia en los noventa, y de simplicidad, agilidad y buena fe en la actualidad.

Es deseable que las distintas entidades públicas implanten la administración electrónica, y no un simple cambio de formato a base de tecnología. Esta siempre ha sido el medio, nunca el fin. Porque aquello que se implante solo será bueno si sirve para mejorar los procesos administrativos y, por ende, el servicio público. Y los procesos administrativos solo se pueden mejorar, en esencia, de una manera: simplificando allí donde se pueda simplificar y automatizando allí donde se pueda automatizar.

Según la Ley de régimen jurídico del sector público (art. 41), se entiende por actuación administrativa automatizada cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público. En caso de actuación administrativa automatizada deberá establecerse previamente el órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente. Asimismo, se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación, lo que ya decía el artículo 39 de la Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. Qué duda cabe, por cierto, que un secretario de Ayuntamiento lleva más de 200 años siendo fedatario público (desde la Constitución de Cádiz de 1812), pero que desde hace unos años comparte esta función con la actuación administrativa automatizada, y como botón de muestra vean los certificados actuales de empadronamiento «firmados» por el sello de órgano.

Y no puede ser más claro el artículo 9 del borrador del Reglamento de desarrollo de las leyes de procedimiento y régimen jurídico, en el sentido de que se debe automatizar todo lo que se pueda automatizar. Dicho precepto, *non nato* al cierre del presente trabajo, pero muy ilustrativo, establece la siguiente prelación de reglas para la tramitación:

- Si se puede automatizar una actuación administrativa, automatícese. Este es el escenario ideal para la consecución de la eficiencia, ya que de alguna forma ponemos a la actuación administrativa automatizada a trabajar sola, sin intervención humana. Por ejemplo, los aludidos certificados de empadronamiento los «firma» un sello de órgano y se expiden automáticamente; mientras que se puede automatizar la publicación de los documentos y datos que deben publicarse en los distintos portales administrativos (transparencia, perfil de contratante...), incorporando, en este caso, un sello de tiempo.
- Si no conseguimos automatizar, interviene un empleado público, porque la actuación o trámite no deja otra opción. Pero aun así se debe tender a la tramitación colectiva o acumulada de expedientes en los que hemos podido identificar elementos comunes o troncales.
- Siendo imposible todo lo anterior, la tramitación será humana e individual. Es, en puridad, lo menos eficiente, pero si conseguimos reducir el porcentaje de esta tercera opción por debajo del 5 %, teniendo en cuenta que partimos del 100 %, el impacto de eficiencia continúa siendo brutal.

La automatización es, por tanto, la tendencia imparable, la nueva manera de funcionar, y, como vemos, el futuro «Reglamento de administración electrónica» (así se le llama ya) aboga de forma meridiana por la gestión automatizada.

Respecto de la administración local, la disposición adicional octava del Real Decreto 128/2018 considera los puestos reservados a los habilitados nacionales como órganos, consiguiendo que a los funcionarios de habilitación nacional locales (FHNL) se les pueda vincular un sello de órgano, lo que ha solucionado la disfunción anterior. Esto es bueno para la eficiencia del procedimiento, e, incluso, para los propios FHNL, ya que «salva» la fe pública, al menos de momento, porque llegará, más pronto que tarde, el *blockchain*.

Pero los certificados electrónicos no son la única herramienta para automatizar el trabajo. En «Tres estrategias para automatizar el trabajo», de George Zarkadakis, Ravin Jesuthasan y Tracey Malcolm (como se citó en Almonacid, 2018), se nos recuerda que:

La forma más simple y desarrollada es la robotización de procesos. Puede utilizarse para automatizar tareas rutinarias de gran volumen y poca complejidad. Resulta especialmente eficaz para automatizar las llamadas tareas «de silla giratoria», en las que se transfieren datos desde un sistema de *software* hasta otro. Este trabajo lo realizan tradicionalmente humanos. Un ejemplo es procesar según determinadas reglas datos extraídos de correos electrónicos y hojas de cálculo e introducir los resultados en otros sistemas como los de planificación de recursos empresariales (ERP, por sus siglas en inglés) o administración de la relación con los clientes (CRM, por sus siglas en inglés). Crear una plantilla virtual de *software* robótico puede ayudar a las empresas a optimizar los procesos operativos además de me-

jorar la calidad y la rentabilidad de sus servicios. No obstante, la mayor parte del entusiasmo actual en torno a la automatización del trabajo surge de los sistemas que pueden reemplazar a los humanos en tareas no rutinarias, complejas y creativas: sistemas capaces de automatizar la cognición humana. Los progresos del aprendizaje de máquinas, impulsados por una computación escalable en la nube y una inversión excepcional en talento humano de las grandes compañías tecnológicas, están generando ordenadores capaces de reconocer patrones y extraer conclusiones del *big data* de una manera sorprendentemente humana.

El citado estudio incorpora el siguiente cuadro (original en inglés en <<https://hbr.org/2016/10/the-3-ways-work-can-be-automated>>):

**¿Qué tecnología de automatización es la adecuada para su negocio?**

	Automatización robótica de procesos	Automatización cognitiva	Robótica de servicio
Tipo de tarea	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Volumen alto</li> <li>- Baja complejidad</li> <li>- Rutinaria</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Compleja</li> <li>- Exploratoria</li> <li>- No rutinaria</li> <li>- Apoyo a la toma de decisiones</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Mezcla entre rutinaria y no rutinaria</li> <li>- Colaborativa</li> </ul>
Funcionamiento	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Basado en la instrucción y las órdenes</li> <li>- Es probable que mejore con el aprendizaje de máquinas</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Aprendizaje de máquinas</li> <li>- Aprendizaje profundo</li> <li>- Sistemas híbridos inteligentes</li> <li>- Necesita datos y entrenadores humanos para aprender</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Aprende de la interacción humana y los datos</li> </ul>
Ámbito de uso	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Amplio</li> <li>- Puede automatizar tareas dentro de los procesos de negocio</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Centrado</li> <li>- Dirigido a conjuntos de datos concretos</li> <li>- Resultados específicos y esperados (aún sin inteligencia artificial fuerte)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Amplio</li> <li>- Puede mejorar la productividad humana en un gran número de tareas y experiencias</li> </ul>
Disrupción de la forma de trabajar	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Entre baja y media</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Alta</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Entre media y alta</li> </ul>
Oferta de productos	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Está madurando</li> <li>- Listos para implementar</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Emergente</li> <li>- Algunos están listos para usar (por ejemplo, el reconocimiento de voz y de imagen)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Está madurando</li> <li>- Listos para implementar</li> </ul>



	Automatización robótica de procesos	Automatización cognitiva	Robótica de servicio
► Coste de implementación y mantenimiento	- Bajo	- Alto	- Entre medio y alto
Tiempo de implementación	- Semanas	- Meses	- Meses
Retorno sobre la inversión	- Alto - Puede encajar con los modelos operativos y de negocio actuales - Puede reducir la necesidad de cierta deslocalización	- Alto - Potencial para transformar modelos operativos y de negocio	- Alto - Puede mejorar significativamente la productividad y la eficiencia

Fuente: Willis Towerwatson.

Como vemos, la automatización mecánica (o robótica) de los procesos tiene un coste bajo y un alto retorno de la inversión, y es, sin duda, el método aplicable a los procesos rutinarios y de baja complejidad, que son la inmensa mayoría en la Administración. Esto no quiere decir que descartemos las otras técnicas, como el *machine learning* o la robótica de servicio (algo que nos recuerda mucho a los robots ayudantes tipo R2-D2 y C-3PO, nuestros amigos de *Star Wars*).

Nadie debe ver esta tendencia, la automatización, como una amenaza. Lo ideal es combinar con inteligencia el reparto o asignación de tareas a certificados, o inteligencias artificiales, o algoritmos, por un lado, y a empleados de carne y hueso, por otro, siendo estas últimas tareas las funciones de las nuevas relaciones de puestos de trabajo (RPT). Si nos reservamos el trabajo con verdadero valor añadido, no tienen por qué sustituirnos las máquinas. Lo explicó perfectamente Marquet (2018) en su artículo publicado en *La Vanguardia*, en el que defiende «la suma de inteligencias», y que se puede resumir en una frase: «Pensemos más en términos de hibridación que de sustitución», y recordando que:

Se trata de saber crear las mejores coaliciones entre las personas y las máquinas para crear más y mejor valor. Y en esa coalición, quien pondrá la diferencia serán las personas. Al final, las máquinas las acabará teniendo todo el mundo, pero el talento siempre resultará diferencial.

La combinación de capacidades, esa «hibridación», es, por tanto, lo más eficiente. Y lo más inteligente. No podemos defender el planteamiento de personas que se esconden bajo

perfiles de empleados públicos que se autodenominan «preparados», pero que, en el fondo, si no tuvieran «plaza fija», en el competitivo sector privado serían potenciales parados de larga duración. Ha cambiado el mundo y estos sujetos siguen estando muy preparados, sí, pero lo están en una realidad que ya no existe, para trabajar en una Administración que ya no debería existir, y realizando unas tareas que ya no tienen sentido.

Podemos reivindicar que lo que hacemos las personas no lo deben hacer las máquinas, pero yo no quiero hacer lo que puede hacer una máquina. ¿Qué o quiénes somos en realidad? Quizá el siglo XXI es el momento histórico de reivindicar la naturaleza humana. Mejor defender que nos dejen hacer lo que únicamente puede hacer una persona: resolver problemas, aplicar el sentido común, gestionar equipos humanos, reunirse o hablar con otras personas, empatizar, liderar, etc. Para todo lo demás, pongamos tecnología. ¿Quién aspira a ser más fuerte, más resistente o calcular más rápido que un robot?

Recientemente, la consultora IDC Spain presentó sus pronósticos de inversión en tecnología para los próximos 5 años, a partir del estudio global «IDC FutureScape 2019». Según IDC, una de las palancas para la digitalización es el puesto de trabajo, y en el encuentro se destacaron una serie de predicciones para el puesto de trabajo en 2019. Una de ellas prevé que para 2022 el 30 % de las empresas utilizará tecnología de conversación para aumentar el compromiso del cliente, o que el 75 % de las operaciones de TI serán sustituidas por inteligencia artificial (Fraile, 2018; Martín, 2019). Nuevas interfaces de usuario y automatización de procesos con esta tecnología reemplazarán, asimismo, a un tercio de las aplicaciones actuales basadas en pantalla para 2024, año en el que el 20 % de los trabajadores especializados tendrán un asistente digital colaborativo (Martín, 2019).

En todo caso, nos guste o no, la automatización de las tareas y la convivencia con las máquinas son procesos por los que tenemos que pasar. Por supuesto tendremos que adaptarnos. Adaptarnos es eso que hacemos cuando nos interesa un cambio, algo que ocurre con frecuencia en la vida personal, pero que no es tan habitual en el trabajo. Pero debería serlo: «Siempre que te pregunten si puedes hacer un trabajo, contesta que sí y ponte enseguida a aprender cómo se hace» (Franklin D. Roosevelt).

### 2.1.3. ¿Gestión directa o indirecta?

Si nos detenemos a hacer un seguimiento histórico de las formas que en cada momento se han manifestado preponderantes en cuanto a la gestión de los servicios públicos municipales, observaremos una oscilación, quizá política, quizá «por modas», entre la gestión indirecta y la municipalización (o *publicatio*). Quizá haya llegado el momento de elegir dicha forma de gestión con base en los datos (que arroja el modelo de gestión actual) y las previsiones económicas de los distintos informes que demanda la ley, todo ello teniendo evidentemente en cuenta el principio de eficiencia. Cualquier otro planteamien-

to ha quedado obsoleto, además de que se acercaría mucho a esa peligrosa politización de lo público, en la que la *publicatio* conlleva directa o indirectamente un caldo de cultivo del modelo «todos funcionarios» y la gestión en mano privada también podría provocar disfunciones como la deslegitimación de lo público o el ejercicio de potestades por parte de quienes no las ostentan.

Desarrollando alguna de estas ideas, nos preguntamos si, hoy en día, puede un Ayuntamiento crear una mercantil de capital público para gestionar un servicio público de su competencia, reflexión que es extensible a todas las Administraciones públicas. Y añadimos la referencia competencial porque, vaya por delante, si no es de su competencia, nuestra opinión es que, incluso con los informes del artículo 7.4 de la Ley reguladora de las bases del régimen local (LRBRL) en mano, la necesidad de acreditar «mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b)» (art. 85), esto es, la gestión por el propio Ayuntamiento o por organismo autónomo, nos da una respuesta negativa, por cuanto ambos sistemas, por lógica, deberían ser muy parecidos (tanto da la gestión propia que la de una empresa pública).

Una somera visión de lo acaecido en los últimos años, salvo honrosas excepciones, es que la creación de sociedades mercantiles se justificaba en una mejora de la gestión por la «rapidez y eficacia» que tiene la gestión privada respecto de la puramente pública, y, en la práctica, la «huida de lo público» devino en «chiringuitos» ineficientes y deficitarios.

De lo que trata este artículo es de intentar ilustrar que la gestión pública debe procurar ser lo más parecida posible a la privada, lo que elimina o reduce el argumento. Pero una cosa es mejorar la gestión pública y otra muy diferente es que todo deba ser público. Sería hora de replantearnos el problema, porque, en realidad, todo sale del mismo lugar: capítulo I o capítulo II del mismo presupuesto.

Precisamente, la nueva Ley de contratos del sector público (Ley 9/2017) nos permite garantizar las condiciones laborales y salariales del personal (sin ánimo de exhaustividad): (art. 100) el cálculo de costes para determinar el presupuesto base del contrato debe reflejar los costes «reales» de la plantilla afectada al servicio así como su número, categoría y género (siendo uno de los elementos clave para justificar una revisión de precios) y la obligación de subrogación del personal afectado, respetando condiciones anteriores y el convenio salvo pacto en contrario (art. 130).

Guste o no, determinados trabajos, por su horario e intensidad, se gestionan mejor desde el ámbito privado que desde el público, sin perjuicio de la necesaria comprobación de una ejecución correcta del servicio (este sería uno de los nuevos puestos de trabajo necesarios en un futuro), con una eficaz gestión de primas y penalizaciones y, en último término, rescisiones.

Debemos defender y exigir unos salarios y condiciones laborales dignas, pero entendamos que hay tareas instrumentales que se gestionan mejor desde el ámbito privado, por su flexibilidad y polivalencia, y, por qué no decirlo, por tener unos sistemas de acceso al empleo y control mucho mejores que los públicos. Defendamos un sector público para la gestión con mayor valor, y dejemos el sector privado, mucho más competitivo y adaptable, para las tareas más sencillas. Como ejemplo, desde la cultura de lo «público» pocas RPT prevén que un empleado público de un polideportivo pueda hacer a la vez de monitor, taquillero y conserje de la instalación, u hoy una cosa y mañana otra.

Una reflexión: un adecuado punto de equilibrio entre ambas formas de gestión (gestión directa y concesiones) nos permitiría disponer de recursos para mantener un suficiente nivel de inversiones públicas, pilar imprescindible para evitar los efectos devastadores de las crisis económicas.

#### 2.1.4. Tecnología y teletrabajo

Qué duda cabe de que la tecnología permite una mayor y mejor conciliación de la vida laboral y personal. Con ello nos adentramos en el mundo de la retribución por objetivos (que deben ser susceptibles de medición, independientemente del tiempo de trabajo «presencial») y evaluación del desempeño, pero también en el del llamado «salario emocional», imprescindible para atraer o bien retener, según los casos, el talento. Añadan de nuevo el plus de eficacia y eficiencia, principios que subyacen constantemente en este ensayo, y la funcionalidad de poder utilizar la tecnología para superar algunas dificultades geográficas de comunicación o acceso físico como la insularidad, el carácter rural o, en general, cualquier situación orográfica peculiar, teniendo en cuenta simultáneamente el nivel de conectividad de la zona.

Nuestro trabajo no está en la silla, ni en la mesa. Ni mucho menos en la máquina de fichar. Nuestro trabajo lo llevamos encima. Lo llevamos, sobre todo, en la cabeza, y también en dispositivos como el portátil, la tableta o el móvil, desde donde podemos hacer cientos de gestiones, incluida la de firmar. Una firma que, por cierto, solo admite hoy en día una posibilidad legal: la electrónica. Por otra parte, la palabra «móvil» comparte etimología con «movilidad». En el citado estudio «IDC FutureScape 2019», analizado por Martín (2019), se subraya, asimismo, la importancia de la movilidad como el factor definidor de los modernos puestos de trabajo (entendida, en este caso, no como movilidad entre puestos de trabajo, sino como movilidad del puesto de trabajo):

Movilidad. Sin duda sigue siendo el principal impulsor para la transformación del puesto de trabajo y una de las prioridades de las empresas para mejorar no solo la productividad de los empleados, sino la experiencia de los mismos. La relación entre movilidad y talento la hemos abordado ya en este blog y quedó bien contrastada por una de las predicciones expuestas: en 2021 la demanda de talento hará que el 60 % de las empresas de las compañías de la lista Forbes Global 2000



(G2000) ofrezca trabajo en equipo y remoto, gracias al acceso a las aplicaciones empresariales y de colaboración. Me refería en un artículo anterior, por ejemplo, al valor que aporta la videoconferencia para el trabajador remoto y, por ende, su importancia para la gestión del talento.

El teletrabajo, muy resumidamente, no es otra cosa que un desempeño a distancia. Por esto puede definirse como:

[...] forma de organización y/o ejecución del trabajo realizado en gran parte o principalmente a distancia, mediante el uso intensivo de las técnicas informáticas y/o de telecomunicación y bajo esta óptica lo debemos analizar, pero no olvidemos que alrededor de este concepto se deben abrir otros horizontes de mayor calado e importancia sociocultural (Davara Rodríguez, M. A., Un acercamiento al teletrabajo, en El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, núm. 5/2009, pág. 765, La Ley 8982/2009).

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo lo define como la forma de trabajo efectuada en un lugar alejado de la oficina central o del centro de producción y que implica una nueva tecnología que permite la separación y facilita la comunicación. Eso sí, un desempeño que aporta numerosas ventajas: calidad de vida, conciliación de la vida personal y laboral, «salario emocional», integración de colectivos con problemas de movilidad física, mayores posibilidades para las empresas a la hora de fichar o retener talento, ahorro económico directo tanto para la empresa como para el trabajador, también un ahorro más que evidente de toneladas de combustible, un mayor rendimiento y compromiso por parte del trabajador...

Insistimos en la legalidad de la figura en el ámbito de la Administración. Y no solo por la vía del derecho laboral (véase art. 13 RDleg. 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores –ET–), sino directamente de la rama del derecho público. De hecho, goza de un inequívoco respaldo normativo desde la disposición final sexta de la ya derogada Ley 11/2007, «habilitación para la regulación del teletrabajo», que era más bien un mandato imperativo para regular las condiciones del teletrabajo en la Administración general del Estado. De la misma época es la Orden APU/1981/2006, de 21 de junio, del Ministerio de Administraciones Públicas, por la que se promueve la implantación de programas piloto de teletrabajo en los departamentos ministeriales, y que bajo el epígrafe de «definición del teletrabajo» señala que:

[...] se entenderá por teletrabajo toda modalidad de prestación de servicios de carácter no presencial en virtud de la cual un empleado de la AGE puede desarrollar parte de su jornada laboral mediante el uso de medios telemáticos desde su propio domicilio, siempre que las necesidades del servicio lo permitan y en el marco de la política de conciliación de la vida personal y familiar y laboral de los empleados públicos.

A nivel europeo encontramos el Acuerdo marco europeo sobre teletrabajo, firmado el 16 de julio de 2002 en Bruselas. Por su parte, en el ámbito normativo autonómico destacó, en un primer momento, la Ley 10/2010, de 9 de julio, de ordenación y gestión de la función pública valenciana, cuya disposición adicional décima estableció:

La administración de la Generalitat, en el marco del Plan para la Implantación de la Administración Electrónica, y de garantía en el acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, incorporará las fórmulas telemáticas más adecuadas para hacer posible la implantación del teletrabajo. La definición de los ámbitos funcionariales o colectivos en los que pueda ser posible el teletrabajo, en atención a sus características o por las funciones que deban desempeñar, será delimitada reglamentariamente.

Dicho desarrollo reglamentario se abordó mediante el Decreto 82/2016, de 8 de julio, del Consell, por el que se regula la prestación de servicios en régimen de teletrabajo del personal empleado público de la Administración de la Generalitat.

Otras normas autonómicas son la Ley 13/2015, de 8 de abril, de función pública de Extremadura (art. 50 en relación con el Decreto 1/2018, de 10 de enero, por el que se regula la prestación del servicio en modalidad no presencial en la comunidad autónoma de Extremadura); la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia (art. 107 y Orden de 5 de septiembre de 2016); y en Castilla y León los interesantes Decretos 9/2011, de 17 de marzo, por el que se regula la jornada de trabajo no presencial mediante teletrabajo en Castilla y León, y 16/2018, de 7 de junio, por el que se regula la modalidad de prestación de servicios en régimen de teletrabajo en la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

Esta forma de organización de la prestación laboral puede suponer importantes beneficios, tanto para la organización, al exigir la identificación de objetivos y la evaluación del grado de su cumplimiento, como para los propios empleados que, al poder desempeñar parcialmente su trabajo desde su domicilio, ven aumentadas sus posibilidades de conciliación del desarrollo profesional con su vida personal y laboral.

En definitiva, los medios electrónicos son perfectamente compatibles con los telemáticos. Normalmente cuando hablamos de tramitar desde casa nos referimos al ciudadano, pero qué duda cabe de que la tecnología permite teletrabajar del mismo modo que permite teletramitar. Si se cumplen los objetivos y el Esquema nacional de seguridad, no debería haber problema. A cambio, las Administraciones públicas disfrutarán de empleados públicos más implicados y satisfechos. Como afirma Del Val (2015, 2016) en el artículo «Teletrabajo, ¿por qué no?»:

No cabe duda de que en unas Administraciones públicas no acostumbradas a la gestión por objetivos, basadas en una cultura arraigada en la importancia de la presencia en el puesto de trabajo, es difícil introducir mecanismos de teletrabajo, pero

es incuestionable la necesidad de abordar su implantación en la Administración general del Estado y su generalización en las Administraciones autonómicas, dado que puede contribuir tanto a una mayor satisfacción laboral del empleado público como a su mayor implicación en el cumplimiento de los objetivos de la unidad administrativa donde presta sus servicios profesionales.

## 2.2. Factores internos

Nada de lo que se va a expresar a continuación constituye ninguna novedad. Todo se ha dicho anteriormente algunas o muchas veces, con poco o escaso éxito.

### 2.2.1. Envejecimiento y temporalidad

Tan solo con pasear por cualquier Administración, resulta un hecho evidente y objetivo su envejecimiento medio. Como cita Viaña (2017), entre otros muchos, «más del 40 % de los trabajadores del sector público supera los 50 años».

En los próximos 10 años se van a cruzar dos fenómenos: por un lado, la lógica reposición de los efectivos que cesen por edad y la estabilización/consolidación del ingente colectivo de personal temporal producto de los años de congelación de las ofertas de empleo (entre un 20 y un 40 %).

Como indica Ramió (2017), los problemas de la «gerontoadministración» (sindicato UGT, Radio León, 2016) son graves y habrá que planificarlos (PORH –Plan de ordenación de recursos humanos–). «La hipótesis es que es un problema evidente pero que ni preocupa, ni se analiza y, obviamente, no se toman medidas para su resolución más o menos proactiva»:

- Estudiar el problema, al menos en organizaciones medias y grandes (más de 100 empleados), para reflexionar las posibles soluciones, evitando actuar de forma «mimética». No solo con las jubilaciones, también con los empleos temporales que quizás tampoco sean los más adecuados.
- La descapitalización del conocimiento, pues no se puede sustituir la memoria y la experiencia con personal con grandes conocimientos teóricos, pero poca práctica vital y de la organización. Elementos complejos como «con qué –forma y método–», «con quién –interacciones–», «dónde –buscar, almacenar–» no se aprenden en unas pruebas selectivas.
- Planificar el futuro: lo que hagamos ahora serán las Administraciones de los próximos 40 años.

No existe una única alternativa al problema. Ni dejarse llevar (duplicar la organización actual con nuevas incorporaciones, obviando que el mundo al que vamos no se va a parecer al mundo del siglo XX) ni externalizar toda la gestión. Habrá que aprovechar las fortalezas interiores: la formación y promoción ligada a la evaluación real del rendimiento y la trayectoria deben ser las principales herramientas, estableciendo pautas contra la desmotivación y para sacar a parte de la organización de su «zona de confort».

Habitarse a las técnicas de «reingeniería de procesos» y de mejora continua, redactando protocolos de todos y cada uno de los procedimientos en todos sus aspectos, incluyendo modelos normalizados (externos, internos, archivo pasado y futuro), simplificando y acumulando trámites, con el énfasis en la actuación administrativa automatizada (que debería llegar al 95 % de los procesos: lo que pueda hacer una máquina...). Fomentar el aprovechamiento de las sinergias entre ellas, favoreciendo la creación de grupos de trabajo especializados, lo que sería un buen motivo para introducir complementos de productividad vinculados a la consecución de estos objetivos.

### 2.2.2. Repensar la estructura

Sin prejuizar el sistema, la mayor parte de la Administración pública española se rige por un sistema mixto (cuerpos/puestos), donde los empleados públicos se integran en cuerpos (cuerpos, escalas o categorías), unos generales y otros especiales (titulaciones específicas, especialidades, oficios). Las funciones (competencia) y tareas se otorgan por las normas de creación (en los cuerpos superiores y especializados), en las normas de organización y organigramas, y, en último término, en la RPT. A pesar de la apariencia, estos catálogos distan mucho de ser completos, al confundir función con tarea, tarea con capacidad y función/tarea del individuo con funciones/competencias de cada órgano. Cualquier cambio supone «casi» una revolución, debido, entre otras cosas, a la cultura funcionarial y sindical de resistencia al cambio, venga de donde venga.

De entrada, habría que repensar qué puestos van a continuar necesitándose en el futuro, cuáles van a disminuir o, incluso, desaparecer y qué perfil deben tener. Como cita Ramió (2017):

[...] en el caso de las jubilaciones de los empleados públicos menos cualificados y más instrumentales se abre una ventana de oportunidad para su extinción debido a la nueva organización del trabajo derivada de las tecnologías de la información y del inminente impacto de la robótica.

Sería bueno recordar los problemas generados por la longeva Ley 30/1984 y que desembocaron en el EBEP de 2007:

- Coloquialmente dijimos: «Mucho jefe y poco indio». Esta fue la consecuencia de la inexistencia de una carrera administrativa planificada.

- El lema individual y colectivo: «Reclasificación». Por este sistema, pensando en la persona o el colectivo y no en el puesto, se aumentaron complementos de destino y específicos con poca o ninguna justificación objetiva.
- La «desmotivación» y «acomodación» inherente a un sistema que condena a los empleados públicos a permanecer más de 35 años de vida laboral con la única perspectiva de cumplir trienios.

Sería el momento de repensar la estructura más plana y simple, con unidades transversales, con menos cargos intermedios (jefaturas diversas) y con más puestos de «gestor» con tareas concretas (variables fácilmente) asignadas en función de las competencias acreditadas, y donde la función directiva profesional sea dirigir, coordinar y evaluar al individuo y al equipo (de forma comparada con otras unidades y entidades), manteniendo constante la comunicación interna y externa, y, sobre todo, lanzando propuestas de mejora continua.

En el siglo XXI no van a servir empleados «que hacen lo que se les manda», ni jefes para todo y que controlan todo. Cada elemento de la estructura debe responsabilizarse de lo que hace. Tampoco se puede continuar con el sistema departamental (taifas) que tantos problemas genera de falta de coordinación y de ineficiencia en la utilización de los recursos.

El eje de la nueva Administración debería girar sobre:

- Definir la función directiva profesional, ligada a objetivos y a la rendición posterior de cuentas, como eje de la nueva cultura.
- Ya lo estableció el EBEP: grupo A y grupo C (el grupo B cabe dejarlo para profesiones o especialidades). Salvo para puestos directivos y especializados superiores (letrados, inspectores, habilitados, intervención, algunas profesiones colegiadas), el acceso se realizaría por el subgrupo inferior (A2 y C2) y estaría planificado mediante la evaluación continua y la carrera profesional, la posibilidad de acceso al subgrupo superior dentro de los itinerarios profesionales.
- Partiendo de unas funciones genéricas y obligatorias de cada cuerpo, definir las tareas/responsabilidades de cada unidad e individualmente de cada puesto (un buen ejemplo es el trabajo del CORH –Comunitat de Recursos Humanos, Diputación de Barcelona– definiendo perfiles y competencias de puestos). Esto debe ser dinámico y no estático. Las nuevas tecnologías deben permitir «medir y evaluar» las tareas realizadas y los objetivos.
- Mantener la especialidad solo cuando sea necesario, como profesiones colegiadas o tareas muy especializadas y/o con el volumen necesario.
- Transversalidad. Los tiempos «muertos» de cualquier puesto pueden ser asignados en cualquiera de las tareas de la organización, dentro del nivel de competencia. Coexistencia de departamentos con unidades transversales e interdepartamentales.

- Premiar y valorar la adaptabilidad, capacidad de aprendizaje y la actitud proactiva. La persona que puede lo más (tareas/competencias) puede lo menos. Al contrario, no.
- Valorar las competencias adquiridas de forma efectiva, no solamente mediante la simple asistencia a cursos de formación.
- Favorecer e incentivar la polivalencia y el cambio de tareas o puesto de trabajo, como incentivo a la transferencia de conocimiento, evitando la excesiva «parcelación» de la gestión.

### 2.2.3. Los nuevos perfiles

En general, la mayor parte de los estudios comparados nos dicen que en España no tenemos un exceso de empleados públicos. Lo que ya no está tan claro es que los tengamos en la clasificación más correcta para seguir generando valor (utilidad) a los ciudadanos, porque esa es nuestra razón de ser.

Resulta más que interesante la lectura del trabajo de Gorriti (2019) sobre «Los puestos de trabajo del futuro en el sector público», y el resultado es bastante preocupante. Hay toda una serie de tareas que por la robotización y la inteligencia artificial van a disminuir o desaparecer, pero, como indica el autor, la Administración no solo se mide por criterios económicos: «Estos criterios no están claros en las AAPP porque tampoco está claro que la eficacia y la eficiencia sean sus únicas metas».

Pero la evolución al siglo XXI no será inmediata, siendo necesario realizar la transición, por lo que deberemos buscar perfiles adaptables más que especialistas en una sola materia, así como incrementar el nivel si queremos seguir prestando servicios cada vez más complejos a los ciudadanos. Siguiendo a Gorriti (2019): «Esta complejidad exigirá un mayor nivel educativo exigible o susceptible de adquirirse, por lo que la formación y la promoción interna serán más importantes en las políticas de RRHH».

Los perfiles que aumentarán son los relacionados directamente con las personas: la educación infantil y primaria (en las superiores, el avance de los métodos virtuales, cuando menos, supondrá un gran cambio) y la sanidad (al menos de momento, hasta la robotización), la seguridad ciudadana, los servicios sociales personales, y, con gran amplitud, el ocio activo en todas sus múltiples facetas.

Los puestos de inspección y control y auditoría, así como la vigilancia de las concesiones y contratos, que también prestan un servicio a los ciudadanos, deberían incrementarse. Y no estaría de más recordar el potencial de reequilibrio que pueden realizar las Administraciones públicas respecto de la España interior despoblada, aumentando servicios y atención (electrónica, sí), pero también personal, con un nicho de empleo público en funcionarios habilitados de las oficinas de asistencia en materia de registro.

## 2.2.4. Jubilación y «reemplazos»

Vaya por delante la terrible dificultad de planificar en las Administraciones españolas por el tradicional «corsé» presupuestario anual que impide planificar a más de 1 año (véase Nieto, 1996, p. 123), el concepto de «criminogeneidad» en la ejecución presupuestaria). Resultaría muy conveniente que, al igual que se hace con los contratos administrativos (gastos comprometidos), pudieran planificarse gastos futuros (horizonte 3-4 años) para ordenar la gestión de personal de forma racional.

La necesidad de «planificar» a través de los planes de ordenación u otros semejantes está prevista en el artículo 69.2 a) del EBEP: «Análisis de las disponibilidades y necesidades de personal, tanto desde el punto de vista del número de efectivos, como del de los perfiles profesionales o niveles de cualificación de los mismos», con el objetivo de:

[...] contribuir a la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y de la eficiencia en la utilización de los recursos económicos disponibles mediante la dimensión adecuada de sus efectivos, su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad.

Sin perjuicio de cambios futuros, el artículo 19 de la Ley de presupuestos generales del Estado para el año 2018 (LPGE 18) (redacción idéntica en el proyecto LPGE 19) regula la tasa de reposición de forma «numérica» respecto de los efectivos, pero estos pueden intercambiarse entre sectores prioritarios, lo que se ha ampliado a todos los puestos con el genérico «personal de atención a los ciudadanos en los servicios públicos».

Por tanto, antes de «repetir» la organización existente, hay que pensar en la organización futura, manteniendo el mismo número de efectivos. No solo en número, sino también en su clasificación: quién no conoce algún puesto clasificado por presiones o para satisfacer intereses o conflictos individuales o colectivos.

Salvo en el supuesto anterior del personal laboral, escaso margen da el marco jurídico actual para planificar la «transición» entre los funcionarios que se jubilan y las nuevas incorporaciones. Ni jurídica ni presupuestariamente.

Veamos lo que ya se puede hacer. Podemos «preparar» al personal afectado (formación) para que tome conciencia de que es mejor un cambio planificado y gradual que pasar de una dedicación completa al trabajo a una dedicación completa al ocio. Aunque ello suponga reducciones temporales retributivas.

Las diferentes posibilidades serían, partiendo siempre de la voluntariedad de los afectados (embarcarse en este proceso con la perspectiva de interminables juicios con final incierto no resulta recomendable):

1.º La opción económica (premios a la jubilación anticipada) ha sido declarada contraria a derecho por el Tribunal Supremo recientemente (STS 1062/2018, de 20 de marzo, ratificada por STS 842/2019, de 14 de marzo) por entender que se trata de un concepto retributivo no previsto legalmente, al no tratarse de una mejora directa de prestaciones de la Seguridad Social.

Aunque deberíamos tener en cuenta que en el supuesto enjuiciado las ayudas a la jubilación se constituyen como un derecho, es decir, no vinculadas a una planificación de los recursos humanos. En el marco de los planes de empleo, la disposición adicional vigésima primera de la Ley 30/1984 establece que:

Las comunidades autónomas y las corporaciones locales, de acuerdo con su capacidad de autoorganización, podrán adoptar, además de planes de empleo, otros sistemas de racionalización de los recursos humanos, mediante programas adaptados a sus especificidades, que podrán incluir todas o alguna de las medidas mencionadas en los apartados 2 y 3 del artículo 18 de la presente ley, *así como incentivos a la excedencia voluntaria y a la jubilación anticipada* (la cursiva es nuestra).

2.º Otra posibilidad es la reducción de jornada en el marco de un PORH. Con carácter supletorio, en la Resolución de 28 de febrero de 2019 de la Secretaría de Estado de Función Pública, en su punto 5.1, se establece:

En aquellos casos en que resulte compatible con la naturaleza del puesto desempeñado y con las funciones del centro de trabajo, el personal que ocupe puestos de trabajo cuyo nivel de complemento de destino sea igual o inferior al 28 podrá solicitar al órgano competente el reconocimiento de una jornada reducida, ininterrumpida, de las nueve a las catorce horas, de lunes a viernes, percibiendo el 75 % de sus retribuciones.

Esto es, una reducción media del 33 % permite abonar el 75 % de la retribución. En la misma línea está el artículo 30.4 de la Ley 30/1984:

Los funcionarios a quienes *falten menos de 5 años para cumplir la edad de jubilación forzosa* [...] podrán obtener, a su solicitud, la reducción de su jornada de trabajo hasta un medio, *con la reducción de retribuciones que se determine reglamentariamente*, siempre que las necesidades del servicio lo permitan. Dicha reducción de jornada podrá ser solicitada y obtenida, de manera temporal, por aquellos funcionarios que la precisen en procesos de recuperación por razón de enfermedad, siempre que las necesidades del servicio lo permitan (la cursiva es nuestra).

Ciertamente, este precepto permite margen de negociación.



Con las posibilidades abiertas por la reciente disposición adicional centésima cuadragésima cuarta de la LPGE 18 sin distinción de grupos ni niveles, siempre que se cumpla con los requisitos de estabilidad, regla de gasto y deuda, y la posibilidad de incluir en un PORH «previsiones sobre los sistemas de organización del trabajo y modificaciones de estructuras de puestos de trabajo», debería estudiarse esta reducción y, además, planificarla «en cómputo diario, semanal, mensual o anual», de forma que la prestación de servicios se concentre en los periodos más beneficiosos para ambas partes y, si fuera posible, mediante fórmulas de teletrabajo.

Lógicamente, en esta situación no se debería modificar el régimen de cotización, ya que no es lo mismo un puesto con jornada a tiempo parcial que una reducción transitoria y voluntaria de la jornada en el marco de la conciliación o de la planificación.

3.º Otra posibilidad no siempre conocida son las licencias o permisos sin retribución (o sin sueldo o por interés particular) para el personal funcionario. Con carácter general, su ventaja es que no afectan a la carrera laboral, ya que se mantiene la cotización durante esta situación para el personal funcionario (Orden de 27 de octubre de 1992), «siendo la base de cotización la que correspondería, de haber continuado su prestación de servicios». Esto no es posible para el personal laboral, pero en el marco de un PORH/convenio colectivo podría acordarse asumir el coste de la suscripción de un convenio especial con la Seguridad Social para igualar las condiciones con el personal funcionario.

La Ley de funcionarios civiles del Estado (Decreto 315/1954) establece supletoriamente que «su duración acumulada no podrá en ningún caso exceder de 3 meses cada 2 años», estando regulada esta materia por cada Administración pública de forma semejante: mes y medio cada año.

Teniendo en cuenta que no afectaría a la jubilación futura (aunque sí a la retribución, tanto mensual como a la paga extraordinaria), los empleados públicos deberían pensar seriamente esta posibilidad, al menos a partir de los 58-60 años para realizar una transición gradual al ocio, incluso facilitando su disfrute discontinuo, aunque planificado y vinculado a una programación de necesidades.

4.º La Ley 30/1984 prevé unas situaciones inexploradas, que incluso están abiertas («entre otras» medidas, dice el art. 69.2 EBEP), siempre dentro de un plan del empleo o PORH y la voluntariedad de los afectados.

Para las situaciones de reasignación de efectivos y excedencia forzosa, la Ley 30/1984 recoge expresamente la posibilidad de «otras ayudas que en el propio plan de empleo puedan establecerse», por lo que con imaginación se pueden articular periodos de «transición» previos a la jubilación forzosa: permitir su duración discontinua y aumentar la retribución, así como mantener la cotización en el supuesto de excedencia forzosa asumiendo el coste del convenio especial.

5.º También sería razonable clarificar la edad de jubilación forzosa de los funcionarios en el EBEP: si la edad legal es «la que prevean las normas reguladoras de dicho régimen para el acceso a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva sin coeficiente reductor por razón de la edad», debería eliminarse la mención a los 65 años.

Incluir medidas legales de rejuvenecimiento obligatorio en los colectivos con edades de jubilación anticipada (emergencias y fuerzas de seguridad), porque para eso se aprueban, y más cuando el sector sanitario y educativo (los dos sectores con mayor empleo) están reclamando las mismas medidas.

6.º En cuanto a la posibilidad de establecer limitaciones a la prolongación de la edad de jubilación tanto del resto de los funcionarios como del personal laboral, dada la nueva redacción de la disposición adicional décima del ET (RDleg. 2/2015) por el Real Decreto-Ley 28/2018, debe planificarse de forma objetiva y estudiada. Esto es necesario para evitar caer en arbitrariedades:

En consecuencia, los criterios para la concesión o no de la prórroga, dentro de esa amplia discrecionalidad del legislador para fijarlos, han de ser objetivos y aplicables a todos los funcionarios afectados, sin que pueda utilizarse para denegar la prórroga un criterio subjetivo, máxime si implica materialmente una sanción, lo que acercaría la actuación de la Administración a la desviación de poder (FJ 3.º STS 4607/2015, de 4 de noviembre).

Un reciente ejemplo estaría en el Decreto 7/2019, de 25 de enero, del Consell, por el que se aprueba el Plan de ordenación de recursos humanos 2019-2021 del personal de la Conselleria de Sanidad de la Generalitat Valenciana, donde se condiciona la continuación de los servicios entre los 67 a 70 años a la «la transmisión del conocimiento experto adquirido durante su trayectoria profesional a la organización sanitaria», debiendo la persona solicitante justificar «los motivos por los que su permanencia pueda contribuir a la satisfacción de necesidades de la organización», con revisión anual. Además, debe acreditarse el mantenimiento de las aptitudes psicofísicas y no superar el absentismo medio, y estar en uno de los supuestos siguientes: o estar en categorías con dificultad de sustitución o que en la citada categoría existan tasas de empleo superiores al 90 % según las encuestas actualizadas del Instituto Nacional de Estadística (INE) de inserción de titulados.

*De lege ferenda*, quizá sería más fácil extender la figura del funcionario «emérito» (semejante al profesor equivalente), de forma que se compatibilizara durante un tiempo (2 años, renovables) la jubilación con un trabajo a tiempo parcial para garantizar la transición del conocimiento (beneficio para la organización) con la transición a la jubilación (beneficio para la persona). Siguiendo con las propuestas: si en algo puede aliviar las mermadas arcas de la Seguridad Social, debería estudiarse extender a todos los funcionarios de carrera (como ocurre con los interinos) la obligación de cotizar por desempleo. A cambio, las Administra-

ciones podrían tener las armas para acometer un cambio generacional de forma planificada y paulatina (jubilación parcial).

### 2.2.5. Selección

El mundo ha cambiado y las personas con él, nos guste o no. Del ser humano con gran memoria, hemos pasado al ser humano con capacidad de búsqueda, adaptación y comprensión de la gran cantidad de información que tenemos. Entre la Ley de procedimiento de 1958 y la siguiente pasaron 34 años, de forma que un empleado público pudo pasar toda su vida profesional bajo el paraguas de la Ley de 1958. Esto ya no volverá a ocurrir, salvo regresión.

A pesar de sus muchas críticas, el test sigue siendo la forma de hacer una primera criba en procesos de selección multitudinarios para acreditar un mínimo de aptitudes y habilidades. A partir de ahí, los nuevos procesos selectivos deberían tratar de limitar los *falsos negativos* (Gorriti, 2018): fomentar pruebas prácticas y demostración de habilidades con acceso a códigos, repertorios legislativos y jurisprudenciales y técnicos, huyendo de las pruebas memorísticas y literales.

Incluir con carácter general pruebas de idiomas, práctica de paquetes informáticos de oficina, talento e imaginación en la resolución de problemas y, valorando la inteligencia (interpretación sistemática y operativa), pruebas expositivas (no tanto «cantar» un tema literal como redactar/exponer un problema con base en un guion).

Si volvemos a los simples test cortos, muy cortos, con temarios reducidos (realizados a la carta del personal interino) e, incluso, con notas de corte más bajas del aprobado, estaremos consiguiendo mantener la misma Administración acomodada que teníamos.

### 2.2.6. La temporalidad

Las Administraciones públicas han olvidado que la temporalidad no puede ser la solución a la falta de políticas activas de empleo por parte de las Administraciones superiores (general del Estado y comunidades autónomas).

En nuestro derecho (nacional y de la Unión Europea), la temporalidad debe tener una causa concreta y real, evitando genéricos «por necesidades del servicio». Además de que producir una «inflación artificial» de personal en las Administraciones inferiores (sobre todo la local) produce más problemas que soluciones, al «acostumbrar» a la organización a disponer de un personal «irreal», realizando trabajos muchas veces innecesarios o segregando tareas para dar ocupación activa al personal temporal, además del esfuerzo humano de enseñar y tutelar de forma consecutiva.

Se olvida que el sujeto activo de las políticas activas de empleo debería ser primordialmente el sector privado, al menos en un 60 % como corresponde a su peso en el producto interior bruto español.

La Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, y las sentencias recaídas recientemente están abocando al abono de indemnizaciones por parte de las Administraciones que han abusado de la contratación temporal (muchas veces obligadas por las Administraciones superiores; en otras, por la prohibición de realizar ofertas de empleo estable), pero también en los nombramientos por programas sin causa o interinos prolongados. Como recuerda la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 14 de septiembre de 2016, asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15:

53. En la medida en que en los litigios principales no existe ninguna medida equivalente y eficaz de protección respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de derecho administrativo, la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los trabajadores indefinidos no fijos, con arreglo a la jurisprudencia nacional existente, podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el acuerdo marco.

Por más que esta sentencia se haya «aplacado» en parte por la STJUE de 5 de junio de 2018, asunto C-677/16 (solamente en los supuestos de que el empleado tuviera exclusivamente un contrato o nombramiento de interinidad por vacante y que, además, no existiera un fraude de ley previo ni uno posterior por no convocar la plaza debidamente), lo cierto es que la situación está al albur de lo que puedan determinar los juzgados y tribunales por el mantenimiento de una relación laboral con «una duración inusualmente larga» (apdo. 64), ratificada por la STJUE de 21 de noviembre de 2018, asunto C-619/16. Recientemente, dos abogados generales del TJUE en sus conclusiones de 17 de octubre de 2019 (abusos sobre contratación temporal en el personal estatutario sanitario, asuntos C-103/18 y C-429/18; cese de funcionaria interina por vacante, asunto C-177/18) respaldan la posición de denegar el derecho a indemnización a la que llega la segunda STJUE del asunto De Diego Porras (C-619/17).

Dicho lo anterior, volvamos a la necesidad de planificar: un trabajo extraordinario incluso de varios años no debe suponer obligatoriamente un puesto estable para los próximos 30 años. La acumulación de tareas y los programas (u obra o servicio en el ámbito laboral), correctamente definidos y con sustantividad propia, sirven perfectamente para esta finalidad.

No está de más recordar la reciente STS 3251/2018, de 26 de septiembre, sobre los programas que excedan con mucho el máximo de 3 años (ampliable por 1 año más por la legislación autonómica), que obliga a justificar la necesidad o no de considerar la plaza estructural:

[...] en un caso como el enjuiciado, en que el nombrado cubrió necesidades que, de hecho, no tenían carácter provisional, sino permanente y estable, debe valorarse, de modo motivado, fundado y referido a las concretas funciones que prestó, si procede o no la ampliación de la relación de puestos de trabajo de la plantilla municipal, observando después las consecuencias jurídicas ligadas a tal decisión, entre ellas, de ser negativa por no apreciar déficit estructural de puestos fijos, la de mantener la coherencia de la misma, acudiendo a aquel tipo de nombramiento cuando se dé alguno de los supuestos previstos en ese art. 10.1, identificando cuál es, justificando su presencia, e impidiendo en todo caso que perdure la situación de precariedad de quienes eventual y temporalmente hayan de prestarlas (FJ 18.º).

La consecuencia fue la readmisión del funcionario interino cesado por decreto, lo que sin duda nos lleva a la necesidad de estudiar, justificar y planificar (PORH) la creación o amortización del puesto, que posiblemente generarán derecho a indemnización.

### 2.2.7. Sistema retributivo

El EBEP pretendió establecer un nuevo sistema retributivo, si bien dejó diferida su aplicación a lo que dispusieran las leyes de desarrollo (tanto la del Estado como la de las comunidades autónomas).

Sin embargo, las Administraciones que han implementado el sistema de carrera a partir del EBEP han mantenido el anterior sistema retributivo, al que han «añadido» el complemento de carrera como una forma de incrementar retribuciones.

No parece que fuera eso la voluntad del legislador, que por ello acordó un sistema de garantía en la disposición transitoria primera:

1. El desarrollo del presente estatuto no podrá comportar para el personal incluido en su ámbito de aplicación la disminución de la cuantía de los derechos económicos y otros complementos retributivos inherentes al sistema de carrera vigente para los mismos en el momento de su entrada en vigor, cualquiera que sea la situación administrativa en que se encuentren.

Vale la pena recordar lo evidente, que se está ensanchando la diferencia retributiva entre el sector público y privado, analizada por Cuenca (2009), entre un 20-30 %, mayor cuanto menor es la cualificación, y que seguramente se ha agrandado a partir de la gran crisis de 2008 y la reforma laboral de 2012: devaluación salarial del 12 % entre 2008-2015 en el sector privado (Alonso, 2018), muy superior al 5-7 % de media que se redujeron las retribuciones de los empleados públicos en 2010 por el Real Decreto-Ley 8/2010, ya que la congelación de la paga extra de 2012 se ha recuperado.

A lo que hay que añadir el incremento de medidas de conciliación y de reducción de jornada, como los días de antigüedad (era lo único que se podía conceder en tiempos de crisis que no supusiera un coste económico directo), la posible reducción de jornada de 1.642 horas anuales de acuerdo con la disposición adicional centésima cuadragesima cuarta de la LPGE 2018, sobre una jornada que ya era inferior al promedio de 1.691 en el conjunto del Estado (sector público y privado) (Europa Press, 2018), y un mayor absentismo (mejora de la incapacidad temporal por la disp. adic. quincuagesima cuarta LPGE 2018), por más que nos pese. Y todo ello con escasas perspectivas de que esto suponga un aumento de la productividad de los empleados públicos.

Los recursos humanos de las Administraciones públicas constituyen un «ecosistema» con sus propias reglas, no tan diferentes de las del resto de la humanidad: se nutre de la confianza (acceso a un empleo estable) y de unas expectativas de progresión. Un buen engranaje de ambos aspectos permitiría reclutar talento para las Administraciones, y continuar generando «valor» para la ciudadanía y objetividad en la prestación de los servicios.

Este esquema permitiría solucionar un doble problema sin excesivos efectos presupuestarios:

- 1.º Mantenimiento del número de efectivos, aunque repensando su clasificación y perfiles, que accederían de forma estable a unas retribuciones sensiblemente inferiores.
- 2.º La legítima aspiración al reconocimiento de unas retribuciones superiores a los empleados en función de una carrera ordenada, basada no solo en la meritocracia objetiva (años, títulos, asistencia a cursos, es decir, «papeles»), sino también en la evaluación real de aptitudes y actitudes (saber hacer, saber ser y estar), y, si no es pedir demasiado, valorando el compromiso.

Solo faltaría añadir un esquema de sustitución temporal (coexistencia) entre la generación que se jubila en los próximos 10 años y la nueva, lo que nos devuelve a lo ya propuesto: si debemos cotizar por desempleo, hágase la modificación legislativa como en su día se realizó para el personal interino.

## 2.2.8. La evaluación del desempeño, la carrera y el complemento de productividad

A pesar de que el artículo 20 del EBEP (básico para todas las Administraciones, incluso la educativa y sanitaria) está vigente desde 2007, existe una resistencia cultural a su utilización.

Nuestra cultura confunde el buen compañero con el buen profesional. Y se toma muy mal calificar a unos compañeros de forma diferente a los demás. La sinceridad no está bien

vista. La guinda, el «café para todos» sindical. Con estas premisas, la voluntad del legislador de establecer un «procedimiento mediante el cual se mide y valora la conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados» resulta de difícil aplicación, por tener muchos aspectos objetivos y otros necesariamente subjetivos.

La realidad es que poco ayudan los sistemas de gestión actuales. Confiemos en que el avance de la administración electrónica y los programas de gestión de expedientes, junto con sistemas de evaluación continua de la calidad (interna y externa, como las cartas de servicios), permitan de forma más ágil cuantificar el trabajo real tanto de los órganos y unidades, como de cada uno de sus miembros, midiendo sus capacidades. Y que ello tenga sus consecuencias, positivas o negativas, al menos sobre la carrera y la productividad.

Mientras esto no sea así, continuaremos con los sistemas de evaluación igualitarios y con falsas productividades con repartos casi lineales, evitando complicaciones con los compañeros.

Con los puestos de jefatura debería instaurarse una cultura de determinación de objetivos y su medición al menos de forma anual (memorias de gestión), y una nueva evaluación en periodos predeterminados (máximo 5 años), viendo normal el cambio de puesto como forma de evitar la acomodación, los vicios adquiridos y para mejorar la transferencia de conocimientos interna (máximo 10 años).

También resultaría beneficioso, al igual que está regulada la remoción del puesto, regular la posibilidad de «dimisión motivada» (como método preventivo de conflictos), sin perjuicio de establecer un procedimiento contradictorio y un periodo de preaviso mínimo, así como ciertas garantías en el supuesto de dimisión por cuestiones de incompatibilidad profesional.

Abramos también una ventana a la subjetividad de forma transparente y motivada, y establezcamos el complemento de productividad como la parte en la que evaluamos a la organización, pero donde existe un hueco para las actitudes personales, si se quiere tasado (limitación sobre el global de las retribuciones), pero que permita la implicación de los mejores. Reconozcamos una obviedad: ni todos somos iguales ni somos siempre iguales.

### 2.2.9. Otra posibilidad: el Sistema Nacional de Salud o la Comunidad Foral de Navarra

Hay un ejemplo que ha demostrado un funcionamiento más que correcto: la sanidad pública. Si tenemos la mejor sanidad del mundo, quizá deberíamos explorar qué diferencias tiene su sistema de organización con las demás Administraciones. No pretendemos decir que sea perfecto (nada lo es), sino buscar la diferencia y sus fortalezas.

Su regulación se encuentra en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud con carácter básico, más el desarrollo autonómico. Obsérvese que es anterior al EBEP de 2007.

De entrada, el sistema parte del derecho a la «libre circulación del personal estatutario en el conjunto del Sistema Nacional de Salud», lo que obliga a tener un esquema de cuerpos y escalas bastante homogéneo en el conjunto, de forma que «corresponde al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad la aprobación de un catálogo homogéneo donde se establecerán las equivalencias de las categorías profesionales de los servicios de salud» (arts. 15 y 37) para garantizar el derecho a la movilidad (sin perjuicio del perfil lingüístico que puedan exigir las comunidades autónomas con lenguas propias).

Para garantizar este derecho a la movilidad se ha generalizado el concepto de puesto «base» o «tipo», que ocupan todos los empleados de la misma escala o categoría, más las posibles diferencias en el complemento específico (o de puesto): turnicidad, nocturnidad, festividad, disponibilidad, o por trabajar en algunos servicios concretos (urgencias, autopsias).

Sobre este tipo de puesto se realizan los concursos de movilidad, y es el que tienen reservado todas las personas que ocupan «jefaturas» (pueden volver a su mismo puesto base), de forma que resulta bastante generalizada la evaluación continua de las mismas, y transcurrido un plazo determinado de tiempo la necesidad de volver a concursar (nueva provisión del puesto).

El sistema, ya en 2003, se compensa con el complemento de carrera en función de méritos, cursos, objetivos, y la evaluación del rendimiento, de forma que el empleado, sin necesidad de optar a jefaturas, obtiene unos ascensos que son más rápidos cuantos más méritos realice. Y ha sido habitual establecer complementos de productividad por cumplimientos de objetivos de reducción de listas de espera.

Con independencia del sistema utilizado, la realidad es que hay comunidades autónomas que ya aplican un sistema diferente al del Estado. Un ejemplo estaría en Navarra, que mediante el Decreto foral 158/1984, de 4 de julio, ha regulado con bastante precisión las retribuciones complementarias (con cierto margen porcentual) y, además, ha englobado a las entidades locales en su ámbito de aplicación, algo sobre lo que deberían reflexionar todas las comunidades autónomas y entidades locales para evitar el reino de taifas actual con la excusa de una mal entendida «autonomía local».

En Navarra se ha establecido un puesto inicial, y un sistema de ascensos de entre 2 y un máximo de 8 años en que necesariamente se asciende de nivel. Por méritos propios, puede acelerarse el proceso. Sin duda, esto genera confianza y expectativas.

Unamos esto a una carrera planificada del subgrupo inferior (C2 y A2) al subgrupo superior (C1 y A1), con pruebas más prácticas y con cierta valoración de los resultados obte-



nidos en la evaluación del desempeño, y seguramente tendremos una Administración con unos empleados más implicados.

### 2.2.10. La necesidad de una nueva planta

No se puede hablar de reflexionar sobre una nueva función pública sin mencionar si la planta de las Administraciones es la más adecuada para encarar el siglo XXI. El primer problema fácilmente detectable es el exceso de micromunicipios (INE, 2019; Ministerio de Hacienda, 2019) de los 8.131 existentes, 4.977 del total tienen menos de 1.000 habitantes; 1.852, entre 1.000 y 5.000), de forma que casi el 84 % están en núcleos de población «pequeños». Además, estos municipios suponen 5.755.059 habitantes (datos a 1 de enero de 2017), lo que representa el 12 % de la población.

El segundo es el engranaje de las diputaciones (donde existan) con las comunidades autónomas, porque no hay que olvidar que en las comunidades uniprovinciales su gestión se integró en su comunidad autónoma sin ningún cuestionamiento.

El tercero, ligado a los dos anteriores, un nuevo sistema de financiación acorde con el sistema de competencias.

Resulta curiosa, además, una cuestión impensable en el mundo privado: no existe en nuestra legislación ninguna ley que obligue a establecer (o no establecer) servicios públicos con base en un dato tan esencial como la población, o está obsoleta (art. 26 LRRL). Esto es, legal y potencialmente, todos los municipios podrían poseer una piscina climatizada, una televisión o una universidad. El único sector de legislación que ha intentado «ordenar» su gestión con base en el dato poblacional es el sanitario (Ley 14/1986, general de sanidad, propiciada por Ernest Lluch) con sus áreas de salud (entre 200.000 y 250.000 habitantes, con el mínimo de una por provincia conjugando población con territorio), y mediante los mapas sanitarios, subdivididas en zonas de salud de atención primaria y consultorios locales.

Citando en parte a Boix (2013), resultaría mucho más lógica la agrupación de municipios (municipalidad) en un ratio poblacional más racional para las prestaciones más básicas y accesibles al territorio (unos 25.000-50.000 habitantes mínimo), dejando las tareas más complejas en unas estructuras intermedias similares a las áreas de salud (mancomunidades, comarcas, *veguerías*), cediendo las grandes competencias de las diputaciones a las comunidades autónomas (carreteras, recaudación).

No pretendemos reducir municipios (base cultural de los asentamientos, junto con la tradición), sino racionalizar sus competencias y su gestión como se hace con otras materias (gestión de residuos, grandes infraestructuras), dejando una coexistencia entre el mundo local próximo con una municipalidad superior. A estas, se añadirían unas nuevas estructuras intermedias (las tres con representación directa) que podrían acometer incluso nuevas

competencias (como la gestión de la educación infantil, primaria y de adultos; agricultura) favoreciendo una segunda descentralización.

Una reflexión merece el modelo policial local basado en el municipio (salvo los escasos casos de agrupación en poblaciones limítrofes), lo que genera un enorme gasto en los pequeños municipios con dudosa rentabilidad, al menos, desde el punto de vista de la seguridad. En un sistema de tres turnos todos los días, hacen falta al menos seis agentes para cubrir con un solo policía cada turno, más uno, como mínimo, para cubrir enfermedades y vacaciones. Sería mucho más factible la creación de cuerpos en las entidades superiores, sin perjuicio de las competencias de los cuerpos estatales y autonómicos.

Al menos, deberíamos iniciar el debate y creernos la posibilidad de que cada territorio, con base en sus características propias y en ejercicio de su autonomía, decida cómo organizarse.

### 3. Una propuesta integradora. Conclusiones

Nuestra propuesta se basa en una solución integral, integrada, integradora e íntegra. No es un juego de palabras. Integral, porque es y debe ser completa, omnicomprensiva, multidisciplinar, teniendo en cuenta al mismo tiempo, y de forma relacionada, todas las problemáticas expuestas y tomando conciencia de que no pueden plantearse soluciones parciales, porque en la actualidad no existen los problemas aislados (ni en este ni en ningún otro campo). Integrada, porque constituye un todo hecho con partes más pequeñas que incluso tienen sustantividad propia, pero que hemos decidido juntar precisamente porque creemos en un planteamiento integral, que, por tanto, debe integrar e integra todos los factores y a todas las personas. Integradora, porque no solo integra y se presenta en este momento como «integrada», sino que tiene una vocación continua de seguir integrando, buscando atraer en cada momento aquellas situaciones de hecho y de derecho que se sigan produciendo en un entorno tan complejo como el servicio público, afectado continuamente por los cambios sociales, tecnológicos, normativos y circunstanciales (alguno de ellos tan importante como la evolución del cambio climático). Íntegra, porque entendemos que resulta imposible desvincular cualquier aspecto de la gestión pública de la ética, resultando inútil o, cuanto menos, insuficiente cualquier solución que se plantee al margen de los principios y los valores que deben presidir lo público, máxime dentro del terreno de la gestión de los recursos humanos, de las personas.

Hablamos de principios de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas, como «servicio efectivo a los ciudadanos; simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos; participación, objetividad y transparencia de la actuación administrativa; racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión; buena fe, confianza legítima y lealtad institucional; responsabilidad por la gestión pública; planificación y dirección por objetivos y control de la gestión y evaluación de los

resultados de las políticas públicas; eficacia, economía y eficiencia; y protección del interés público», y, por supuesto, del EBEP, como «objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres». Incluso, de la Ley de transparencia (véanse los «principios de buen gobierno» en su art. 26).

En esta línea, tal y como señala Jiménez (2019) en su blog, citando el artículo de Mikel Gorriti:

Abordar el reto de **las jubilaciones masivas** a las que están abocadas todas las Administraciones públicas (AAPP) **en los próximos años pasa, necesariamente, por tener alguna estrategia para gestionar vacantes**. La marcha masiva de personal debe concebirse como una oportunidad para no ofertar empleo público innecesario, para rediseñar el que la demanda social exija, y para crear los que ella y la automatización de las tareas administrativas identifiquen. Solo teniendo esto hecho con carácter previo se dispondrá de criterio para utilizar de forma inteligente las vacantes que se vayan produciendo. Esto se concreta en saber: a) **qué puestos debo diseñar**; b) **cuáles tengo que rediseñar**; y c) **cuáles no reponer**. La jubilación solo **debe activar un diseño ya realizado**, no debe ser la que desencadene este proceso, lo importante es la consciencia no la urgencia.

Ni que decir tiene que la toma de estas importantes decisiones tiene una previa: el estudio minucioso de la «foto fija» de la organización, lo que incluirá tanto los reemplazos como la estabilización. Cualquier amortización de algunos puestos, creación de otros y reasignación de funciones de otros tantos debe documentarse y posteriormente articularse a través de la correspondiente modificación de la RPT, siendo en este sentido mucho más sencillo reconvertir al personal denominado «de administración general» que al de «administración especial», toda vez que, aunque funcionalmente sea igual de factible, a nivel jurídico-formal es complicado –pero no imposible– asignar a un arquitecto al departamento de informática o convertir a un policía local en segunda actividad en el *community manager* de un Ayuntamiento (véase art. 81 EBEP). Estamos exactamente ante el mismo caso de cuando un entrenador saca a un delantero de defensa porque no le quedan más jugadores disponibles en el banquillo, o viceversa.

En nuestra opinión, no obstante, añadido a la utilidad o eficiencia que pueda derivar para la Administración, consideramos que estos nuevos puestos o tareas podrían suponer un enorme estímulo profesional para este tipo de empleados públicos.

En definitiva, no es tanto un problema de instrumentos jurídicos, que los hay, como de «acierto» en la toma de decisiones, partiendo de la premisa de que, sin duda, la decisión más desacertada es no tomar ninguna decisión. En efecto, si dejamos las cosas como están, será imposible crear una Administración que esté a la altura de los nuevos tiempos (que en realidad son los tiempos actuales) y, sobre todo, a la altura de las personas.

¿Qué personas? Por un lado, obviamente, los ciudadanos, cada vez más exigentes en cuanto al debido nivel de lo que debe ser el servicio público. Por otro lado, y en el mismo grado de importancia, los empleados públicos del mañana, que son los «de hoy» una vez hayan desarrollado las nuevas aptitudes precisas para alcanzar ese elevado nivel de servicio, y, sobre todo, los que ahora mismo no trabajan en lo público pero que debemos atraer, porque ya poseen esas aptitudes y ese talento, y los necesitamos.

Ese futuro o futurible empleado talentoso podría enamorarse de lo público, pero solo si le dejamos una Administración moderna y atractiva en la que sea un aliciente y un placer trabajar. Un aliciente, por cierto, que lo sea para los mejores, porque no se trata tanto de enamorar a los perfiles bajos que van en busca de «lo de siempre» (estabilidad laboral, buen horario, conciliación...), como de enamorar a los más válidos, brillantes, comprometidos y talentosos, jóvenes o no, quienes, pudiendo dedicarse prácticamente a lo que hubieran querido, sientan la llamada, el reto y la vocación del servicio público. Una cursilada, sí, pero muy cierta.

En un escenario óptimo, tendremos implantada la administración automática y no solo electrónica, sino también automatizada (al menos, la tareas simples y masivas), y la deben implantar personas concretas. La (inevitable) desaparición de los puestos de trabajo mecánicos potenciará el desarrollo de perfiles que requieran capacidades absolutamente humanas: atención al público, liderazgo, comunicación, resolución de problemas complejos. Puestos directivos, de gestión, todo tipo de puestos de atención al público (mejor «atención a las personas»: asistenciales, OAMR, mediadores, monitores de actividades deportivas, ocio y esparcimiento...). Incluso deberíamos considerar adulta a la ciudadanía y preguntar qué servicios (y qué perfil de empleados) desean.

Habrà, por tanto, que definir muy bien esos puestos y cubrirlos con los perfiles adecuados. Estamos en plena evolución, y llega la era de los «funciosapiens».

Nadie debería pasar de puntillas por este tema. Se requiere un estudio serio y propuestas de solución para las grandes cuestiones que presenta ahora mismo la función pública española (y con tendencia al alza en los próximos años): envejecimiento de las plantillas, definición de las funciones directivas profesionales, jubilaciones, estabilización del empleo temporal, impacto de la automatización de trámites y otras derivadas de las nuevas tecnologías, medidas de reorganización, nuevas aptitudes, nuevas formas de seleccionar, nuevas formas de proveer, nuevas «formas de formar», y, efectivamente, qué medidas tomar para atraer o retener el talento..., y otras muchas asignaturas pendientes desde hace años como la carrera horizontal, la movilidad o el trabajo orientado a la consecución de objetivos.

Mucho trabajo que hacer... ¿Vamos bien? Lo cierto es que no: se acaba de aprobar la mayor oferta de empleo público de la última década y no vemos demasiados cambios ni en los perfiles ni en los sistemas de selección. Tenemos el dato aportado por Ramió (2017)

de que en los próximos 12 años se van a jubilar al menos 1.200.000 empleados públicos... ¿Cubrimos esos mismos puestos tal cual por nuevos funcionarios o más bien es el momento de automatizar y cambiar las estructuras organizativas y funcionales? Si bien no parece muy inteligente desaprovechar la coincidencia temporal de estos dos grandes fenómenos sociolaborales (jubilaciones en masa e inteligencia artificial), de momento empezamos mal, porque, vista la citada oferta de empleo público, mucho me temo que no vamos a fichar aquello que necesitamos, por más que eso genere paz social. Y lo peor no es que no tengamos definidos los nuevos puestos de trabajo (de tipo asistencial, de supervisión de algoritmos, de liderazgo, de mediación...), sino que vamos a seguir seleccionando a tremendos empollones (o al que lleva trabajando temporalmente 10 años o más), sin saber si tienen un mínimo de inteligencia emocional o empatía. Si las pruebas selectivas son de tal forma que una inteligencia artificial (por ejemplo, una base de datos con todas las respuestas) podría sacar un diez, entonces seleccionemos directamente a la inteligencia artificial. Sin embargo, lo cierto es que sigue habiendo hueco, y mucho, para las personas en las organizaciones públicas, pero para que hagan de personas, no de calculadoras.

Y es que, si nos reservamos el trabajo con verdadero valor añadido, no tienen por qué sustituirnos las máquinas. Lo explicó perfectamente Marcet (2018) en su artículo publicado en *La Vanguardia*, en el que defiende «la suma de inteligencias»: «Pensemos más en términos de hibridación que de sustitución».

La combinación de capacidades, esa hibridación, es, por tanto, lo más eficiente. Y lo más inteligente. No cuenten con nosotros para defender perfiles de empleados públicos que se autodenominan «preparados», pero que, en el fondo, si no tuvieran «plaza fija», son potenciales parados de larga duración. Ha cambiado el mundo y siguen estando muy preparados, sí, pero lo están en una realidad que ya no existe, para trabajar en una Administración que ya no debería existir y realizando unas tareas que ya no tienen sentido. Usted puede ser muy bueno y aplicado realizando notificaciones personales, pero el avance de la notificación electrónica va a hacer innecesario en un 95 % sus servicios en poco tiempo.

*In fine*, tal y como apuntábamos, es el momento de la toma de decisiones. El momento de diferenciar entre los puestos de trabajo automatizables (certificados, trámites), los no automatizables (atención al público, resolución de problemas complejos) y los nuevos (supervisor de algoritmos o de contratos externos). Para ello será necesario incorporar tecnología, claro está, pero, sobre todo, tomar importantísimas (pero necesarias) decisiones organizativas, así como desarrollar, hacer que se desarrollen y hacer que se incorporen nuevas aptitudes inéditas para los «funcionarios clásicos», pero imprescindibles para los nuevos perfiles, como inteligencia emocional, inteligencia relacional, liderazgo o gestión de conflictos. Al fin y al cabo, «la administración electrónica es el uso de las TIC en las AAPP, combinado con cambios organizativos y nuevas aptitudes, con el fin de mejorar los servicios públicos y los procesos democráticos y reforzar el apoyo a las políticas públicas» (Comisión Europea, 2003).

Otras medidas, necesariamente, las tendrá que implementar el legislador: permitir medidas para realizar la transición ordenada como la jubilación parcial, aunque ello suponga cotizar por desempleo; mejorar la regulación de la jubilación incluyendo medidas de rejuvenecimiento forzoso en colectivos sensibles; el sistema de carrera y movilidad; modificar la planta administrativa y abrir el debate de una nueva planta local; la planificación de los servicios obligatorios y voluntarios de acuerdo con esa nueva planta (por ejemplo, con la policía local o la educación); la creación de empleados que gestionen las oficinas de asistencia en materia de registros que «acerquen» la administración al mundo rural.

Un futuro apasionado para enamorados de la gestión pública, que continúen creyendo en que vale la pena luchar por seguir creando valor para los ciudadanos, haciendo más sencilla su vida.

«El que no vive para servir no sirve para vivir»  
(Madre Teresa de Calcuta)

## Referencias bibliográficas

- Almonacid Lamelas, V. (27 de mayo de 2018). La automatización de los procesos burocráticos en las AAPP [Entrada en un blog]. *Nosoloaytos*, con cita de «Tres estrategias para automatizar el trabajo» de George Zarkadakis, Ravin Jesuthasan and Tracey Malcolm. Recuperado de <<https://nosoloaytos.wordpress.com/2018/05/27/la-automatizacion-de-los-procesos-burocraticos-en-las-aapp/>>; original en inglés en <<https://hbr.org/2016/10/the-3-ways-work-can-be-automated>> (consultado el 7 de abril de 2019).
- Alonso, C. (16 de febrero de 2018). Los sueldos en España llegaron a caer un 12% por la devaluación de la crisis. *elEconomista.es*. Recuperado de <[https://www.eleconomista.es/economia/noticias/8944967/02/18/Los-sueldos-en-Espana-llegaron-a-caer-un-](https://www.eleconomista.es/economia/noticias/8944967/02/18/Los-sueldos-en-Espana-llegaron-a-caer-un-12-por-la-devaluacion-de-la-crisis.html)
- [12-por-la-devaluacion-de-la-crisis.html](https://www.eleconomista.es/economia/noticias/8944967/02/18/Los-sueldos-en-Espana-llegaron-a-caer-un-12-por-la-devaluacion-de-la-crisis.html)> (consultado el 28 de abril de 2019).
- Boix, A. (2013). *Una nova planta per als valencians*. Fundació nexa.
- Bustos Pretel, G. (5 de abril de 2018). Comentario en el CNIS de 2018-Congreso Nacional de Innovación y Servicios Públicos [Entrada Twitter]. Recuperado de <<https://twitter.com/GerardoBustosP/status/981910123332423681>> (consultado el 16 de noviembre de 2019).
- Comisión Europea. (26 de septiembre de 2003). Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. El papel de la administración electrónica en el futuro de Europa (Texto pertinente a efectos del EEE) [SEC(2003) 1038]. COM/2003/0567 final. Recuperado de

- <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52003DC0567> (consultado el 16 de noviembre de 2019).
- Cornellà, A. (10 de mayo de 2018). «No hay que luchar contra los robots, sino con ellos» [Entrevista]. *eldiario.es*. Recuperado de [https://www.eldiario.es/alternativaseconomicas/luchar-robots\\_6\\_769983012.html](https://www.eldiario.es/alternativaseconomicas/luchar-robots_6_769983012.html) (consultado el 7 de abril de 2019).
- Cuenca Cervera, J. J. (2009). Experiencias de mejora y eficiencia local. La gestión de los RRHH en tiempos de crisis. Experiencias. *IX Foro Suma Alicante 2009* [Transparencia]. Recuperado de <https://www.suma.es/foros/2009/presentaciones/Javier%20Cuenca.pdf> (consultado el 28 de abril de 2019).
- Europa Press. (5 de abril de 2018). Así se compara el horario laboral español con el de otros países europeos. Recuperado de <https://www.europapress.es/sociedad/noticia-asi-compara-horario-laboral-espanol-otros-paises-europeos-20161213135213.html> (consultado el 28 de abril de 2019).
- Fraile Herrera, R. (25 de julio de 2018). IBN: redes capaces de entender su contexto y aprender constantemente [Entrada en el blog de Telefónica Empresas]. *Think Big/Empresas*. Recuperado de <https://empresas.blogthinkbig.com/ibn-redes-capaces-de-entender-su-contexto-y-aprender/> (consultado el 28 de abril de 2019).
- Gorriti Bontigui, M. (2019). Los puestos de trabajo del futuro en el sector público. Recuperado de [https://rafaeljimenezasensio.files.wordpress.com/2019/04/los-puestos-de-trabajo-del-futuro-en-el-sector-pucc81blico\\_gorriti\\_marzo\\_2019.pdf](https://rafaeljimenezasensio.files.wordpress.com/2019/04/los-puestos-de-trabajo-del-futuro-en-el-sector-pucc81blico_gorriti_marzo_2019.pdf) (consultado el 28 de abril de 2019).
- Gorriti Bontigui, M. (2018). Innovar en selección desde la evidencia empírica y las nuevas competencias. IVAP. Recuperado de <https://www.euskadi.eus/r61s20001x/es/t59auUdaWar/t59aMostrarFicheroServlet?R01HNoPortal=true&t59aIdRevista=3&t59aTipoEjemplar=R&t59aSeccion=51&t59aContenido=8&t59aCorrelativo=2&t59aVersion=1&t59aNumEjemplar=14> (consultado el 28 de abril de 2019; copiar enlace en el navegador).
- Instituto Nacional de Estadística (INE). (2019). Número de municipios extraído del «Fichero con todas las provincias». Recuperado de <https://www.ine.es/daco/daco42/codmun/codmunmapa.htm> (consultado el 10 de abril de 2019).
- Jiménez Asensio, R. (4 de abril de 2019). Resumen del artículo de Mikel Gorriti «Los puestos de trabajo del futuro en el sector público» [Entrada en un blog]. *La Mirada Institucional*. Recuperado de <https://rafaeljimenezasensio.com/2019/04/04/los-puestos-de-trabajo-del-futuro-en-el-sector-publico-1/> (consultado el 28 de abril de 2019).
- Jiménez Asensio, R. (2 de diciembre de 2017). El empleo público ante la digitalización y la robótica [Entrada en un blog]. *La Mirada Institucional*. Recuperado de <https://rafaeljimenezasensio.com/2017/12/02/el-empleo-publico-ante-la-digitalizacion-y-la-robotica/> (consultado el 7 de abril de 2019).
- Marcet, X. (12 de mayo de 2018). La suma de inteligencias. *La Vanguardia*. Recuperado de <http://www.xaviermarcet.com/2018/11/la-suma-de-inteligencias.html> (consultado el 7 de abril de 2019).
- Martín Marco, J. C. (8 de febrero de 2019). Predicciones para el puesto de trabajo en 2019 [Entrada en el blog de Telefónica Empresas]. *Think Big/Empresas*.

Recuperado de <<https://aunclidelastic.blogthinkbig.com/predicciones-para-el-puesto-de-trabajo-en-2019/>> (consultado el 28 de abril de 2019).

Ministerio de Hacienda. (2019). Datos de población extraídos del fichero «Resumen anual de las entregas a cuenta de la participación en los tributos del Estado del año 2019. Régimen general» (población a 1 de enero de 2017). Recuperado de <<http://www.hacienda.gob.es/es-ES/CDI/Paginas/SistemasFinanciacionDeuda/InformacionEELs/DatosFinanciacionEL.aspx>> (consultado el 10 de abril de 2019).

Nieto, A. (1996). *La nueva organización del desgobierno*. Ariel.

Ramió, C. (18 y 25 de septiembre de 2017). El envejecimiento de los empleados públicos [Entrada en un blog]. *El Blog de espublico*. Recuperado de <<https://www.administracionpublica.com/el-envejecimiento-de-los-empleados-publicos-i/>>;

<<https://www.administracionpublica.com/el-envejecimiento-de-los-empleados-publicos-ii/>> (consultado el 28 de abril de 2019; copiar la ruta sobre el navegador).

Val, J. del. (16 de noviembre de 2015 y 20 de julio de 2016). Teletrabajo, ¿por qué no? [Entrada en un blog]. *Administraciones Públicas y su personal*. Recuperado de <<https://administracionespublicas.wordpress.com/2015/11/16/teletrabajo-por-que-no/>>; <<https://administracionespublicas.wordpress.com/2016/07/20/teletrabajo-por-que-no-2/>> (consultado el 9 de abril de 2019).

Viaña, D. (28 de octubre de 2017). La Administración envejecida: más del 40% de los trabajadores del sector público supera los 50 años. *El Mundo*. Recuperado de <<https://www.elmundo.es/economia/2017/10/28/59f33fdc268e3ed4598b45ed.html>> (consultado el 9 de abril de 2019).



## 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), ARLL (análisis de actualidad de las relaciones laborales), DJ (diálogos con la jurisprudencia), FD (foro de debate), RRHH (estudios doctrinales específicos de esta área) o CP (caso práctico).

Los trabajos destinados a la sección «Estudios» (incluidos los que con esta consideración se dirijan a la sección «Recursos Humanos») se presentarán anonimizados, indicándose en un archivo independiente los datos de autoría y, en su caso, de la financiación de la investigación.

2. Los trabajos (excepto los dirigidos a la sección «Diálogos con la jurisprudencia») han de estar encabezados por:
  - Título en español e inglés.
  - Lista de palabras clave/descriptores (no menos de 2 ni más de 5) en español e inglés.
  - Extracto de no más de 20 líneas, en español e inglés.
  - Sumario (comenzando en página nueva), que utilizará la numeración arábiga, desarrollándose los 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.

**CEF.-**



**+30  
Másteres**

**+200  
Cursos**

**+30  
Oposiciones**



**Barcelona**



**Madrid**



**Valencia**



**Online**

**MATRÍCULA  
ABIERTA**

**[www.cef.es](http://www.cef.es)**

# La universidad online más cercana



- GRADOS OFICIALES
- MÁSTERES OFICIALES
- TÍTULOS PROPIOS
- DOCTORADO



BOLSA DE TRABAJO ● CLASES ONLINE EN DIRECTO ● MATERIALES INCLUIDOS ● TUTORÍAS TELEFÓNICAS

Nuestro equipo de profesionales hace de la UDIMA un lugar donde cumplir tus sueños y objetivos: profesores, tutores personales, asesores y personal de administración y servicios trabajan para que de lo único que tengas que preocuparte sea de estudiar.

## GRADOS OFICIALES

### Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Ingeniería de Organización Industrial • Ingeniería de Tecnologías y Servicios de Telecomunicación • Ingeniería Informática.

### Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Magisterio de Educación Infantil • Magisterio de Educación Primaria • Psicología (rama Ciencias de la Salud).

### Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Administración y Dirección de Empresas • Economía • Empresas y Actividades Turísticas • Marketing.

### Facultad de Ciencias Jurídicas

Ciencias del Trabajo, Relaciones Laborales y Recursos Humanos • Criminología • Derecho.

### Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Historia • Periodismo • Publicidad y Relaciones Públicas.

## MÁSTERES OFICIALES

### Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Energías Renovables y Eficiencia Energética.

### Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Dirección y Gestión de Centros Educativos • Enseñanza del Español como Lengua Extranjera • Formación del Profesorado de Educación Secundaria • Gerontología Psicosocial • Gestión Sanitaria • Psicología General Sanitaria • Psicopedagogía • Tecnología Educativa.

### Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Auditoría de Cuentas • Banca y Asesoría Financiera • Dirección Comercial y Marketing • Dirección de Empresas (MBA) • Dirección de Empresas Hoteleras • Dirección de Negocios Internacionales • Dirección Económico-Financiera • Dirección y Gestión Contable • Marketing Digital y Redes Sociales.

### Facultad de Ciencias Jurídicas

Análisis e Investigación Criminal • Asesoría de Empresas • Asesoría Fiscal • Asesoría Jurídico-Laboral • Dirección y Gestión de Recursos Humanos • Gestión Integrada de Prevención, Calidad y Medio Ambiente • Práctica de la Abogacía • Prevención de Riesgos Laborales.

### Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Interuniversitario en Unión Europea y China • Mercado del Arte • Seguridad, Defensa y Geoestrategia • Sociedad y Relaciones de Poder en el Mundo Premoderno.

## TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADO

(Consultar en [www.udima.es](http://www.udima.es))

