



#6

XXX Jornadas Catalanas de Derecho Social

Trabajo, protección, mujer e igualdad

Jordi Agustí Juliá (director)



Generalitat de Catalunya
**Centre d'Estudis Jurídics
i Formació Especialitzada**

docs #6

XXX Jornadas Catalanas de Derecho Social

Trabajo, protección, mujer e igualdad

Jordi Agustí Juliá (director)



Aquesta publicació està subjecta a una llicència de Reconeixement 3.0 de Creative Commons. Se'n permet la reproducció, la distribució, la comunicació pública i la transformació per generar obra derivada, sense cap restricció sense que se'n citi el titular dels drets (Generalitat de Catalunya. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada). La llicència completa es pot consultar a <http://creativecommons.org/licenses/by/3.0/es/legalcode.ca>

© de la present edició: Generalitat de Catalunya,
Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada

Correcció, disseny i composició: Addenda
Primera edició: gener 2021

Índex

Prólogo	
JORDI AGUSTÍ JULIÀ.....	6
Desde los mensajeros a la contratación de transportistas a través de las plataformas tecnológicas	
FERNANDO SALINAS MOLINA.....	9
Discriminación sistémica como marco de las reformas 2019 sobre igualdad y no discriminación por género	
JULIA LÓPEZ.....	58
Criterios para la valoración de la prueba digital ante la afectación de los derechos fundamentales de la persona trabajadora	
DALILA DOPAZO BLANCO.....	71
La cultura de la temporalidad en nuestra experiencia con relación al modelo comunitario: De Diego Porras como paradigma	
MIQUEL ÀNGEL FALGUERA BARÓ.....	89
Doctrina Jurisprudencial reciente sobre subrogación, cesión ilegal y extinciones colectivas de empresas en concurso»	
ROSA MARIA VIROLÈS PIÑOL.....	134
Libertad sindical, protección de datos personales y negociación colectiva	
JONATHAN GALLEGRO MONTALBÁN.....	164
Mesa redonda en materia de libertad sindical, protección de datos personales y negociación colectiva	
ROSA MARIA PEIX QUINTANA.....	170

Juzgar con perspectiva de género en la jurisdicción social MARÍA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA	174
El apartado 64 del caso Montero Mateos: impacto en las relaciones laborales IGNASI BELTRAN DE HEREDIA RUIZ	196
Problemática de la utilización de la prueba digital en el acto de juicio oral MARÍA DOLORES PÉREZ MARTÍNEZ	220

Prólogo

JORDI AGUSTÍ JULIÀ

Magistrado emérito del Tribunal Supremo

Director

La Junta Directiva de la Associació Catalana de Iuslaboralistes (ACI) me ha encargado que redacte el prólogo de este libro, el cual recoge las ponencias expuestas, así como las comunicaciones premiadas en las XXX Jornadas Catalanas de Derecho Social celebradas en Barcelona los días 9 y 10 de mayo de 2019.

En efecto, como viene siendo tradicional desde hace treinta años, la junta directiva de la Associació Catalana de Iuslaboralistes (ACI), presidida por Mercè Saura Sucar, acordó la celebración de las jornadas y que estas tuvieran como lema «Trabajo, protección, mujer e igualdad».

Con este lema se quiso incluir y destacar el valor del trabajo como eje vertebrador de la cohesión social, pero de un trabajo digno, estable, seguro, adecuadamente remunerado y protegido, máxime hoy en día, que se tiene hacer frente tanto a las nuevas (o no tan nuevas) formas de trabajo como a la incidencia de las TIC en la relación laboral, enmarcado todo ello en la necesidad imperiosa, sin más dilación, de alcanzar la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Inauguraron las jornadas el honorable consejero de Trabajo, Asuntos Sociales y Familias del Gobierno de la Generalitat de Catalunya, señor Chakir El Homrani Lesfar, al que acompañaron en la mesa, la presidenta de la ACI, señora Mercè Saura Sucar, la directora del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya (CEFJE), señora Núria Clèries Nerín y el director de las jornadas.

En la mañana del primer día, y de acuerdo con el ya expuesto lema de las jornadas, se expusieron las siguientes ponencias: «Desde los mensajeros a la contratación de transportistas a través de las plataformas tecnológicas», a cargo de Fernando Salinas Molina, magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo; «Pensiones y prestaciones

públicas desde la perspectiva de género», a cargo de Núria Pumar Beltrán, profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Barcelona, y «Discriminación sistémica como marco de las reformas 2019 sobre igualdad y no discriminación por género», a cargo de Julia López López, catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Pompeu Fabra.

Por la tarde, se debatió en Mesa Redonda sobre la «Problemática de la utilización de la prueba digital en el acto del juicio oral», presentada y moderada por Guillem Bernat Pérez-Tormo, abogado laboralista, con la intervención de Dalila Dopazo Blanco, magistrada del Juzgado de lo Social 1 de Lugo, y Francisco Pérez Durán, abogado laboralista del Col·lectiu Ronda. Posteriormente se expuso la ponencia «En la cultura de la temporalidad, en nuestra experiencia y en relación con el modelo comunitario: De Diego Porras como paradigma», a cargo de Miquel Àngel Falguera Baró, magistrado especialista de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

La mañana del segundo día se inició con la ponencia «Doctrina jurisprudencial reciente sobre subrogación, cesión ilegal y extinciones colectivas de empresas en concurso», a cargo de Rosa María Virolés Piñol, magistrada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Le siguió una mesa redonda, en la que fue objeto de debate: «Libertad Sindical, protección de datos personales y negociación colectiva», que fue presentada y moderada por Ana Abraín Cariñena, abogada laboralista, y en la que participaron Jonnathan Gallego (CC.OO.), Rosa María Peix (UGT) y Misericordia Borràs (socia de Garrigues). A continuación, María Luisa Segoviano Astuburuaga, magistrada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, expuso la ponencia «Juzgar con perspectiva de género en la jurisdicción social».

Tras las oportunas deliberaciones del jurado constituido al efecto, se otorgaron los tradicionales premios Francesc Layret y Albert Fina, dotados con 1.000 euros y 800 euros, respectivamente, a las mejores comunicaciones presentadas en las jornadas. El primer premio fue otorgado a Ignasi Beltran de Heredia Ruiz por su comunicación, «El apartado 64 del caso Montero Mateos: Impacto en las relaciones laborales», y el segundo premio a Maria Dolors Pérez Martínez, por su comunicación «Problemática de la utilización de la prueba digital en el acto del juicio oral».

Las jornadas fueron clausuradas por la honorable consejera de Justicia de la Generalitat de Cataluña, Esther Capella Farré, a la que acompañaron en el acto de clausura la directora del CEFJE y el director de las jornadas.

Sirva esta presentación para expresar mi gratitud por el encargo recibido y, en nombre de la junta directiva de la ACI, el agradecimiento al Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (CEFJE) del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña, que con su apoyo logístico y económico contribuyeron a hacer posible las jornadas; agradecimiento extensivo a Mireia Marquilles por su eficiente gestión administrativa de las jornadas, y a todos los participantes, sin cuya activa intervención en los coloquios y debates, las jornadas no hubieran alcanzado el éxito que obtuvieron y que, sin duda, sirve de acicate a la ACI para seguir organizando, con carácter anual, estas ya clásicas Jornadas Catalanas de Derecho Social.

Desde los mensajeros a la contratación de transportistas a través de las plataformas tecnológicas

FERNANDO SALINAS MOLINA

Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo

I. Los mensajeros: evolución jurisprudencial y normativa

I.1. Primera fase: el camino hacia la laboralización

Hace ahora cerca de treinta y cinco años, —en un contexto de irrupción de los que fueron denominados «mensajeros», los que efectuaban, fundamentalmente, labores de reparto de correspondencia utilizando sus propios medios de transporte, en unos tiempos en los que aún no estaba desarrollado el correo electrónico, con desprotección social y precariedad, con oposición de las empresas de correos que veían peligrar su negocio y con la complacencia de las entidades que les encomendaban el transporte, que pretendían mantener el sistema de explotación—, se dictaron las primeras sentencias, en la entonces denominadas Magistraturas de Trabajo de Barcelona, declarando la existencia de relación laboral entre los mensajeros y la entidad contratante, aunque aquellos pusieran a disposición de la empresa sus instrumentos de trabajo.

Es de destacar la sentencia de 21 de diciembre de 1984, dictada por la Magistratura de Trabajo núm. 15 de Barcelona, que configuró como relación laboral la existente entre los denominados “mensajeros” y sus empresas.

Tras ella, las empresas de mensajería hicieron campañas de prensa intentando vender a la opinión pública la labor que realizaban, su trascendencia en la economía y el riesgo de que desapareciera la actividad que encomendaban a cientos de «pretendidos» autónomos que vivían de ello.

Pero, por otra parte, también los mensajeros se organizaron efectuando incluso una marcha con sus motocicletas por el centro de Madrid, hasta concluir ante la sede del Tribunal Supremo, lo que tuvo una importante repercusión en los medios de comunicación e incluso en la televisión pública de la época.

Dicha resolución de instancia fue íntegramente confirmada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencia de fecha 26 de febrero de 1986 (ponente Juan Antonio del Riego Fernández), en la que se examinó, por primera vez, esta cuestión.

La referida sentencia del Tribunal Supremo, conocida como la «de los mensajeros», como destacó la doctrina, supuso un giro trascendental en la jurisprudencia y varió, ampliándolo, el concepto de relación laboral, incluyendo en su ámbito a otros colectivos, antes desprotegidos, como los repartidores de diversos tipos de mercaderías aunque utilizaran vehículos propios.

En dicha sentencia se parte, como hechos probados, de los siguientes:

«1. La demandada presta a sus clientes el servicio de recepción de paquetes, para su transporte y entrega a los destinatarios, de acuerdo con las tarifas que tiene establecidas y responde de su pérdida, extravío, deterioro, hurto o robo cuando su valor no excede de 20.000 pesetas lo que se presume, salvo manifestación expresa en contrario.

2. Para efectuar materialmente dicho transporte la empresa se vale de los llamados mensajeros... que efectúan el servicio en vehículos de su propiedad, en este caso motocicletas, de las que abonan los gastos de mantenimiento, combustible y amortización, percibiendo un tanto por viaje, sin relación con el precio del transporte que es fijado por la empresa y clientes sin intervención de los mensajeros, que solo son responsables del deterioro o de la pérdida, cuando proceda de su negligencia; los mismos son portadores en su vestimenta y vehículo de anuncios de la empresa.

3. Los mensajeros tienen que llamar por teléfono diariamente a la empresa antes de las diez horas, para recibir la orden de los viajes a realizar, siendo penalizados en caso de hacerlo con retraso; cuando por avería de la motocicleta o por la inclemencia del tiempo no pueden realizar el servicio mediante ella, los gastos de desplazamiento en taxi son abonados por la empresa.

4. Para la realización de este servicio los demandantes han firmado un contrato que se denominó de transporte, en el que se estableció, entre otras disposiciones, que el mensajero no queda comprometido con la empresa en

exclusiva, no está sometido a horario ni dependencia y que puede realizar el servicio por sí mismo personalmente, o por medio de otras personas por él retribuidas, reconociéndose como trabajador autónomo con obligación de abonar los impuestos y seguros que le corresponden. No obstante lo consignado en tal contrato los actores han realizado su trabajo personalmente, y si no han trabajado todos los días laborables lo han hecho en un muy importante número de los mismos, aproximadamente el 75 por 100.»

Partiendo de tales antecedentes fácticos, se concluye por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que «concurren en la relación examinada todas las notas que según el art. 1.1 ET permiten identificarla como laboral, en cuanto los demandantes han prestado voluntariamente sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de la organización de otra persona», fundándose en:

«1. El carácter voluntario y retribuido del servicio no ofrece duda. El que la retribución se mida, no por tiempo, sino por unidad de servicio, es algo normal en el contrato de trabajo; la circunstancia de que parte de la compensación que recibe el trabajador no constituya específica contraprestación del trabajo personal por destinarse a gastos de mantenimiento y amortización del vehículo, no tiene otra consecuencia que no se considere tal parte de la compensación como salario, sino como gasto de la empresa suplido por el trabajador, como previene el art. 26.2 ET.

2. La ajenidad es también patente, el trabajador no asume los riesgos ni los beneficios del contrato de transporte existente entre la empresa y el cliente, no interviene en la fijación del precio del mismo, ni su retribución depende de su resultado; se limita fundamentalmente a aportar su actividad y a percibir la retribución que por ella le corresponde, que devenga por el hecho de realizarla. El que responda, no de los riesgos del transporte, sino de los perjuicios causados por su negligencia, no es más que una consecuencia del incumplimiento del deber que impone el art. 5.a) ET; deriva de las normas generales del derecho de obligaciones, art. 1.101 del Código Civil.

3. La dependencia, aparte de su exteriorización en ese llevar en la ropa y en el vehículo el nombre de la empresa, se manifiesta también, en la necesidad de llamar diariamente a la misma, bajo penalización de no hacerlo, para recibir las órdenes de trabajo del día, respecto de las que asume la obligación de realizarlas sin demora ni entorpecimiento alguno; no tiene trascendencia a estos efectos el que el trabajador no esté sometido a un régimen de jornada y horario riguroso. La no asistencia de los actores al trabajo en todos los días laborables es un mero efecto de la configuración que la

empresa pretende dar al contrato para eludir la calificación de laboral, y no constituye un dato esencial para determinar su verdadera naturaleza, pues ese comportamiento empresarial, impide conocer las causas de la inasistencia, que en un contrato de trabajo debidamente regularizado se puede producir por motivos tan justificados como permisos, licencias, vacaciones, enfermedad o, incluso periodos intermedios de inactividad laboral en contratos discontinuos o a tiempo parcial. Por otra parte la posibilidad de compatibilizar el trabajo en otras empresas es algo que, debidamente autorizado, no desnaturaliza el contrato, según cabe deducir de los arts. 5.d) y 21.1 ET.

4. El carácter personal de la prestación concurre también en el supuesto debatido en cuanto a los demandantes. En este punto lo que reconoce la empresa al mensajero es una posibilidad de sustitución que no ha tenido virtualidad en la ejecución del contrato, pues el trabajo lo han realizado siempre los demandantes de modo directo y personal, por lo que tal posibilidad, la de realizar el servicio por medio de otras personas, más parece una cláusula destinada a desfigurar la verdadera naturaleza laboral del contrato, que un pacto trascendente a la realidad del servicio, sin duda por no obedecer, por razones obvias, al interés de los trabajadores, ni al de la empresa que demanda también una cierta regularidad en la ejecución del servicio.»

Desestima finalmente el Tribunal Supremo la oposición empresarial que pretendía que se configurara la relación existente entre las partes como un contrato de transporte; destacando el carácter principal del trabajo personal suministrado por el mensajero respecto al carácter auxiliar o secundario del medio utilizado, así como el carácter protector del derecho del trabajo; y argumentando que:

«1. En realidad dicho contrato de transporte [...] solo existe entre la empresa y el cliente mas no entre la demandada y el mensajero, mero ejecutor material del transporte mediante, fundamentalmente, su trabajo personal, aunque para ello se valga de un medio material propio.

2. No cabe desconocer la existencia de un importante número de sentencias de esta Sala reconociendo que hay contrato de transporte cuando quien presta el servicio utiliza medios propios (entre otras pueden citarse, las sentencias de 18 de febrero de 1969, 22 de octubre de 1983, 20 de septiembre de 1984, 29 de octubre de 1985 y 26 de enero de 1986), aunque no exista la unanimidad que afirma el recurrente (ver sentencia de 7 de mayo de 1985), más tal doctrina tiene como fundamento la apreciación que en ella se hace, como elemento fundamental del contrato, de la aportación

no personal de quien presta el servicio, que trata mediante el mismo de obtener un rendimiento a una importante inversión económica, generalmente un camión de transporte o reparto, cuando en el supuesto debatido —bien distinto— el medio utilizado, por su inferior coste inicial y de mantenimiento y difusión de uso, no es más que un elemento auxiliar, secundario, de la actividad personal, sin que en modo alguno tenga por fin el contrato su explotación económica, actividad personal que no es algo que en la empresa demandada tenga naturaleza subsidiaria en relación a otra principal, sino que constituye su fundamental objeto social, de tal modo que esos factores, carácter secundario de la aportación no personal del trabajador, y constituir el trabajo de este, la actividad principal, la razón de ser de la empresa, impiden aplicar aquella doctrina a la realidad social, de reciente aparición en un uso generalizado, que por primera vez se examina por esta Sala. Por otra parte, no es infrecuente en la actualidad que se prevea en un contrato de trabajo, cuando el trabajador ha de realizar desplazamientos con habitualidad, la utilización por el mismo de un vehículo propio, mediante la adecuada compensación.

3. Ha de tenerse también en cuenta que cuando en una relación jurídica, contemplada por el derecho civil o mercantil, así en el arrendamiento de servicios o de obra, en el arrendamiento de servicios profesionales o en la venta mercantil a comisión, lleguen a concurrir todas las notas definidoras de la relación laboral, regulada por normas que reconocen derechos mínimos, son estas de aplicación inexcusable, atrayendo a su ámbito dichas relaciones. Por ello la Sala ha de examinar en cada caso, con independencia de la calificación que las partes otorguen a su relación, la verdadera naturaleza de las prestaciones que integran realmente su contenido, con el fin de que las causas esenciales que dan lugar al derecho de trabajo como regulador y protector de una especial relación de servicio, no queden bur-ladas, que es lo que en este caso sucedería de atenerse a la denominación dada por las partes.»

En posteriores sentencias, el Tribunal Supremo reitera y complementa las argumentaciones de la primera dictada sobre esta materia. Así, entre otras, —de importancia en orden a la carga de la prueba—, en la de 11 de julio de 1988 (ponente Juan Antonio García-Murga —relativa a empresa periodística que, además, efectuaba el reparto a quioscos, tiendas y locales destinados a la venta al detalle de los ejemplares de los periódicos y otras publicaciones—), insistiendo en la falta de prueba respecto de la alegación de la empresa sobre los múltiples supuestos en la

que las funciones de los demandantes fueran realizadas por personas distintas a ellas mediante sustitución.

1.2. Segunda fase: limitaciones legislativas a la laboralización y su declarada constitucionalidad

La proliferación de distintos tipos de repartos (correspondencia, medicamentos, pizzas, periódicos, muebles, alimentos u otras mercaderías) y la calificación como trabajadores por cuenta ajena de quienes efectuaban el reparto, generó que, ante la «presión empresarial», el legislador pusiera límites a la calificación como laboral de tal actividad, modificando el art. 1.3.g) ET por la DF 7.^a Ley 11/1994, de 19 de mayo (por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social) (BOE 23-05-1994), disponiendo:

«3. Se excluyen del ámbito regulado por la presente Ley: [...] g) En general, todo trabajo que se efectúe en desarrollo de relación distinta de la que define el apdo. 1 de este artículo. A tales efectos se entenderá excluida del ámbito laboral la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada, mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador».

Suscitando la problemática jurisprudencial y doctrinal no solo sobre la posible incidencia en los contratos celebrados con anterioridad a su entrada en vigor (el 12 de junio de 1994), sino fundamentalmente sobre si el criterio del tonelaje del vehículo era o no el más adecuado para distinguir entre un contrato de trabajo y un contrato de transporte mercantil, y sobre su constitucionalidad.

El Tribunal Constitucional, en Pleno, en su STC 227/1998 de 26 de noviembre de 1998 (ponente Pablo García Manzano, con voto particular concurrente de Tomás S. Vives Antón), desestima las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por el JS/Barcelona núm. 16 y por la Sala de lo Social del TSJ/Castilla y León (sede de Burgos) respecto al párrafo segundo del art. 1.3.g) ET. En dicha sentencia se argumenta que:

«Conviene precisar [...] el designio del precepto legal cuestionado y el contexto en que se produce la intervención del legislador, al ampliar los supuestos de exclusión de la relación laboral contenidos en el art. 1.3 del ET.

La determinación del ámbito de aplicación subjetivo del Estatuto de los Trabajadores y, consecuentemente, la calificación de una relación contractual como laboral, con la consiguiente inserción en un sector del ordenamiento regido por principios orientados a proteger a la parte más débil de tal relación, diversificando así el contrato de trabajo de otras relaciones contractuales afines, civiles o mercantiles, ha dado lugar a supuestos singulares, en los que la no clara concurrencia de las notas de laboralidad del art. 1.1 ET, requerían una delimitación que, en ausencia de precepto expreso del legislador, se producía por vía de aplicación judicial y jurisprudencial a los casos concretos litigiosos. Es significativa al respecto la existencia de las denominadas «zonas grises» o fronterizas, expresión concerniente a aquellas prestaciones de trabajo cuya naturaleza resulta especialmente difícil de calificar como laboral o extralaboral. Pues bien, uno de los supuestos paradigmáticos de tales casos es el de la relación de transporte cuando el transportista desarrolla su actividad con vehículo propio, en cuanto la misma puede ser incardinada en el ordenamiento laboral, como trabajo retribuido por cuenta ajena y dependiente, o bien integrar una relación contractual de naturaleza mercantil —contrato de transporte—, en que el porteador más que a una prestación de actividad se compromete, frente al comitente o cargador, a un concreto resultado: el traslado y entrega de las mercancías al destinatario.

En la evolución jurisprudencial dirigida a deslindar dichas específicas relaciones contractuales, marca un punto de inflexión la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1986. Con anterioridad a ella [...] la jurisdicción del orden social utilizó un criterio estricto para calificar como laboral un contrato de transporte, ya que la propiedad del vehículo con el que se realizaba la prestación del servicio se erigía en elemento determinante para considerarla mercantil. Pero la mencionada Sentencia de 26 de febrero de 1986 (conocida como «de los mensajeros») alteró los criterios jurisprudenciales mantenidos hasta entonces, al excluir el carácter determinante de la propiedad del vehículo para calificar como no laboral la relación, considerando la escasa relevancia que aquel ostentaba en una relación como la debatida, en la que el vehículo utilizado (la motocicleta) no constituía más que un elemento auxiliar y secundario respecto a la actividad personal, en la que cabía observar la ajenidad y dependencia propias de la relación laboral.

A partir de tal Sentencia, la jurisprudencia laboral inició una etapa en la que ha predominado la calificación como laboral aun cuando el transportista efectúe su servicio con un vehículo de su propiedad, empleando como uno de los criterios interpretativos básicos la relevancia económica representada por aquel frente al trabajo personal, de modo que cuando era superior por la envergadura y coste del vehículo, o por su capacidad para realizar una actividad empresarial autónoma, la relación se entendía como de transporte y quedaba, en consecuencia, excluida del ordenamiento laboral y por ende, del conocimiento de la jurisdicción social.

En el contexto que se ha descrito sucintamente ha de situarse la novedad legislativa introducida por la Disposición final séptima de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, que adicionó al núm. 3 del art. 1 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, un nuevo supuesto (letra g), incorporado como tal al Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, precepto ahora cuestionado ante este Tribunal.»

«[...] El concepto de trabajador por cuenta ajena, a los efectos de aplicación del conjunto normativo que constituye el denominado Derecho del Trabajo, y de su regulación por la norma estatutaria a la que remite el mencionado art. 35.2 C.E., no aparece expresamente definido en la Norma suprema y no se halla, por tanto, constitucionalizado. Es al legislador a quien corresponde, pues, su determinación y la articulación de un régimen jurídico de carácter estatutario. La calificación como laboral o no de las relaciones contractuales, y el correlativo régimen jurídico aplicable a las mismas, es tarea que incumbe al legislador estatal, ex arts. 35.2 y 149.1.7.a CE, conforme a los criterios que al respecto adopte en orden a dicha configuración, para, en función de tales criterios, someter la prestación de servicios al ordenamiento laboral o a la regulación propia de los contratos civiles o mercantiles.

En esta tarea la libertad del legislador no encuentra otros límites que los derivados de la Constitución, bien por afectar a significados derechos del ordenamiento laboral cuyo reconocimiento se sitúa en aquella, bien por derivar de otros derechos o principios garantizados por el texto constitucional, tal como el principio de igualdad, que es el ahora cuestionado respecto del párrafo segundo del art. 1.3 g) ET.

Pues bien, aplicando los criterios reiteradamente mantenidos por la jurisprudencia constitucional, la vinculación al principio de igualdad no impide al legislador laboral la diversificación de regímenes jurídicos, siempre que el criterio adoptado para introducir la diferenciación supere el canon de constitucionalidad constituido por el art. 35.2 C.E., ya que tal diferencia-

ción solo alcanza a vulnerar aquel si se encuentra desprovista de una justificación objetiva y razonable, apreciada en relación a la finalidad y efectos de la medida (SSTC 22/1981, 34/1981, 6/1984 y 4/1991). Como señala la citada STC 22/1981, resolviendo cuestión de inconstitucionalidad sobre la Disposición adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores, «aunque es cierto que la igualdad jurídica reconocida en el art. 14 de la Constitución vincula y tiene como destinatario no solo a la Administración y al Poder Judicial, sino también al Legislativo, como se deduce de los arts. 9 y 53 de la misma, ello no quiere decir que el principio de igualdad contenido en dicho artículo implique en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica».

Trasladando al caso debatido la mencionada doctrina constitucional, de los arts. 14 y 35.2 C.E., se deriva para el legislador la prohibición de que, una vez que ha incorporado determinados criterios para definir la prestación de trabajo que cae en el ámbito regulado por el Derecho Laboral (tales como los contenidos en el art. 1.1 del E.T.) y, partiendo de aquellos, ha acotado las relaciones contractuales que van a ser reguladas conforme a las finalidades y principios de tal ordenamiento, excluya del ámbito de aplicación así configurado y de los derechos de él derivados, a grupos de trabajadores o a determinados tipos de prestaciones en función de un criterio que, por injustificado o irrazonable, resulte constitucionalmente inaceptable por contrario al principio de igualdad.

«[...] El párrafo segundo del art. 1.3 g) ET no excluye del ámbito laboral a toda prestación del servicio de transporte ya que, a la vista de los requisitos considerados por aquel, dicha exclusión solo opera cuando concurren cumulativamente varios elementos, a saber: que el vehículo con el que se lleva a cabo dicho servicio sea propiedad de quien lo presta (o bien tenga sobre él un poder de disposición directo), lo realice al amparo de una autorización administrativa de la que sea titular y dicho vehículo sea comercial de servicio público. Los requisitos fijados en la norma delimitadora se fijan, pues, mediante una serie de conceptos jurídicos que recogen nociones previamente definidas en otros preceptos legales correspondientes a la legislación estatal sobre transporte; una técnica que, por lo demás, tampoco es extraña a otras exclusiones contenidas en el art. 1.3 ET, puesto que no es la legislación laboral la que define, a título de ejemplo, la relación funcional o la estatutaria, ni la de los consejeros de sociedades o miembros de los órganos de administración, como tampoco la de los agentes de comercio.

A los efectos de identificar la realidad jurídica que el art. 1.3 g) ET describe por acumulación de los requisitos mencionados, y poniendo en relación estos con la regulación contenida en la legislación estatal sobre transporte, ha de precisarse que la prestación de estos servicios solo se entenderá excluida del ámbito laboral cuando el transporte de mercancías es incardinable en el ámbito del transporte público, que, según dispone el art. 62.2 de la Ley 16/1987 de Ordenación del Transporte Terrestre (en adelante, LOTT), se refiere a los que se llevan a cabo por cuenta ajena y mediante retribución económica [mediante el correspondiente precio, en la dicción del art. 1.3 g) ET]. De otro lado, la condición de ser titular de la correspondiente autorización administrativa no es, frente a lo alegado por los órganos judiciales, un dato meramente formal y accesorio, sino que revela una relación jurídica bien determinada si se tiene en cuenta que, tal como se dispone en el art. 47.1 LOTT y este Tribunal ha confirmado en su STC 118/1996 [...], aquella autorización constituye el título administrativo habilitante para el ejercicio de la actividad del transporte y de las actividades auxiliares y complementarias del mismo y que, por tanto, tiene como objetivo posibilitar una explotación con plena autonomía económica a riesgo y ventura de quien la presta (art. 17 LOTT). En este sentido, no resulta superfluo recordar que tal autorización se somete al cumplimiento de una serie de requisitos (art. 48.1 LOTT), comenzando por las condiciones previas de carácter personal sobre nacionalidad, capacitación profesional y económica y honorabilidad para el ejercicio de la actividad (art. 42 LOTT). Además de estos requisitos personales, el art. 48 LOTT, condiciona la obtención de la autorización administrativa para el transporte al cumplimiento de las obligaciones de carácter fiscal, laboral y social exigidas por la legislación vigente, junto con el de las condiciones específicas que se establezcan para las distintas clases o tipos de autorizaciones, requisitos todos ellos que se someten a control periódico por parte de la Administración.

La consideración conjunta de los requisitos exigidos por el precepto cuestionado, para considerar no laboral la prestación del transportista con vehículo propio, evidencia que la realidad jurídica por aquel configurada es la prestación de resultado, que no de actividad, realizada por el transportista al que las normas administrativas califican como empresario del transporte de mercancías por carretera, una vez habilitado para ejercer dicha actividad profesional por reunir las condiciones legalmente fijadas. El art. 1.3 g) ET cuestionado entiende, pues, excluido del ordenamiento laboral el trabajo o actividad efectuado en desarrollo de una relación distinta a la descrita en el art. 1.1 ET, en tanto en

cuanto la prestación del mencionado transportista no viene caracterizada por las esenciales notas de ajenidad y dependencia, al tratarse de relación concertada por un transportista autónomo.

El legislador ha considerado, pues, que debía diferenciar explícitamente esta relación del transportista de la propiamente laboral, dado que la misma prestación de servicios no puede entenderse incluida en el ámbito de aplicación de dos regímenes jurídicos distintos, y ello, hemos de insistir, con la plausible finalidad de incrementar la seguridad jurídica en la calificación de la relación contractual controvertida.

«[...] Desde la perspectiva constitucional puede, por tanto, afirmarse que la delimitación negativa efectuada por el legislador responde a un criterio objetivo, como es el de la consideración como empresario autónomo del transporte de quien presta el servicio con la habilitación requerida por las normas administrativas. La distinción introducida según este criterio objetivo obedece, además, a una finalidad a la que nada cabe reprochar en términos constitucionales, puesto que la clarificación de los ámbitos laboral y mercantil, en lo que a las relaciones de transporte se refiere, no puede considerarse constitucionalmente ilícita. De otra parte, las consecuencias jurídicas que se derivan de la cuestionada delimitación tampoco adolecen de una desproporción que pudiera resultar constitucionalmente reprochable puesto que, incluso considerando los especiales caracteres y finalidades del ordenamiento laboral del cual se entienden ahora excluidas estas relaciones, no cabe duda de que tal efecto se adecua, precisamente, a la finalidad expuesta, en tanto no es un resultado constitucionalmente desmedido que el transportista habilitado administrativamente para el trabajo autónomo se someta a un régimen jurídico distinto del aplicable a las relaciones dependientes y por cuenta ajena, precisamente por considerarse un supuesto objetivamente distinto a ellas.»

En esa línea interpretativa, y con la distinción de si la parte demandante era o no titular de autorización administrativa para prestar el servicio de transporte, se siguió por la Sala IV del Tribunal Supremo sustentando la naturaleza laboral de la relación entre los mensajeros o repartidores y las empresas cuando los vehículos utilizados por los transportistas o repartidores estaban exentos de autorización administrativa, entre otras, en las:

- a) SSTS/IV 19 de diciembre de 2005 (rcud. 5381/2004 —ponente José M.^a Botana López— en relación con empresa dedicada a mensajería, reparto de envíos y documentos);
- b) 13 de junio de 2006 (rcud. 4072/2004 —Ponente Jordi Agustí Juliá— en empresa dedicada a la actividad de mensajería y aplica la excepción de cosa juzgada);
- c) 18 de octubre de 2006 (rcud. 3939/2005 —ponente Aurelio Desdentado Bonete— en empresa dedicada a reparto de mercancías); y
- d) 18 de mayo de 2018 (rcud. 3513/2016, —ponente Sebastián Moralo Gallego—), esta última en un singular supuesto en el que se califica como contrato de trabajo la prestación de servicios de transporte realizada por quien es socio de una cooperativa de trabajo asociado, que carece de cualquier infraestructura propia y que se limita a ser la titular de la tarjeta de transporte, a la vez que suscribe un contrato de arrendamiento de servicios con la empresa de transporte propietaria de los camiones que alquila a la cooperativa y pone a disposición de los conductores, a los que se les descuenta el precio del alquiler de la facturación mensual de los servicios que organiza y dirige la empresa.

Por el contrario, se declaró la inexistencia de relación laboral cuando el transportista utilizaba vehículo propio de MMA (masa máxima autorizada) superior a los 2.000 kg y consiguiente autorización administrativa. Entre otras, STS/IV de 28 de marzo de 2011 (rcud. 40/2010 —ponente Luis Fernando de Castro Fernández—).

II. Análisis de la relación jurídica de los «mensajeros» con su empresa a la luz de la doctrina jurisprudencial de la «ajenidad» como característica del contrato de trabajo

II.1. La doctrina de la «ajenidad» como característica del contrato de trabajo en la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en ponencias del magistrado Manuel Ramón Alarcón Caracuel

Como homenaje póstumo al querido compañero Manuel Ramón Alarcón Caracuel —que doctrinalmente configuró la ajenidad como la característica de la relación laboral, y que jurisprudencialmente la reflejó en

las sentencias en que las que fue magistrado ponente en diversos supuestos, distintos a los ahora analizados de los repartidores o mensajeros, en los que se cuestionaba la existencia o no de relación laboral—, examinaremos, en primer lugar, tales supuestos y, a continuación, la que entiendo aplicable doctrina a los mensajeros; para reflexionar, finalmente, sobre su aplicabilidad a los nuevos mensajeros ahora denominados «*readers*».

1. STS/IV de 6 de octubre de 2010 (rcud. 2010/2009). Relación laboral: actores de doblaje

«[...] concurren en el caso todos los rasgos definitorios de la laboralidad establecidos en el art. 1 ET y desarrollados por la jurisprudencia a lo largo de años de actividad interpretativa. Los clientes (productoras de cine y televisión) contratan con la empresa y no con los actores la realización de los doblajes (ajenidad en el mercado). Dichos doblajes se hacen en los estudios propiedad de la empresa (ajenidad en los medios de producción), aunque los ensayos puedan realizarse en el domicilio de los actores, puesto que los medios tecnológicos actuales lo permiten, lo cual no significa sino que una parte de la actividad puede ser realizada como trabajo a domicilio, modalidad expresamente prevista en el art. 13 ET. El trabajo se hace bajo la dirección del Director de Doblaje que contrata y designa la empresa (dependencia o ajenidad respecto a la propia actividad profesional), quien da las instrucciones pertinentes a los actores, lo cual no es óbice para que estos disfruten de un amplio campo de autonomía en el desarrollo de su actividad profesional, dado el carácter artístico y creativo de la misma. El producto del trabajo realizado —es decir, los doblajes— y la utilidad patrimonial derivada del mismo —es decir, lo que pagan los clientes— ingresa directamente en el patrimonio de la empresa y no en el de los actores (ajenidad en los frutos y en la utilidad patrimonial) y estos percibirán su salario, en la modalidad de por unidad de obra, expresamente contemplada en el art. 26.3 ET, teniendo derecho a ello por el trabajo realizado, independientemente de que la empresa obtenga finalmente el beneficio o lucro perseguido o no lo obtenga (ajenidad en los riesgos).»

2. STS/IV de 17 de mayo de 2012 (rcud. 871/2011). Perito tasador de seguros: relación laboral

«En efecto, en ambos casos el perito tasador no utilizaba en su trabajo ningún medio de producción propio sino los de la empresa aseguradora

(ajenidad en los medios de producción); en ningún caso era el taller de reparación o el propietario del vehículo accidentado el que contrataba los servicios del perito tasador, que ninguna relación jurídica establece con dichos clientes (ajenidad en el mercado), sino que era la empresa aseguradora la que reclamaba al perito que efectuara la tasación de los daños producidos en los vehículos de sus propios clientes, como una operación más cuya realización es indispensable en el marco de su actuación como tal compañía aseguradora, en cuya organización productiva se insertan los peritos tasadores (ajenidad en la organización de la actividad productiva o dependencia). Respecto a esta última nota definitoria, queda probado en el caso de la sentencia recurrida que “la empresa les remite telemáticamente las peritaciones a realizar y estos, una vez efectuadas, las remiten a su vez a la empresa por el mismo conducto”, y se añade que: “La empresa marca a los peritos externos determinadas indicaciones de cómo efectuar su trabajo, relativas a la prontitud de emisión de los encargos, a la facturación de honorarios, a la operativa de actuación en determinados siniestros, a la evitación de fraudes y a los objetivos a conseguir, concertando reuniones con ellos para tratar de dichas cuestiones; asimismo, les requiere para que le informen de las fechas en que tienen intención de disfrutar de sus vacaciones, para coordinarlas entre ellos”. El mismo *modus operandi*, como no podía ser de otra manera, es el de la sentencia aportada como contradictoria, en la que también se da como probado que “la empresa demandada cada día le remite al actor y a los peritos las periciales a efectuar, que normalmente van asignadas en zonas de trabajo que los peritos tienen asignadas”, que “al actor se le marcaban objetivos y directrices de trabajo por la empresa demandada en la lucha contra el fraude y otros” o que “las vacaciones de los peritos se intentaban coordinar entre ellos y que finalmente la autorización y aprobación final correspondía al jefe de peritos o coordinador”. Ante la coincidencia de estos datos (nótese que, incluso, en la sentencia de contraste se habla de los peritos en general), resultan irrelevantes algunas precisiones específicas que aparecen en la sentencia recurrida como puede ser el que “en determinados supuestos pueden rechazar las peritaciones que les encarga la empresa, aunque no resulta habitual” o que “no tienen marcada una retribución por objetivos”. Nótese que es ahora la sentencia recurrida la que utiliza el plural, como también lo utiliza al dar como probado otro dato —este sí relevante—, cual es el de que “perciben los honorarios establecidos en un baremo elaborado por la empresa”. De nuevo es irrelevante el hecho, que también afirma con absoluta rotundidad y generalidad la sentencia recurrida, de que “ningún perito externo tiene una cláusula de exclusividad”, lo que, desde luego, no fue

óbice —pues no puede serlo— para que la sentencia de contraste apreciase la laboralidad del vínculo.»

3. STS/IV de 19 de febrero de 2014 Pleno (rcud. 3205/2012; voto particular). Relación laboral: existe entre un periodista tertuliano de una cadena radiofónica para la que presta habitualmente sus servicios en régimen de ajenidad y dependencia pese a cobrar mediante facturas giradas a través de una sociedad mercantil.

«1. Entrando en el fondo del asunto, es cierto que la figura del colaborador periodístico se sitúa en esa zona fronteriza o gris en que es difícil determinar la naturaleza laboral o civil de la prestación de servicios en cuestión. Pero también lo es que esa dificultad se aminora sustancialmente cuando el colaborador en cuestión es precisamente una persona cuya profesión principal y quizás única —y, por otra parte, como ocurre en el caso de autos, socialmente reconocida— es la de periodista. Más dificultad en cambio —aunque ello no sea determinante— existe cuando el tertuliano en cuestión es una persona que tiene su profesión principal fuera del mundo mediático —con mucha frecuencia se trata de un profesor de Universidad, un político en activo, etc.— y que de manera muy marginal, aunque a veces llegue a ser duradera y periódica, colabora con un determinado medio informativo, frecuentemente retribuido bajo forma de dietas o incluso sin retribución alguna, circunstancia esta última que excluiría claramente la relación laboral.

2. Reconocida, pues, la relativa dificultad del asunto, hay que señalar, sin embargo, que la jurisprudencia y la doctrina científica nos suministra criterios jurídicos muy sólidos para resolverlo, habiendo interpretado con gran precisión el alcance de esos rasgos definitorios del contrato de trabajo —ajenidad y dependencia— que aparecen en el art. 1 del ET. Una muestra sintética de esa tarea interpretativa de la jurisprudencia puede encontrarse, por ejemplo, en la STS/IV de 6 de octubre de 2010 (rcud. 2020/2009), en la que se especifican los múltiples aspectos en que se manifiesta la esencial nota definitoria de la ajenidad, incluyendo la dependencia que, en puridad, y pese a su importancia, no es sino un aspecto más de la ajenidad (en la organización de la prestación laboral, que no corresponde al trabajador —que es la característica del trabajo por cuenta propia— sino al empresario). Dice así su FD Tercero, refiriéndose a los actores de doblaje: “En efecto, concurren en el caso todos los rasgos definitorios de la laboralidad establecidos en el art. 1 del ET y desarrollados por la jurisprudencia a lo largo de años de actividad interpretativa. Los clientes (productoras de cine

y televisión) contratan con la empresa y no con los actores la realización de los doblajes (ajenidad en el mercado). Dichos doblajes se hacen en los estudios propiedad de la empresa (ajenidad en los medios de producción), aunque los ensayos puedan realizarse en el domicilio de los actores, puesto que los medios tecnológicos actuales lo permiten, lo cual no significa sino que una parte de la actividad puede ser realizada como trabajo a domicilio, modalidad expresamente prevista en el art. 13 del Estatuto de los Trabajadores. El trabajo se hace bajo la dirección del Director de Doblaje que contrata y designa la empresa (dependencia o ajenidad respecto a la propia actividad profesional), quien da las instrucciones pertinentes a los actores, lo cual no es óbice para que estos disfruten de un amplio campo de autonomía en el desarrollo de su actividad profesional, dado el carácter artístico y creativo de la misma. El producto del trabajo realizado —es decir, los doblajes— y la utilidad patrimonial derivada del mismo —es decir, lo que pagan los clientes— ingresa directamente en el patrimonio de la empresa y no en el de los actores (ajenidad en los frutos y en la utilidad patrimonial) y estos percibirán su salario, en la modalidad de por unidad de obra, expresamente contemplada en el art. 26.3 del ET, teniendo derecho a ello por el trabajo realizado, independientemente de que la empresa obtenga finalmente el beneficio o lucro perseguido o no lo obtenga (ajenidad en los riesgos)”,.»

4. STS/IV de 11 de febrero de 2015 (rcud. 2353/2013). Existencia de relación laboral: psicólogo del servicio de atención a las víctimas de delitos de las oficinas judiciales de la Comunidad de Madrid:

«[...] no cabe duda alguna de que nos encontramos en presencia de una relación laboral pues concurren en ella las manifestaciones más importantes de la ajenidad que caracterizan al contrato de trabajo, no siendo la denominación del contrato como de arrendamiento de servicios más que una simulación contractual, aderezada además con la forma de pagar el salario —contra factura con IVA— y la exigencia de que el trabajador se dé de alta en el RETA, que no son más que elementos tradicionalmente característicos del fraude simulatorio y a los que la jurisprudencia de esta Sala —tan antigua y reiterada que ni hay que citar— ha desprovisto de todo valor definitorio.

En efecto, la prestación de servicios del actor se realizaba en un indiscutible marco de trabajo por cuenta ajena. Lo hace el Psicólogo empleando los medios materiales de la empleadora (ajenidad del trabajador respecto a los medios de producción o de prestación del servicio), bajo las directrices

de la CAM y bajo la dependencia directa de los funcionarios de la Oficina Judicial de la CAM a la que pertenecen (ajenidad respecto a la organización del servicio o dependencia) y sin tener relación jurídica alguna con los destinatarios del servicio (ajenidad en el mercado que, en este caso, no es un mercado con ánimo de lucro económico de la entidad empleadora —puesto que los servicios eran gratuitos— sino un “mercado político”: los ciudadanos retribuirán con su voto a los responsables políticos de la CAM si el servicio es de su agrado y los penalizarán en caso contrario; pero a una cosa y a la otra son completamente ajenos los profesionales que prestan sus servicios y que, si trabajaran realmente por cuenta propia, lo que harían sería cobrar el servicio a sus clientes).»

II.2. La doctrina de la «ajenidad» como característica del contrato de trabajo y su aplicabilidad a la relación jurídica de los mensajeros con su empresa

Sí analizamos los datos fácticos y los razonamientos jurídicos de la trascendente sentencia inicialmente citada denominada «de los mensajeros» (STS/IV de 26 de febrero de 1986), a la luz de la doctrina de la ajenidad, entiendo que la conclusión habría sido la misma en orden a la determinación como «laboral» de la relación existente entre los mensajeros con su empresa. Así, concurren plenamente los datos:

- a) Ajenidad en el mercado: el mensajero no tiene relación jurídica alguna con los destinatarios del servicio; los clientes contratan con la empresa y no con los mensajeros la realización de las entregas; el mensajero no ofrece el producto de su trabajo directamente a los clientes, sino a la empresa, que es quien hace llegar el producto de la actividad del mensajero al mercado.
- b) Ajenidad del trabajador respecto de los medios de producción: aunque la regla de esta característica es que el trabajador no utiliza en su trabajo ningún medio de producción propio, sino de la empresa, ya se han establecido excepciones cuando esa posible de utilización de medios propios es proporcionalmente intrascendente; así, en el caso citado de los actores de doblaje («aunque los ensayos puedan realizarse en el domicilio de los actores, puesto que los medios tecnológicos actuales lo permiten [...]», STS/IV de 6 de octubre de 2010) y, podemos añadir, en el de los mensajeros, dado que la nota esencial configuradora de la relación como laboral es la del carácter subsidiario o escasa

relevancia del medio personal propio que pudiera utilizar el mensajero, como destaca tanto la STS/IV de 26 de febrero de 1986 («[...] el mensajero, mero ejecutor material del transporte mediante, fundamentalmente, su trabajo personal, aunque para ello se valga de un medio material propio») como la STC 227/1998 («Pero la mencionada sentencia de 26 de febrero de 1986 (conocida como «de los mensajeros») alteró los criterios jurisprudenciales mantenidos hasta entonces, al excluir el carácter determinante de la propiedad del vehículo para calificar como no laboral la relación, considerando la escasa relevancia que aquel ostentaba en una relación como la debatida, en la que el vehículo utilizado (la motocicleta) no constituía más que un elemento auxiliar y secundario respecto a la actividad personal, en la que cabía observar la ajenidad y dependencia propias de la relación laboral»). El carácter personal de la prestación queda de evidencia en el caso, de los mensajeros, como destaca la citada STS/IV de 26 de febrero de 1986, sin que lo desvirtúe tampoco la hipotética posibilidad de sustitución («[...] lo que reconoce la empresa al mensajero es una posibilidad de sustitución que no ha tenido virtualidad en la ejecución del contrato, pues el trabajo lo han realizado siempre los demandantes de modo directo y personal, por lo que tal posibilidad, la de realizar el servicio por medio de otras personas, más parece una cláusula destinada a desfigurar la verdadera naturaleza laboral del contrato, que un pacto trascendente a la realidad del servicio, sin duda por no obedecer, por razones obvias, al interés de los trabajadores, ni al de la empresa que demanda también una cierta regularidad en la ejecución del servicio»).

- c) Ajenidad respecto a la organización de la propia prestación o dependencia como integración en el ámbito de organización o dirección de la empresa («[...] la dependencia que, en puridad, y pese a su importancia, no es sino un aspecto más de la ajenidad —en la organización de la prestación laboral [...]—» STS/IV de 19 de febrero de 2014 Pleno): la organización de la prestación laboral no corresponde al mensajero (que es la característica del trabajo por cuenta propia) sino al empresario, aunque pudiera aceptarse sin desvirtuarla cierta flexibilización o atenuación en determinadas circunstancias relativas esencialmente al tipo de actividad desarrollada. Como destaca la citada STS/IV de 26 de febrero de 1986, la dependencia «[...] aparte de su exteriorización en ese llevar en la

ropa y en el vehículo el nombre de la empresa, se manifiesta también, en la necesidad de llamar diariamente a la misma, bajo penalización de no hacerlo, para recibir las órdenes de trabajo del día, respecto de las que asume la obligación de realizarlas sin demora ni entorpecimiento alguno», sin que tenga «[...] trascendencia a estos efectos el que el trabajador no esté sometido a un régimen de jornada y horario riguroso [...]», dado que «La no asistencia de los actores al trabajo en todos los días laborables es un mero efecto de la configuración que la empresa pretende dar al contrato para eludir la calificación de laboral, y no constituye un dato esencial para determinar su verdadera naturaleza» y, finalmente, que «Por otra parte la posibilidad de compatibilizar el trabajo en otras empresas es algo que, debidamente autorizado, no desnaturaliza el contrato, según cabe deducir de los arts. 5.d) y 21.1 ET».

- d) Ajenidad en los frutos y en la utilidad patrimonial: El producto del trabajo realizado —es decir, la ejecución material del transporte— y la utilidad patrimonial derivada del mismo —es decir, lo que pagan los clientes— ingresa directamente en el patrimonio de la empresa y no en el de los mensajeros;
- e) Ajenidad en los riesgos: los mensajeros percibirán su retribución en la forma pactada, teniendo derecho a ello por el trabajo realizado, independientemente de que la empresa obtenga finalmente el beneficio o lucro perseguido o no lo obtenga. Como destaca la citada STS/IV de 26 de febrero de 1986 «[...] el trabajador no asume los riesgos ni los beneficios del contrato de transporte existente entre la empresa y el cliente, no interviene en la fijación del precio del mismo, ni su retribución depende de su resultado; se limita fundamentalmente a aportar su actividad y a percibir la retribución que por ella le corresponde, que devenga por el hecho de realizarla. El que responda, no de los riesgos del transporte, sino de los perjuicios causados por su negligencia, no es más que una consecuencia del incumplimiento del deber que impone el art. 5.a) ET; deriva de las normas generales del derecho de obligaciones, art. 1.101 del Código Civil».

III. La historia se repite: la contratación de transportistas (ahora denominados por algunos «readers») a través de las plataformas tecnológicas. La interposición de las plataformas entre la empresa que suministra productos al mercado y los repartidores: vuelta a la precariedad o al «trabajo esclavo» (en la terminología de la OIT)

Con la intervención de las plataformas tecnológicas entiendo que, realmente, se produce una interposición entre la empresa que suministra productos al mercado y los repartidores o mensajeros; con el sistema clásico, el mensajero dependía directamente de la empresa que suministraba productos al mercado (editorial periodística, restaurantes, establecimientos de elaboración de pizzas, farmacéuticas, grandes almacenes, empresa de transporte, etc.) y, como se ha analizado, estaba consolidada finalmente la existencia de relación entre las partes.

Con el nuevo sistema, —con las ventajas que ello pueda suponer para el mercado al hacer accesibles los productos suministrados por empresas más pequeñas cuantitativa o cualitativamente—, el mensajero o repartidor (ahora denominado por algunos *reader*) se desvincula de la empresa suministradora de productos y establece su relación jurídica con la empresa que gestiona la plataforma, la que hace de intermediaria entre la empresa suministradora de productos y los clientes de esta, gestionando los pedidos y poniendo a disposición a los referidos repartidores o *readers* como ejecutores del transporte.

Tal cambio se articula como generador de beneficios para las empresas intervinientes y, derivadamente, para los clientes o consumidores de los productos suministrados, pero en la práctica se está desarrollando, como regla, en perjuicio de los derechos sociales de los referidos repartidores, negándoseles el carácter laboral de la relación, aunque desempeñaran análoga actividad final que la de los clásicos mensajeros, y sin perjuicio de la incidencia en la ejecución de su actividad de los sistemas tecnológicos utilizados, y, por otra parte, con la excusa de la flexibilidad en el trabajo, se vuelve, sin razones objetivas que justifiquen la desigualdad pretendida, a la precariedad o al denominado por la OIT «trabajo esclavo».

Los medios de comunicación recogen reiteradamente de nuevo las posturas de las partes intervinientes para intentar predeterminedar en favor de una u otras tesis las soluciones jurídicas sobre la naturaleza de la relación que vincula a los nuevos transportistas con la empresa que les encomienda el reparto.

IV. La actuación de la inspección de trabajo y seguridad social

IV.1. En una primera fase (actuaciones efectuadas en Barcelona en el año 2016), por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social al analizar el servicio de reparto de mercaderías a través de plataformas colaborativas y la existencia de empresas que formalizaron su relación con los transportistas a través de contratos como trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADES) —definidos en el art. 1.1.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio (Estatuto del Trabajo Autónomo), como «1. [...] las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena. Esta actividad autónoma o por cuenta propia podrá realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial»—, se aceptó en determinadas actuaciones tal calificación, partiendo de que los repartidores realizaban bajo criterios organizativos propios la actividad de mensajería, se conectaban con la plataforma informática cuando lo deseaban, utilizaban sus medios propios para efectuarla, sin perjuicio de las indicaciones tácticas suministradas por la empresa, no ejecutando su actividad de forma conjunta con el personal de la empresa y percibiendo por su actividad el precio pactado.

IV.2. Sin embargo, con posterioridad (año 2017), ante hechos análogos, se han levantado actas de liquidación (en especial, últimamente en Valencia y en Madrid) poniendo de relieve la concurrencia de los requisitos o presupuestos (voluntariedad, dependencia, ajenidad) para calificar como laboral la relación existente entre el repartidor y la empresa que, a través de la plataforma, le encomendaba el reparto; sin que se considerara como obstáculo a tal conclusión: a) la formal calificación contractual como mercantil de la prestación de servicios; b) la pretendida libertad para aceptar o no la prestación del servicio y la alegada no penalización por la no aceptación; c) la libertad de horarios con libertad de elección de franja horaria y de zona de reparto determinando; d) su disponibilidad o las cantidades percibidas en concepto de disponibilidad; e) la aportación de medios de producción por el repartidor, o f) el que asuma los gastos de mantenimiento, seguro y combustible.

Se rechazan las calificaciones de autónomo o de TRADE, al no concurrir las características de los trabajadores por cuenta propia, que son:

a) organización propia; b) libertad de aceptar encargos; c) libertad de horarios; d) ausencia de dependencia de otra empresa; e) aportación de los medios de producción, y f) asunción del riesgo económico de su actividad.

Especial referencia al acta de liquidación levantada en fecha 11 de diciembre de 2017 por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Valencia a la entidad Roofoods Spain, S.L., que figura dedicada, entre otros, objetos sociales a la «gestión y reparto de comida a domicilio», la que es titular de una plataforma virtual denominada con el nombre comercial de Deliveroo, en la que, a través de una aplicación informática (APP), un o una cliente, el o la cual previamente debe haberse registrado en la aplicación, puede pedir comida y bebida de cualquiera de los restaurantes adheridos a la plataforma, la cual es llevada por una persona prestadora del servicio de reparto, denominada «*rider*», del restaurante al domicilio o lugar de trabajo del cliente.

Para determinar la naturaleza de la relación jurídica que une al o la *rider* con la sociedad inspeccionada, figuran, en lo esencial, en la referida acta, las siguientes afirmaciones:

«La llamada economía de las plataformas hace referencia a la actividad generada en torno a aplicaciones informáticas que ponen en contacto a personas que ofrecen un bien o servicio con otras que lo demandan, esto es, radican su potencial en la posibilidad de sincronizar la oferta y la demanda en tiempo real, llegando a productos y servicios de todas las categorías.»

«A través, en concreto, de DELIVEROO se puede acordar que alguien lleve la comida de un concreto restaurante al propio domicilio por un determinado precio —economía por encargo o de las pequeñas cosas (*gig economy*)—. Se trata, por tanto, de un supuesto de lo que actualmente se denomina *crowdwork*, que consiste en tomar una prestación de un servicio, tradicionalmente realizada por un trabajador o trabajadora de la empresa, y descentralizarla hacia un indefinido y, normalmente, gran número de personas en forma de llamamiento o convocatoria [...] y en la que intervienen tres elementos: solicitante, trabajador/a y plataforma virtual.»

«De esta forma, DELIVEROO, como plataforma virtual, crea una infraestructura invisible que conecta oferta y demanda —el demandante del servicio con el proveedor de este—, en este caso, un restaurante adherido con un o una cliente particular registrado/a, y que, para realizar su actividad

propia, esto es gestión de pedidos y reparto de comida a domicilio [...] recurre a personas prestadoras del servicio de reparto de comida a domicilio con las que realiza contratos civiles en lugar de laborales.»

«[...] la cuestión central será conocer si los trabajadores/as que prestan servicios en estas nuevas plataformas virtuales y, en el presente caso, en DELIVEROO, siguen, de alguna forma, dentro del ámbito de dirección y control o, por el contrario, la libertad concedida para la prestación del servicio es suficiente para convertirlos en trabajadores/as independientes y, por tanto, autónomos/as.»

«[...] se debe concluir de forma inequívoca que el hecho de que DELIVEROO decida permitir que las personas prestadoras del servicio de reparto elijan su jornada de trabajo y su horario —dado que las nuevas tecnologías hacen innecesario dictar instrucciones en este respecto— no implica que el trabajador o trabajadora pase a ser independiente puesto que, en última instancia [...] es ella la que decide finalmente los días, zonas y horario de trabajo de aquellas.»

«La empresa puede, en cualquier momento [...] dictar nuevas instrucciones y los trabajadores/as deben obedecer, entre otros motivos, porque las únicas opciones que tienen es aceptar las condiciones o cesar en la prestación del servicio.

En definitiva, que la empresa dicte solamente las “instrucciones necesarias” no quiere decir que el trabajador/a deje de estar subordinado a la misma. Lo relevante será saber si el empresario ha dictado las instrucciones suficientes para —y con el objetivo de— mantener el control sobre el proceso productivo y esta circunstancia ha resultado acreditada [...].»

«[...] los materiales aportados por los trabajadores tienen relativamente poco valor como para entender que existe una verdadera ajenidad. De la misma forma, los riesgos o costes asumidos por el trabajador son de poca importancia como para afirmar que el trabajador está asumiendo los riesgos del negocio [...].»

«[...] los verdaderos medios de producción son los tecnológicos. La inversión en la tecnología que crea la plataforma virtual es realmente la parte costosa de los medios de producción, por ello, en comparación, los materiales aportados por el trabajador son insignificantes.»

«[...] la verdadera protagonista de la relación de prestación de servicios es, de forma muy evidente, la aplicación informática, sin la cual no hay nada [...]

Sin la aplicación y sus actualizaciones no hay inicio de sesión y, sin esta, no hay reparto [...].»

«No hay relación comercial alguna entre la persona prestadora del servicio de reparto y aquellos sujetos, NO son sus clientes, sino que la única relación de los restaurantes y los y las clientes particulares es con DELIVEROO.

De este modo, aunque la plataforma se pueda considerar una base de datos que conecta al o a la cliente con la persona prestadora del servicio de reparto, lo cierto es que la relación mercantil se produce, por un lado, entre la plataforma digital y el restaurante adherido a la misma —para lo cual la plataforma recurre a trabajadores/as, esta vez sí, propios/as, para realizar esa labor de comercialización de sus servicios con dichos restaurantes— y, por otro, entre la misma y el o la cliente registrados/as previamente en la APP, pero, en ningún caso, entre el restaurante adherido o el cliente registrado/a en DELIVEROO y la persona prestadora del servicio de reparto, la cual se limita a ir al restaurante que le indica la APP y llevar la comida y bebida a la dirección que le indica la APP.»

«[...] el hecho de que, eventualmente y en algún supuesto, pueda ser una actividad ocasional, no desvirtúa la naturaleza jurídica del vínculo.»

«La plataforma determina unilateralmente [...] la manera de trabajar, las jornadas, zonas y los horarios y fija los precios.

Autoriza previamente cualquier cambio en dichos aspectos y cualquier ausencia o periodos de vacaciones [...].»

«[...] si bien puede existir una cierta flexibilización del concepto «dependiente» en el sentido de que los y las *riders* proponen cuándo trabajar —muestran su «disponibilidad» en términos de DELIVEROO—, sin embargo, en todo caso están insertos/as en la organización empresarial dado que la decisión final está en manos de DELIVEROO, que finalmente establece los cuadrantes de prestación de servicios.

[...] la empresa conoce en todo momento donde está cada *rider*, el tiempo que ocupa en cada entrega y les realiza avisos y les remite instrucciones al respecto, especialmente en caso de demora, controlando en todo momento a través de la geolocalización donde está cada *rider*.

El hecho de que el trabajador/a pueda decidir —más correcto sería decir, proponer— más o menos los horarios —los cuales, en todo caso, son fijados finalmente por la empresa— o utilice algunos medios de producción propios —de escasa importancia—, aunque puede debilitar las notas de ajeneidad y dependencia, no anula en modo alguno la laboralidad de la relación en tanto que es la plataforma la que asume el riesgo y ventura empresarial y quién controla y organiza la prestación de servicios a cambio de una remuneración.»

«[...] el trabajo no se lleva a cabo en el lugar libremente designado por el trabajador o trabajadora, sino que el o la *rider* debe obligatoriamente personarse a la hora fijada por la empresa y que cada uno de ellos lo hace en el punto de control —“centroide”— designado y asignado por la misma, de tal forma que si no están en ese punto no pueden iniciar sesión y, con ello, la prestación de servicios. Igualmente, entre pedido y pedido deben retornar a dicho punto a la espera de que les entre un nuevo pedido.»

«[...] la actividad que desarrollan los y las *riders* forma parte esencial de la actividad o tráfico mercantil de la empresa para la que prestan sus servicios hasta el punto que, sin su presencia, no hay actividad.»

«Los pedidos, la cadencia de su entrada, su asignación a uno u otro *rider* , etc., es gestionado íntegramente por la empresa a través de la aplicación, sin que el o la *rider* puedan decidir ni tengan opción sobre qué pedido concreto —y, con ello, qué restaurante y/o cliente concreto— de todos los pedidos existentes en un momento determinado quiere o prefiere hacer o no.

DELIVEROO no ofrece, pues, posibilidad alguna a las personas prestadoras del servicio de elegir a sus clientes ni de cobrar directamente a los mismos/as, estableciendo sus propios precios por el servicio que realizan, sino que el precio del servicio a cobrar del cliente está establecido directamente por aquella y, efectivamente, es cobrado por la misma.»

«La empresa impone normas de «estilo» como, por ejemplo, quitarse el casco y la mochila al entrar en el restaurante o al acudir a un domicilio, y aconseja la forma de dirigirse al o a la cliente particular.»

«[...] los datos de los restaurantes adheridos y de los y las clientes registrados/as obran en poder de la empresa, no del trabajador o trabajadora que realiza el servicio, que se limita a ir al restaurante que le indica la APP, recoger el pedido y llevarlo a la dirección que igualmente le indica DELIVEROO.»

«DELIVEROO provee [...] de formación, adiestramiento, guía o entrenamiento a los trabajadores/as [...] respecto al servicio que prestan o sobre la utilización más productiva de la plataforma e, incluso, sobre cómo mejorar sus ingresos en la plataforma. Les remite constantes recordatorios —que se podría decir que son instrucciones— sobre la necesidad de, por ejemplo, marcar un pedido como entregado de forma rápida.

Después de la formación teórica, reciben una formación práctica a cargo de otros *riders* a los que acompañan el primer día de trabajo [...]. Pero, además, esta formación obligatoria se repite periódicamente.»

«DELIVEROO establece controles de entrada en la plataforma mediante la exigencia de requisitos mínimos como tener un teléfono móvil de unas determinadas características, un vehículo igualmente de unas determinadas características —sin que, además, el o la *rider* pueda prestar el servicio por los medios que considere más adecuados— y obliga a descargarse, registrarse y actualizar la aplicación, siendo ella la que proporciona un usuario y contraseña y, en su caso, desactiva al o la *rider* temporal o definitivamente.

En este sentido, entrega al trabajador/a el principal elemento productivo necesario para realizar la labor como es la propia aplicación, así como algunos elementos adicionales de menor importancia —como un soporte o una batería externa, además de la mochila o caja—.

La plataforma desactiva a los prestadores de servicios por razones de rendimiento o disciplinarias.»

«El pago del servicio se realiza a través de una plataforma de pago ofrecida por DELIVEROO, sin intervención alguna de la persona prestadora del servicio, la cual no percibe ninguna cantidad del o de la cliente.»

«El nombre de la plataforma también se visualiza como marca. De hecho, DELIVEROO decide cuándo las personas que prestan el servicio de reparto deben o no mostrar dicha marca.

En todo caso, y de cara a restaurantes y clientes particulares, los y las *riders* siempre se identifican y se han identificado como personal de DELIVEROO, y entregan y han entregado el pedido al o a la cliente particular en bolsas identificativas de la marca DELIVEROO.

Por tanto [...] los y las *riders* no actúan personalmente en el mercado, sino bajo una marca ajena propiedad de la empresa, sin que [...] los clientes sean suyos, sino de la misma.»

«Es la empresa la que elabora, aprueba y gestiona la agenda de trabajo de las personas prestadoras del servicio de reparto —horarios, franjas y zonas de trabajo, ausencias, sustituciones, cambios, vacaciones, etc.—, les asigna o no los pedidos y, por tanto, los y las clientes —aunque se haya sustituido a una persona física por una aplicación informática que funciona bajo ciertos algoritmos y parámetros fijados precisamente por la empresa—, cobra a los y las clientes, fija los precios o tarifas e incluso, gestiona los ingresos, incluso las propinas, de los y las *riders*, hasta el punto de que es ella, por cuanto conoce todos los datos de forma exclusiva, la que elabora las facturas pretendidamente emitidas por los trabajadores/as.

DELIVEROO asume así y de forma inequívoca todo el riesgo y ventura del negocio —de hecho, si no funciona la plataforma, el trabajador/a se queda sin trabajo—.»

«La ajenidad se evidencia mediante el pago de, en un origen, una cantidad fija por hora de trabajo, a la que se añadía otra cantidad fija por pedido entregado y, en su caso, los gastos de combustible, y, desde septiembre de 2016 y hasta la actualidad, por una cantidad fija por pedido entregado, esto es por unidad de obra, teniendo en cuenta que, hasta agosto de 2017, los y las *riders* tenían garantizada la percepción de dos pedidos por hora de trabajo, aunque efectivamente no los hiciesen, lo que en realidad encubre una percepción garantizada por hora de trabajo.»

«[...] además de la cantidad garantizada por hora y, posteriormente por pedido, existen una serie de incentivos y comisiones [...] por distintos motivos —actualmente, por alcanzar un número de pedidos determinado unilateralmente por la empresa, lo que no es otra cosa que un trabajo incentivado “a destajo”, o por trabajar en determinadas franjas horarias de determinados días—, y que lo que retribuyen es un mayor esfuerzo o una mayor dedicación de la persona prestadora del servicio de modo que, si llega a esos objetivos o trabaja en esos días y horas, lo percibirá de forma garantizada, es decir, existe un sistema de retribución por rendimiento que incentiva esa mayor dedicación o la prestación de servicios en días y franjas que a la empresa le interesa por ser días y horas de máxima actividad y, por ende, de mayor negocio para la misma.»

«La compensación económica recibida por el o la *rider* no queda afectada por el riesgo de deterioro o destrucción del trabajo no imputable al mismo/a ni por la frustración de la operación, por ejemplo, porque el restau-

rante se equivoque o se retrase o el o la cliente no abra la puerta. El riesgo lo asume la plataforma, no el o la *riders*.»

Concluyendo que las personas trabajadoras identificadas en el acta y, cuando menos, en el periodo de referencia, prestaron servicios laborales como «repartidores» —o *riders*, en la terminología utilizada por la empresa de referencia— por cuenta de la empresa Roofoods Spain, S.L. sin haber sido dadas de alta en el RGSS como trabajadoras por cuenta ajena.

V. Las primeras sentencias dictadas en el ámbito de la jurisdicción social sobre plataformas

1. SJS/Barcelona núm. 11, de 29 de mayo de 2018 (autos 652/2016; ponente Pedro Tuset del Pino; Take Eat Easy Spain, S.L.). Naturaleza relación jurídica: laboral.

En los HPS (habilitación personal de seguridad), figura, entre otros extremos que:

«[...] La empresa contrataba repartidores en bicicleta que, repartidos por la ciudad en turnos de trabajo de 4 horas, esperan que la aplicación de móvil les asigne un pedido a recoger en un restaurante y entregar en el lugar indicado escogido por el cliente. En todo caso, los puestos de trabajo desarrollados por los trabajadores como conductores (“repartidores”) eran absolutamente esenciales para el servicio que prestaba la empresa a los clientes, pues esta no se limitaba a poner a disposición de estos una aplicación con la que se podía pedir comida en los establecimientos, sino que ponía a disposición una auténtica flota de repartidores en bicicleta que eran los encargados de transportar los pedidos desde el origen a su destino.»

«[...] Todos los trabajadores prestaban sus servicios a favor de la demandada TAKE EAT EASY SPAIN, S.L. a través de tres diferentes modalidades:

A) Alta como trabajadores de la cooperativa de trabajo asociado FAC-TOO: en concreto, los trabajadores siguientes [...] Todos ellos prestaron servicios para la empresa de forma directa y solo a los efectos retributivos figuraban encuadrados en el RGSS como socios de la cooperativa instrumental FACTOO, que actuaba como intermediaria, facturando a TEE las horas de trabajo de los trabajadores, liquidando posteriormente con este el pago de estas horas.

A pesar de que los citados trabajadores suscribieron sendos contratos con dicha cooperativa, los trabajadores no realizaban ninguna prestación real para esta, ni participaban de manera democrática en las decisiones que afectan al funcionamiento de esta (no se realizaban asambleas ni votaban ninguna decisión).

B) Alta como falsos autónomos: Un segundo bloque de trabajadores [...] realizaron su prestación de servicios dándose previamente de alta en el RETA, emitiendo facturas a la empresa demandada.

C) Sin estar dados de alta en el sistema. Los demandantes [...] estuvieron prestando sus servicios a favor de la demandada sin estar dados de alta en la Seguridad Social, ya sea en el RETA o en el RGSS [...].»

«[...] En el desarrollo de sus actividades, la empresa TAKE EAT EASY:

a) Prestaba los uniformes, de color azul, y el material (mochilas térmicas y móvil con la aplicación), ponía a disposición de los clientes insatisfechos un servicio “de Atención al Cliente” que respondía por los posibles errores o contingencias en el reparto de comida por parte de los trabajadores, la empresa aprobaba los horarios que solicitaban estos con 4 semanas de antelación y había puesto a disposición de los trabajadores formularios para la concesión de vacaciones. Así pues, son comunes las siguientes notas en todos los casos:

b) Los trabajadores percibían su salario de TAKE EAT EASY SPAIN, S.L.(TEE) y no de los restaurantes (clientes) a los que recoge el pedido ni a los clientes a quienes se lo transporta.

c) La empresa exigía una fianza a todos los trabajadores de 150 euros para prestar el material esencial para la realización de la prestación laboral (mochila térmica y móvil con la aplicación de TEE que marca los puntos de recogida y entrega).

d) La empresa distribuyó correos electrónicos para consultar las vacaciones que querían escoger los trabajadores entregando unos formularios.

e) Instauró un régimen disciplinario interno en función de una calificación de faltas realizada de forma unilateral por la empresa, en base a un sistema de *strikes* o faltas que penalizaban la impuntualidad, el reparto sin bolsas con el logo de la empresa o sin hacer uso de la caja facilitada o sin repartir pedidos con las notas de amabilidad exigida. Si los trabajadores cometían cuatro faltas se extinguía el contrato.

f) El salario que abona TEE a sus trabajadores tiene una parte fija y variable (cada pedido entregado reporta 5 euros al trabajador, pero durante los turnos de mediodía y cena el trabajador tiene garantizada una retribución de 18 euros por turno los mediodías y 20 euros a la hora de cenar en caso de que la aplicación no le dé “trabajo”).

g) Los trabajadores estaban sometidos a exclusividad a favor de la empresa demandada en la realización de sus actividades, mediante una cláusula introducida en los contratos mercantiles firmados con los trabajadores.»

En los FD (fundamentos de derecho), se razonaba, entre otros extremos, que:

«[...] Entrando en el fondo del asunto, los actores reclaman el reconocimiento de una relación de naturaleza laboral con la demandada TAKE EAT EASY SPAIN, S.L.

Conforme a los hechos declarados probados, la relación mantenida entre todos los actores y la demandada reúne todos los requisitos legales del art. 1.1 del ET y los que jurisprudencialmente se han venido exigiendo.

De esta forma, los actores han realizado su actividad de repartidor dentro del círculo organizativo, directivo y disciplinario del empresario, sometidos a una jornada laboral, planificándose el disfrute de sus vacaciones y percibiendo unos importes que tan solo pueden ser tildados de naturaleza salarial, haciendo uso de mochilas y terminales móviles cedidos por la empresa, sin que estas características queden desvirtuadas o atenuadas para que se hayan celebrado contratos mercantiles, o algunos de los trabajadores hayan sido dados de alta en el RETA, dado que procede estar a la realidad de los hechos más que a su forma.»

«[...] Con respecto a la codemandada FIDELIS FACTU, SOCIETAT COOPERATIVA (FACTOO), no se ha acreditado a través de ninguna prueba de las admitidas y practicadas que mantuviera una relación laboral con los actores y en particular con los señores [...]

Todos ellos prestaron servicios para dicha empresa de forma directa y solo a los efectos retributivos figuraban encuadrados en el RGSS como socios de la cooperativa instrumental FACTOO, que actuaba como intermediaria, facturando TAKE EAT EASY SPAIN, S.L. las horas de trabajo de los trabajadores, liquidando posteriormente con este el pago de estas horas.»

2. SJS/Valencia núm. 6 de fecha 1 de junio de 2018 (autos 633/2017; ponente Ana Belén Diez Farto; Deliveroo). Naturaleza relación jurídica: laboral. Trabajador inicialmente incluido en el acta de liquidación levantada en fecha 11 de diciembre de 2017 por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Valencia a la entidad Roofoods Spain, S.L. y en los HPS se refleja, en lo esencial, el contenido de la referida Acta de liquidación.

En los FD, se razonaba, entre otros extremos, que:

«En este caso, admitida la voluntariedad de los servicios prestados por el demandante, no puede sino concluirse que se dan en el concreto supuesto de hecho las notas características de la relación laboral de ajeneidad y dependencia, ya que la prestación de servicios del demandante a favor de la demandada, presenta rasgos que solo son concebibles en el trabajo dependiente y por cuenta ajena.

Se ha probado en cuanto a la dependencia, que el demandante trabajaba siguiendo las instrucciones de la demandada y bajo las condiciones fijadas unilateralmente por la misma. Así, consta que el trabajador, tras ingresar en la empresa debía descargarse la aplicación desarrollada y gestionada por esta en su teléfono móvil, recibiendo una autorización y, con ella, un usuario y una contraseña personal para poder acceder a la misma, y debía formar parte de la aplicación “telegram” “riders Valencia”, cuyo creador y administrador es la empresa. Además, era la empresa la que decidía la zona en la que el trabajador debía desempeñar sus funciones.

En cuanto al horario, siendo cierto que el trabajador ofertaba a la empresa las franjas horarias en las que quería trabajar, también lo es que esas franjas tenían que estar dentro del horario previamente establecido por la demandada, y que era esta quien finalmente decidía en qué horario iba a desempeñar sus funciones el trabajador cada semana, siendo que en ocasiones este quedaba reducido a una parte del solicitado por el trabajador.

Respecto al servicio de reparto, la empresa daba instrucciones concretas a los repartidores sobre la forma en que este se tenía que llevar a cabo, fijando tiempos y normas de comportamiento que estos debían cumplir. Consta, así mismo, que al inicio del turno asignado los trabajadores debían acudir al lugar fijado por la empresa, centroide, para que esta les asignara servicios a través de la plataforma, debiendo retornar a esta cada vez que finalizaban un servicio. Además, la empresa tenía en todo momento geolocalizado al trabajador, a quien podía pedir explicaciones en cualquier momento sobre el servicio, llevando un control de tiempos de cada reparto, siendo la empresa la que decidía en cada momento sobre los repartos a realizar y la efectiva asignación de los mismos. Así mismo, se ha probado que una vez asignado a un repartidor un turno de reparto por la empresa, este precisaba encontrar a otro trabajador que le sustituyera y la autorización de la empresa para poder cambiar este.

Por otra parte, el trabajador carecía de libertad, dentro de su horario, para rechazar pedidos, resultando de la documental aportada que es precisamente, según manifestaciones de la empresa, el rechazo de ofertas y

falta de disponibilidad reiterados, lo que ha dado lugar a la extinción de la relación entre las partes.

Además, el trabajador que quisiese dejar temporalmente de prestar servicios, debía comunicarlo a la empresa con dos semanas de antelación.

Se ha probado, así mismo, que el trabajador, aun cuando aportaba para el trabajo su bicicleta y su teléfono móvil, carecía de organización empresarial, siendo la empresa, la titular de la plataforma virtual, con el nombre comercial DELIVEROO en la que, a través de una aplicación informática (APP), se organizaba la actividad empresarial.

No obsta a la existencia de dependencia antes referida, el hecho alegado por la demandada de que el trabajador pudiera subcontratar el trabajo por cuanto, de la prueba practicada ha quedado acreditado que la subcontratación era totalmente residual, sin que conste que el trabajador hiciera uso de ella en momento alguno, resultando, además, de la lectura del contrato que la subcontratación de los servicios acordados con terceros requería previa autorización de la empresa por escrito.

En cuanto a la ajeneidad es un hecho no controvertido que era la empresa la que decidía el precio de los servicios realizados por el trabajador, que este percibía con independencia del cobro por parte de la empresa, y tras la elaboración por parte de esta de la factura correspondiente. Así, se ha probado que el demandante, además de propinas, recibía una retribución fija por servicio realizado —3.38 euros brutos— y, hasta agosto de 2017, una suma en concepto de disponibilidad que aseguraba el percibo del importe de dos pedidos a la hora, no participando en modo alguno de los beneficios que, en su caso, pudiera obtener la demandada.

Además, la empresa establecía las condiciones de los restaurantes adheridos y de los clientes a los que prestaba sus servicios, desconociendo el trabajador cuales eran los restaurantes que en cada momento estaban adheridos a la plataforma y la identidad de los clientes que solicitaban sus servicios.

También era la empresa la que fijaba el precio del servicio a los clientes y cobraba este a través de la aplicación, no estando permitida al trabajador la percepción de cantidad alguna en metálico, a salvo la propina.

Señalar, por último, que según manifestaciones de la propia empresa, los trabajadores eran “la imagen de la compañía de cara al cliente”.

Concurrentes “las notas de dependencia y ajeneidad que caracterizan la relación laboral, de conformidad con lo establecido en los arts. 1.1 y 8.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, dado que el trabajo del demandante se incardina dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa demandada, debe concluirse la existencia de una relación laboral entre las

partes y la consiguiente competencia del orden social de la jurisdicción para conocer de la pretensión ejercitada en las presentes actuaciones”.»

3. SJS/Madrid núm. 39 de 3 de septiembre de 2018 (autos 1353/2017 y acumulados; ponente Beatriz Victoria Prada Rodríguez; Glovo). Naturaleza relación jurídica: TRADE.

En los FD, se razonaba, entre otros extremos, que:

«Aplicando los criterios anteriores al caso de autos, y tras el examen conjunto de la prueba documental y pericial practicada se concluye que la prestación de servicios desarrollada por el actor para la demandada no puede calificarse como relación laboral por no concurrir en la misma las notas definitorias de tal relación (salvo la de voluntariedad) y singularmente las de ajenidad y dependencia.

A dicha conclusión conducen las razones de hecho y de derecho siguientes:

1. El actor suscribió con la demandada dos contratos distintos, ambos bajo la modalidad de contrato de trabajo autónomo: el primero, como contrato de prestación de servicios en régimen de Autónomo *stricto sensu* en el mes de septiembre de 2015; y el segundo, como contrato de prestación de servicios en régimen de Autónomo TRADE en el mes de agosto de 2016.

Ambos contratos poseen un contenido amplio, detallado y preciso sobre las obligaciones asumidas por cada una de las partes así como sobre la forma de prestación del servicio, señalándose concretamente: que el repartidor es el que se organiza su trabajo (auto-organización), que responde directamente de su buen fin frente al cliente final, que también responde de los posibles daños ocasionados durante el transporte; que su retribución depende de la cantidad de recados que realice y del buen fin de los mismos; que GLOVO solo ejerce como intermediario y por tanto no asume ninguna responsabilidad frente al cliente o el repartidor; que la realización de los recados se hará siguiendo las pautas del propio cliente (no las de GLOVO, que solo pone a disposición los recados), que las principales herramientas de trabajo (moto y teléfono móvil) las pone el repartidor, y que el precio de los servicios será el establecido en las tarifas adjuntadas al contrato y se abonará por GLOVO contra entrega de la factura que se confecciona con periodicidad quincenal.

Ambos contratos fueron suscritos por el demandante sin que conste vicio de consentimiento ni ninguna otra causa determinante de su invalidez. La Jurisprudencia señala que la naturaleza de los contratos no se califica por el *nomen iuris* sino que ha de atender a la realidad material de la rela-

ción, pero en el caso presente no se ha demostrado que la realidad material de la relación fuera diferente de la realidad formal; antes al contrario, se ha demostrado que la prestación de servicios se realizaba en la forma que aparece descrita en esos contratos, y lo que se discute es si la relación allí reflejada y puesta en práctica es o no de naturaleza laboral.

El actor no niega que su actividad se desarrollara del modo descrito en cada contrato, pero sostiene que pese a ello concurren determinados factores que a su juicio encubren una relación laboral. El caso de autos no es un supuesto de discrepancia entre realidad material y formal. Lo que se discute es si el sistema de trabajo impuesto por GLOVO a los repartidores, con las características y forma de ejecución descritos, reúne o no las notas características propias de la relación laboral. Y en este debate, los contratos suscritos por las partes, unido a la falta de prueba de una realidad material distinta de la reflejada en ellos, es un indicio contrario a los postulados del trabajador. No en vano la voluntad conjunta y libremente expresada a través de un contrato debe tomarse al menos como punto de partida para su examen.

2. El demandante no tenía jornada ni horario. Él decidía la franja horaria en la que deseaba trabajar, elegía los pedidos que le interesaban y rechazaba los que no quería, decidía con libertad la ruta a seguir hasta cada destino, no tenía obligación de comenzar o finalizar su jornada en una determinada hora, la Empresa no le imponía la clase o número de pedidos que tenía hacer ni la ruta para llevarlos a cabo, el pedido se realizaba siguiendo las instrucciones dadas por el cliente final —no por GLOVO—, entrando el repartidor en contacto directo con el cliente una vez aceptado el pedido.

El actor decidía el cómo, el dónde y el cuándo de la prestación de servicios, tenía el dominio completo de su actividad y podía incluso desistir de un servicio previamente aceptado a mitad de ejecución sin sufrir por ello penalización alguna [...] Ninguna de estas características son predicables de una relación laboral ordinaria, donde el trabajador está sujeto a una jornada y horario, debe realizar las actividades encomendadas sin poder elegir cuales hace y cuales no, debe seguir el método de trabajo impuesto por la Empresa, y no puede negarse a realizar tareas y menos abandonarlas a mitad de ejecución sin exponerse a alguna suerte de sanción.

3. La demandada no tiene poder disciplinario sobre el actor más allá del desistimiento del propio contrato en el caso de que no se realizaran servicios (elemento consustancial a cualquier contrato bilateral), y de una pequeña “penalización” en su puntuación de la que más adelante hablaremos. La inexistencia de poder disciplinario es consecuencia de la capacidad de auto-organización del trabajador, no pudiendo la Empresa imponer sanciones

por la falta de aceptación de pedidos, la forma de realización de los mismos, o el abandono de un pedido previamente aceptado.

El geolocalizador GPS no era un instrumento de control de la Empresa, sino la forma de contabilizar el kilometraje para su posterior abono en la factura siguiente. No consta que se utilizara para controlar la ruta elegida por el actor en cada recado.

El sistema de puntuación no es un instrumento de control o sanción del empleador, ya que sirve para regular la preferencia de acceso a pedidos. El repartidor con más puntos tiene más posibilidades de quedarse con los pedidos que escoja, pero esto no equivale a sancionar al menos puntuado, ya que premiar a unos trabajadores por la superior calidad o cantidad de trabajo no equivale a castigar a los demás, siempre que se le sigan entrando pedidos y pueda seguir trabajando con normalidad, como así sucedía. El hecho de que se acumulen más puntos por prestar servicios en horas de mayor demanda (horas diamante) no es una sanción sino un incentivo, no debiéndose confundir un concepto con otro.

El contrato contempla un solo supuesto de sanción para el caso de que el repartidor no esté operativo dentro de la franja horaria que previamente ha reservado, en cuyo caso se le rebaja 0,3 puntos. Si acredita que la no disponibilidad obedece a enfermedad u otra causa justificada, no sufre penalización (hecho probado quinto). Sin embargo este solo elemento es insuficiente para integrar la potestad de sanción característica de una relación laboral, sobretodo si lo comparamos con el resto de los elementos antes señalados y contrarios al ejercicio de tal potestad por la demandada.

4. El repartidor asume el riesgo y ventura de cada pedido y responde del mismo frente al cliente, que también es quien puntúa su trabajo. No consta el sometimiento del trabajador a una estructura organizativa interna de la Empresa, que solo decide las tarifas con que abonará los servicios, el lugar de prestación de los mismos, y la herramienta a través de la cual oferta los “recados” (APP) siguiendo un programa informático que busca minimizar la suma de costes, notas que son compatibles con la prestación de trabajo en régimen de autónomo TRADE, pudiendo el cliente proporcionar ciertas indicaciones técnicas al profesional contratado y señalar el precio de los servicios.

5 [4]. Las principales herramientas de trabajo (moto y teléfono móvil) son propiedad del trabajador, y la retribución que percibe depende directamente de la cantidad de recados que haga. El precio abonado por el cliente va destinado al repartidor casi en su integridad (el cliente paga 2,75 euros por servicio y el repartidor percibe 2,50 euros), reteniendo la parte restante la Empresa en concepto de comisión por la intermediación realizada entre

ambos utilizando su aplicación. La Empresa se nutre financieramente de los acuerdos comerciales que concierta con establecimientos, tiendas y comercios, no de lo que le pagan los usuarios por los recados, y ello aunque la actividad de los “glovers” constituya un eslabón esencial para el desarrollo de su negocio.

La retribución percibida por el actor es distinta de un mes a otro, no cobra siempre la misma suma sino que esta depende del número de ‘recados’, kilómetros y tiempos de espera que haya realizado.

6 [5]. El trabajador no tenía que justificar sus ausencias, solo comunicárselas a la Empresa. Constan comunicaciones del trabajador por correo electrónico los días 02/03/2017, 12/04/2017 y 15/04/2017 solicitando que se le quitaran los “slots” porque tenía que llevar la moto al taller o simplemente porque le había surgido un asunto personal, a lo que la demandada contesta: “horas retiradas, buen día”. No consta que se le pida una justificación de su ausencia, o que se le rebaje la puntuación por ese motivo.

Tampoco decidía la demandada los días de descanso del trabajador, que eran elegidos por este. Se alega que si descansaba sábados y domingos su puntuación descendía, pero esto no se ha demostrado, recordándose que premiar el trabajo en domingo o festivo (cosa por otra parte habitual) no equivale a penalizar a quien descansa esos días.

El trabajador podía interrumpir su actividad durante 18 días hábiles al año para descansar, en consonancia con lo establecido por el art. 14.1 de la Ley 20/2007 para los autónomos TRADE.

7 [6]. Finalmente, no existe pacto de exclusividad entre las partes, pudiendo el actor prestar servicios simultáneamente para otras empresas (incluso de la competencia de la demandada) siempre que se respeten los parámetros de dependencia económica para seguir ostentando la condición de TRADE respecto de esta.

Todos los elementos anteriores que concurren en la relación contractual enjuiciada son claramente contrarios a las notas de subordinación, dependencia, ajenidad y percepción de los frutos por el empresario que caracterizan a la relación laboral, impidiendo que se le pueda reconocer esa naturaleza.»

«[...] La prestación de servicios desarrollada se acomoda a las características descritas, pues no tenía trabajadores a su servicio, no ejecutaba su actividad de forma indiferenciada con otros trabajadores por cuenta ajena de la demandada, disponía de la infraestructura y material necesarios para el ejercicio de su actividad (moto y teléfono móvil), desarrollaba su actividad con criterios organizativos propios (escogiendo la franja horaria, los servi-

cios a realizar, la ruta a seguir, y los periodos de descanso, sin tener que justificar sus ausencias), recibía ciertas indicaciones técnicas de la demandada (como las relacionadas con la zona geográfica de trabajo, la utilización de la APP de la Empresa, o la forma de realizar compras a los clientes, utilizando una tarjeta de GLOVO), y percibía una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, asumiendo el riesgo y ventura de aquella.

A ello se añade que fue el propio actor quien, después de un año de prestación de servicios, comunicó a la demandada su condición de autónomo TRADE (no de trabajador dependiente) a los efectos de la formalización del correspondiente contrato, como de hecho se hizo.

En definitiva; la realidad material de la relación demostrada difiere considerablemente de una relación laboral, sin que concurren sus principales características, y por otra parte se ajusta perfectamente a las condiciones definitorias del trabajo en régimen de TRADE, siendo además esta forma la que le dieron las propias partes al segundo contrato suscrito, y no precisamente a iniciativa de la demandada sino del actor.»

4. SJS/Madrid núm. 17 de 11 de enero de 2019 (autos 418/2018; ponente Paloma Rebate Labradero; Glovo). Naturaleza relación jurídica: TRADE. Los HPs parten esencialmente del contrato de TRADE suscrito por la parte demandante, y tienen gran similitud con los contenidos en la anterior SJS/Madrid núm. 39 de 3 de setiembre de 2018 (autos 1353/2017 y acumulados).

En los FD, se razonaba, entre otros extremos, que:

«[...] El contrato suscrito entre las partes litigantes se denomina CONTRATO PARA REALIZACIÓN DE ACTIVIDAD PROFESIONAL COMO TRABAJADOR AUTÓNOMO ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTE, y a la vista de su cláusulas y de cómo se llevó a cabo la prestación de servicios, se puede decir que efectivamente se trata de una relación de trabajador autónomo económicamente dependiente.

Se ha acreditado que el demandante prestaba servicios en el horario que el previamente determinaba, los días que él fijaba, con su propio vehículo o medio de transporte elegido por él, con su criterio organizativo propio, eligiendo el itinerario; que el riesgo y ventura del transporte lo asumía él; que no estaba sometido al poder disciplinario ni organizativo de la empresa, que era libre de aceptar o no un pedido, y que una vez aceptado, podía rechazarlo; que podía cogerse 18 días hábiles anuales sin derecho a contraprestación; que no estaba sujeto a ningún régimen de exclusividad; que

el importe de la factura dependía de los pedidos efectivamente realizados (tipo de pedido, distancia kilométrica y tiempo de espera).

Además concurrían en el demandante las circunstancias exigidas para ser trabajador autónomo económicamente dependiente, y así se hizo constar en el contrato.

Resumiendo y reiterando, se ha acreditado que el repartidor tiene total libertad para elegir los días en los que quiere ofrecer su servicio a GLOVO y la franja horaria para entregar los productos de cada jornada laboral, y para decidir sus jornadas de descanso. Asimismo puede escoger si quiere prestar todos los servicios que le proponga la empresa (modalidad de asignación automática), aunque con la posibilidad de rechazar aquellos pedidos que no le interese realizar sin tener que justificar el motivo (pero debiendo comunicar el rechazo, para que el pedido sea asignado a otro repartidor) o bien aceptar uno a uno los pedidos que estén disponibles (modalidad de asignación manual). Incluso una vez iniciado servicio, el repartidor puede elegir desistir del pedido para realizar otro o finalizarlo. También tiene total libertad de organización y decisión a la hora de seleccionar la ruta desde la posición inicial hasta la dirección de recogida y hasta la dirección de entrega sin tener establecida una trayectoria ni un punto concreto de localización para el inicio del servicio, aceptando el repartidor un modelo de facturación por distancia lineal o real óptima.

Lo expuesto implica que ha de desestimarse la pretensión del demandante de que le sea reconocida la condición de trabajador por cuenta ajena».

5. SJS/Madrid núm. 33 de fecha 11-02-2019 (autos 1214/2018; ponente J. Pablo Aramendi; Glovo). Naturaleza relación jurídica: laboral.

En los FD, se razonaba, entre otros extremos, que:

«[...] De lo dicho hasta ahora se desprenden las siguientes consideraciones útiles para entender cómo se diferencia el modo de trabajar en este tipo de plataformas, comparado con el trabajo tradicional del siglo xx y en concreto para llevar a cabo una actividad de transporte, como es el caso.

Se trata de realizar numerosos servicios transportando bienes de consumo en un mismo tiempo y en núcleos urbanos relevantes. Para ello se necesita un amplio elenco de transportistas. El mercado de trabajo ofrece numerosas personas interesadas en prestar este tipo de servicios, más cuando se les permite una evidente flexibilidad conforme la cual acomoda adecuadamente la llevanza de estas tareas con otros posibles trabajos, estudios, vida familiar, etc.

A los repartidores se les asignan en función de la demanda y de otros parámetros para su selección, repartos concretos que podrían definirse como microtarefas. Cada microtarea activa la relación contractual entre el proveedor del servicio y el repartidor, hasta ese momento en hibernación. Antes de aceptar el reparto el trabajador está disponible para trabajar, en situación de espera para ser llamado. Se le asigna un reparto y se le fija un precio que acepta con la asunción de la actividad ofertada y que percibirá si la lleva a cabo. Vuelve a situarse en estado de disponible esperando que una nueva microtarea se le oferte y con ello se reactiva la relación.

Este tipo nuevo de contractualización de la prestación de servicios de forma personal se ha venido a denominar por la doctrina como “contratación a demanda” y que consiste en que un empresario necesita que se lleve a cabo de forma inmediata una concreta actividad de escasa duración y cuando surge la necesidad la oferta fijando un precio concreto a través de la plataforma para que la reciban los potenciales prestatarios, uno de los cuales es seleccionado mediante criterios preestablecidos a través de un algoritmo creado por el empresario. Este proceso se repite tantas veces lo requiera el mercado que controla el empresario.

Se puede apreciar que este nuevo sistema de trabajo se diferencia del anterior del siglo XX en dos aspectos fundamentales:

A. El tiempo de trabajo que el trabajador quedaba a disposición del empresario para realizar su actividad profesional conforme sus instrucciones, normalmente un horario continuado en el que los tiempos muertos eran tiempo de trabajo a todos los efectos, ahora se atomiza en microtarefas sucesivas en función de la demanda.

Existe una relación contractual permanente “hibernada” que se actualiza con la asignación de cada microtarea concreta.

Ello supone un elevado ahorro de costes para el empresario que solo retribuye el tiempo en que se realiza la microtarea no aquel en que el repartidor en este caso está en situación de disponibilidad. Se produce así una evidente traslación del empresario al trabajador del coste del tiempo de trabajo.

B. La actividad así diseñada a su vez supone para el trabajador la facultad de poder dar su conformidad a cada encomienda de trabajo que se le asigne en cuyo caso entra en situación de preselección para llevarlo a cabo si así lo precisa la demanda y se le asigna mediante el algoritmo a tal efecto creado.

Existen por tanto dos manifestaciones de voluntad para las partes: la preselección en la que el repartidor se adscribe a la bolsa de trabajo de

repartidores fijada en la plataforma y es aceptado por GLOVOAPP23 S.L., lo que da paso a que el repartidor pueda situarse cada vez que lo desee en disponibilidad de trabajar eligiendo franja horaria y la selectiva en la que es llamado por la plataforma para un concreto reparto con indicación de precio y lo acepta y lo realiza.

Pero esa facultad asertiva en la elección de cada microtarea que se le ofrece es la consecuencia lógica de la atomización del tiempo de trabajo, pues si el empresario pudiera siempre disponer a su voluntad del repartidor, le colocaría a este en situación de permanente disponibilidad, lo que constituiría un estado de servidumbre personal contrario a la concepción constitucional y de la UE del trabajo como derecho».

«[...] En consecuencia, la valoración como indicios de no laboralidad de las parcelas de libertad de las que dispone el repartidor [...] no puede realizarse con la vista puesta en el trabajo del siglo XX, sino atendiendo a cómo ahora con las plataformas digitales y demás herramientas diseñadas por las TIC se trabaja en el siglo XXI.

Y en este marco el peso indiciario de esas parcelas de libertad pierde valor definitorio del vínculo más si todo ello lo ponemos en relación con los otros indicios en pro de la laboralidad que se han apreciado, tal como a continuación se expone.»

«[...] El repartidor, vinculado de forma indefinida (el demandante lo está desde el 18-11-2016), para realizar su actividad necesariamente se integra en la plataforma y desde ella recibe las ofertas de servicios preseleccionados por GLOVOAPP23 S.L., que mantiene un completo control de la actividad desempeñada (la aplicación es capaz de informar en todo momento a sus clientes y proveedores dónde se encuentra el repartidor), actividad para la que ha establecido reglas precisas para su realización y que imponen al repartidor un determinado comportamiento (tal como se aprecia del clausulado contractual, de las instrucciones genéricas y concretas [...]) y de los numerosos correos intercambiados entre las partes [...]), actividad que luego es evaluada mediante la creación de perfiles, lo que tiene efectos para asignaciones de reparto futuras, reservándose además la demandada evidentes facultades de naturaleza disciplinaria que le permitan resolver el vínculo en caso de incumplimiento de todas estas reglas y también el precio de cada tarea asignada.

En este contexto las parcelas de libertad para decidir días y horas de trabajo y aceptación de servicios concretos no le proporcionan ninguna facultad o poder que pueda condicionar el desarrollo de la actividad empre-

sarial ya que GLOVOAPP23 SL cuenta con tan amplio elenco de repartidores dispuestos a trabajar que la ausencia de unos es suplida automáticamente con la presencia de otros y también cuando el repartidor rehúsa atender algún servicio asignado.

Es significativo en este sentido, [...] que el demandante rechazara hasta 422 encargos en un año sin que ello conllevara la extinción por incumplimientos o por perjuicios causados del vínculo.

Además el repartidor nunca podría realizar su tarea desvinculado de la plataforma digital en la que se integra: es impensable que con su vehículo y su móvil pudiera transportar mercancías entre proveedores y clientes. Si decidiera emprender por sí mismo este tipo de actividad como auténtico autónomo, estaría condenado al fracaso y sus posibilidades de crecimiento como emprendedor serían nulas, ya que el éxito de este tipo de plataformas, se debe al soporte técnico proporcionado por las TIC que emplean para su desarrollo y a la explotación de una marca, en este caso Glovo, que se publicita en redes sociales a través de los buscadores tipo Google, sitio al que acuden los clientes cuando necesitan la compra y entrega de los productos que la demandada suministra.

Y de todo lo dicho se infiere además el escaso valor que para el desarrollo de la actividad empresarial tienen los medios materiales que corren a cargo del repartidor, vehículo y móvil, comparados con el de la aplicación y la marca que son propiedad de GLOVOAPP23 S.L.»

«[...] La inviabilidad para el repartidor de que, con sus medios y desvinculado de la plataforma, pueda llevar a cabo una actividad económica propia, conecta con la otra nota que califica como laboral la relación contractual: la ajenidad.

El trabajo del repartidor carece de todo sentido si no se integra en la actividad empresarial de GLOVOAPP23 SL, integración que tiene lugar desde el momento en que cada microtarea se encomienda y acepta. Desde entonces GLOVOAPP23 SL la asume como propia y responde de ella frente a proveedores y clientes. No consta que el repartidor asuma algún tipo de responsabilidad frente a estos y aun cuando, como antes se indicó, así figura en el contrato.

Además es GLOVOAPP23 SL quien factura por su actividad de transporte de mercancías a proveedores y clientes, integrando en el coste del servicio el precio que por la tarea luego abonará al repartidor.

La ajenidad en los frutos es evidente porque la demandada hace suyo el resultado de la actividad del repartidor, desplazándose también a GLOVOAPP23 S.L. los riesgos del trabajo prestado. Y también aparece la ajeni-

dad en el mercado por cuanto la demandada se constituye como intermediario imprescindible entre la tarea del repartidor y su destinatario final.»

«[...] Llegados a este punto tras haber analizado [...] el nuevo modo de trabajar en las plataformas digitales y los términos en que se desarrolla el vínculo contractual concreto entre las partes en litigio, tras haber determinado los indicios conducentes a su definición, y tras indicar los incipientes pronunciamientos que se obtienen de los tribunales y del legislador, se llega a la conclusión final de que efectivamente el vínculo entre el Sr. D. C. A. y GLOVOAPP23 S.L., es de naturaleza laboral.

Y ello sin perjuicio de que dicha relación no encaje plenamente en el marco normativo que actualmente proporciona el ordenamiento laboral y en la interpretación hasta ahora dada al mismo por los tribunales, por lo que quizá lo más recomendable es que este nuevo modo de trabajar, venciera la pereza legislativa configurando lo que como sostiene algún sector de la doctrina (Todolí), una nueva relación laboral especial de las previstas en el art. 2 ET. Mientras tanto al intérprete no le cabe otra salida que aplicando el ordenamiento, alcanzar la solución que se ha considerado más acertada.»

6. SJS/Gijón núm. 1 de 20 de febrero de 2019 (autos 724/2018; ponente F. Ruiz Llorente; Glovo). Naturaleza relación jurídica: laboral.

En los FD, se razonaba, entre otros extremos, que:

«[...] Naturaleza de la relación entre las partes.

Podemos afirmar que la piedra angular del derecho laboral como tal es la relación que surge como consecuencia del contrato de trabajo y que tiene autonomía conceptual y es distinta de otras relaciones. Y solo si es laboral es objeto del orden jurisdiccional social. Acudimos, para saber lo que es laboral, al Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores). Así, el art. 1 nos da las notas de la "laboralidad", cuando manifiesta que [e] sta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario. Se suele identificar, partiendo de tal configuración, las siguientes características, predicables de la relación laboral:

1. Voluntariedad: la prestación de servicios (esto es, el trabajo) obedece a una decisión libre y voluntaria del trabajador.

2. Ajenidad: hay distintas teorías para explicar este concepto. Las dos principales son las que relacionan la ajenidad con los riesgos y con los frutos:

2.1. Riesgos, implica que el trabajador no asume directamente los riesgos (económicos y materiales) que se derivan de su trabajo, ya sean favorables o adversos, sino que estos se traspasan al empresario. Se suele atender también a la propiedad de los medios de producción. Este es el argumento más sólido que esgrime la empresa para defender la inexistencia de una relación laboral, siendo así que el vehículo (automóvil, moto, bicicleta) en el que se realiza el reparto es de propiedad de los recaderos que asumen los costes de adquisición, combustible y mantenimiento. Este argumento quiebra en tanto la empresa obliga a los repartidores a ceder datos relativos al vehículo y a sus permisos, así como a estar en posesión de las correspondientes licencias para su conducción. Pero en cualquier caso, nuestro análisis ha de centrarse en otra circunstancia. En un entorno tecnológico el gran aporte logístico lo supone la propia aplicación, que es de titularidad de la empresa y cuyo control ostenta esta en exclusivo. La prestación de los servicios en tal marco sería posible sin un vehículo (el repartidor podría hacer los repartos andando o en transporte público) pero no sin la aplicación que pone en contacto a los repartidores y a los clientes.

2.2. Frutos, que considera que el resultado del trabajo es propiedad del empresario, de manera que se le atribuye directa e inicialmente a este. El fruto del reparto, entendido como el servicio, pertenece a la plataforma que gira las facturas que son validadas por el repartidor.

3. Subordinación o dependencia: supone que la prestación de servicios del trabajador se realiza dentro del ámbito de organización y dirección del empresario. La Jurisprudencia considera que este es el elemento más decisivo en la relación laboral. Una manifestación del mismo es que el empresario ostenta el poder disciplinario así como el denominado *ius variandi*.

En el caso que nos ocupa y, pese a la esmerada redacción del contrato y la huida constante de las notas propias del contrato laboral por parte de la empresa, encontramos numerosas notas que nos ponen de manifiesto que entre los “glovers” y la empresa existe una verdadera sumisión o dependencia: existen órdenes de trabajo y procesos estandarizados de llevar a cabo el mismo que suponen que el trabajador no cuenta con la libertad propia del trabajador autónomo. Así, la fijación de una jornada de trabajo, de unos días de descanso, la previsión de casos de suspensión de la prestación de servicios. Llamativo resulta la pretendida libertad en la elección de horas o franjas horarias, que depende de un sistema de puntuación que hace que el trabajador tiene que plegarse a las exigencias empresariales si

quiere configurar un horario que resulte rentable. Ello hace que la flexibilidad laboral que pretende hacer ver la empresa se convierta en una manera de hacer competir a los recaderos para lograr las mejores horas que ya no son las más compatibles con su vida personal, sino las que la empresa considera más rentables o de alta demanda.

Existe un control de la realización del trabajo por los repartidores, no directo, sino a través de la propia aplicación y de sistemas de localización. Este control sirve para fijar la retribución y para repartir los servicios entre los distintos repartidores basándose en criterios de eficiencia empresarial.

Otro indicio claro de esta sujeción al poder del empresario es la existencia de un régimen disciplinario. Pues no se puede llamar de otra manera a las previsiones que el “rider” debe firmar dentro del cláusula octava del contrato. Tales causas de resolución de la relación contractual guardan un paralelismo con las causas genéricas de extinción del contrato laboral por incumplimientos graves de trabajador que va más allá de las eventuales semejanzas entre figuras contractuales. La propia comunicación extintiva se delata, pues habla en términos propios de la nomenclatura del derecho laboral, llegando a calificar a los otros recaderos como “compañeros”.

4. Remuneración: la obligación principal del empresario es abonar al trabajador una remuneración o salario por su trabajo.

Es cierto que, tal y como se deduce de la prueba practicada, la remuneración de los repartidores se repercute al cliente final, como no podría ser de otro modo, pero no lo es menos que la retribución la abona la demandada, tras confeccionar una factura que el repartidor se limita a validar y conforme a unos criterios fijados por la propia empresa.

Ha de señalarse, por último, que la empresa aporta una imagen, siendo así que el consumidor contrata con esta y no con el “rider” o “glover” en lo que va más allá de una mera intermediación.»

7, 8 y 9. SSJS/Madrid núm. 1 de 3 de abril de 2019, 4 de abril de 2019 y 4 de abril de 2019 (autos 944/2018, 946/2018 y 947/2018; ponente Amaya Olivas Díaz; Glovo). Naturaleza relación jurídica: laboral.

Se siga, en lo esencial, el criterio establecido en la antes citada SJS/Madrid núm. 33 de 11 de febrero de 2019 (autos 1214/2018), pero se hace específica referencia a diversas resoluciones de tribunales extranjeros; a la Comunicación de 2de junio de 2016 de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada «Una Agenda Europea para la economía colaborativa», en la que se destaca que «La cuestión de si existe una

relación de empleo o no debe determinarse en función de cada caso, considerando los hechos que caracterizan la relación entre la plataforma y el prestador del servicio subyacente, y la realización de las tareas en cuestión, basándose acumulativamente en particular en los tres criterios esenciales siguientes: la existencia de un vínculo de subordinación; la naturaleza del trabajo; y la existencia de una remuneración»; y a la Recomendación 198/2006 de la OIT sobre la relación de trabajo, en la que se destaca que «Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes: (a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y (b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador».

VI. Conclusiones: La aplicación de la doctrina de la ajenidad sigue siendo el elemento delimitador de las nuevas formas de trabajo

Referencia a la **Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2017, sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa (2017/2003[INI])**, en cuyo apartado dedicado al «Impacto en el mercado laboral y derechos de los trabajadores», se establece:

«36. Destaca que la revolución digital tiene un impacto significativo en el mercado laboral y que las tendencias que están surgiendo en la econo-

mía colaborativa forman parte de una tendencia actual en el contexto de la digitalización de la sociedad;

37. Señala, al mismo tiempo, que la economía colaborativa ofrece nuevas oportunidades, así como vías nuevas y flexibles de acceso al empleo para todos los usuarios, en especial para los trabajadores por cuenta ajena, los desempleados y las personas que en la actualidad están excluidas del mercado laboral o que no podrían acceder a este, y podría, por lo tanto, servir como punto de entrada al mercado laboral, especialmente para los jóvenes y los grupos marginados; señala, no obstante, que, en determinadas circunstancias, este hecho puede desembocar en situaciones de precariedad; subraya la necesidad de que, por una parte, el mercado laboral sea flexible y, por otra, de que los trabajadores gocen de seguridad económica y social, conforme a las costumbres y tradiciones de los Estados miembros;

38. Pide a la Comisión que estudie en qué medida las normas actuales de la Unión pueden aplicarse al mercado laboral digital, garantizando su debida aplicación y ejecución; pide a los Estados miembros que, en colaboración con los interlocutores sociales y otras partes interesadas pertinentes, evalúen de forma proactiva y con una lógica de anticipación la necesidad de modernizar la legislación en vigor, en particular los sistemas de seguridad social, con el fin de adaptarlos a los avances tecnológicos al tiempo que se garantiza la protección de los trabajadores; pide a la Comisión y a los Estados miembros que coordinen los sistemas de seguridad social con miras a asegurar la posibilidad de exportar las prestaciones y la acumulación de los periodos de cotización de conformidad con las legislaciones de la Unión y nacionales; alienta a los interlocutores sociales a que, cuando sea necesario, actualicen los convenios colectivos de forma que las normas de protección en vigor puedan mantenerse también en el entorno laboral digital;

39. Hace especial hincapié en la necesidad de proteger los derechos de los trabajadores en los servicios colaborativos, ante todo el derecho de los trabajadores a organizarse, a emprender acciones colectivas y a negociar convenios colectivos, con arreglo a las prácticas y legislaciones nacionales; afirma que todos los trabajadores de la economía colaborativa son, o bien trabajadores por cuenta ajena o bien trabajadores por cuenta propia, según la primacía de los hechos, y que se les debe clasificar en consecuencia; insta a los Estados miembros y a la Comisión a que, en sus respectivos ámbitos de competencia, garanticen condiciones laborales justas y una adecuada protección jurídica y social para todos los trabajadores de la economía colaborativa, con independencia de su estatus;

40. Pide a la Comisión que publique directrices sobre cómo debe aplicarse el Derecho de la Unión a los diferentes modelos de negocio de las plataformas con el fin de colmar, si procede, las lagunas en la regulación relativa al empleo y la seguridad social; considera que el elevado potencial de transparencia de la economía de las plataformas permite una buena trazabilidad, en consonancia con el objetivo de garantizar la aplicación de la legislación vigente; insta a los Estados miembros a que lleven a cabo inspecciones laborales suficientes en las plataformas en línea e impongan sanciones en caso de infracción de la normativa, especialmente en lo que se refiere a las condiciones laborales y de empleo y a los requisitos específicos en materia de cualificaciones; insta a la Comisión y a los Estados miembros a que presten una atención particular al trabajo no declarado y al trabajo autónomo ficticio en este sector, y a que inscriban la cuestión de la economía de las plataformas en el programa de la plataforma europea para la lucha contra el trabajo no declarado; insta a los Estados miembros a que liberen los medios suficientes para organizar inspecciones;

41. Subraya la importancia de garantizar los derechos fundamentales del creciente número de trabajadores por cuenta ajena, así como su adecuada protección en materia de seguridad social, ya que son actores clave de la economía colaborativa, incluido el derecho a emprender acciones colectivas y a negociar convenios colectivos, y también por lo que respecta a su remuneración;

42. Insta a los Estados miembros a que reconozcan que la economía colaborativa también conllevará perturbaciones, por lo que deben preparar medidas de absorción para determinados sectores y apoyar la formación y la recolocación;

43. Subraya la importancia de que los trabajadores de las plataformas colaborativas puedan beneficiarse de la portabilidad de las evaluaciones y calificaciones, que constituyen su valor en el mercado digital, así como de facilitar la transferibilidad y acumulación de las evaluaciones y calificaciones en las diferentes plataformas al tiempo que se respetan las normas relativas a la protección de datos y la privacidad de todas las partes implicadas; señala la posibilidad de que se produzcan prácticas desleales y arbitrarias en las evaluaciones en línea, lo que puede afectar a las condiciones laborales y a los derechos de los trabajadores de las plataformas colaborativas así como a su capacidad para conseguir empleo; considera que los mecanismos de evaluación y calificación deben elaborarse de forma transparente, y que se debe informar y consultar a los trabajadores en los niveles adecuados, así como con arreglo a las legislaciones y las prácticas de los Estados

miembros, sobre los criterios generales utilizados para la elaboración de dichos mecanismos;

44. Subraya la importancia que reviste la actualización de las competencias en un entorno laboral cambiante, así como de garantizar que todos los trabajadores dispongan de las cualificaciones adecuadas requeridas en la sociedad y la economía digitales; anima a la Comisión, los Estados miembros y las empresas de la economía colaborativa a que posibiliten el acceso a la formación profesional permanente y al desarrollo de las competencias digitales; considera que las inversiones públicas y privadas y las oportunidades de financiación para la formación profesional y permanente son especialmente necesarias para las microempresas y las pequeñas empresas;

45. Destaca la importancia del teletrabajo y del trabajo inteligente en el marco de la economía colaborativa y defiende, a este respecto, la necesidad de equiparar estas modalidades laborales con las tradicionales;

46. Pide a la Comisión que estudie en qué medida la Directiva sobre las empresas de trabajo temporal (2008/104/EC[14]) es aplicable a plataformas en línea específicas; considera que muchas de las plataformas en línea que actúan de intermediarias tienen una estructura similar a la de las empresas de trabajo temporal (relación contractual triangular entre: el trabajador de la empresa temporal/el trabajador de la plataforma; la empresa de trabajo temporal/la plataforma en línea; la empresa usuaria/el cliente);

47. Pide a los servicios de empleo público nacionales y a la red EURES que informen mejor acerca de las oportunidades que ofrece la economía colaborativa;

48. Pide a la Comisión, a los Estados miembros y a los interlocutores sociales que faciliten información adecuada a los trabajadores de las plataformas sobre las condiciones laborales y de empleo y los derechos de los trabajadores, así como sobre su relación laboral tanto con las plataformas como con los usuarios; considera que las plataformas deberían desempeñar un papel proactivo en el suministro de información a los usuarios y los trabajadores sobre el marco regulador aplicable con el fin de cumplir los requisitos legales;

49. Atrae la atención sobre la falta de datos relacionados con los cambios en el entorno laboral que ha producido la economía colaborativa; pide a la Comisión y a los Estados miembros que, en cooperación con los interlocutores sociales, recopilen datos más fiables y completos a este respecto, y anima a los Estados miembros a que designen a una entidad competente nacional ya existente para que controle y evalúe las tendencias emergentes en el mercado laboral colaborativo; destaca la importancia que revisten en este contexto los intercambios de información y buenas prácticas entre los

Estados miembros; subraya la importancia de supervisar el mercado de trabajo y las condiciones laborales de la economía colaborativa con objeto de luchar contra las prácticas ilegales.»

Discriminación sistémica como marco de las reformas 2019 sobre igualdad y no discriminación por género

JULIA LÓPEZ

Universidad Pompeu Fabra

Presentación

Las últimas reformas laborales sobre igualdad y no discriminación por género exigen en mi opinión un análisis complejo que implica su inserción dentro de un marco del ordenamiento multinivel y que integre el estudio de otros instrumentos claves como son los planes de igualdad. Solo desde esta perspectiva es posible avanzar en la lucha contra la discriminación sistémica de las mujeres (sobre este concepto, véase, Julia Lopez, «Systemic discrimination y políticas de igualdad efectiva de género», en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2019; 133-148)

I. La Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible de la OIT: su ejes de acción

La Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible proporciona el marco de la acción mundial para el desarrollo durante los próximos años.

La Agenda basa la lucha contra la discriminación en:

- los bajos salarios y la disparidad salarial;
- la falta de reconocimiento, la distribución desigual del trabajo de cuidado y su subvaloración;
- la discriminación, incluyendo los estereotipos que obstaculizan el acceso al trabajo decente y
- la violencia y el acoso.

II. No es lo mismo las brechas que la discriminación

Uno de los temas más relevantes en la lucha contra la discriminación es la diferencia entre brechas y discriminación.

Así en brechas por ejemplo en tiempos:

- En la relación trabajo remunerado y no remunerado, frente a las 39 horas semanales de trabajo de los hombres por semana como media en la Unión Europea, las mujeres en este indicador trabajan 33 horas en empleos pagados.
- Trabajos no remunerados: los hombres dedican 10 horas semanales mientras que las mujeres dedican, de media semanal, 22 horas.
- Esta división entre tiempos de trabajo remunerados y tiempos de trabajo de cuidados o doméstico está en la raíz de otros patrones de *systemic discrimination* que son su consecuencia.
- Véase *2017 Report on Equality between women and men in the EU, European Commission*, pág. 12.

Es interesante en este contexto cómo en la encuesta de la OIT en «Hacia un futuro mejor para las mujeres en el trabajo: la opinión de las mujeres y de los hombres», muestra con claridad que la mayoría de las mujeres y de los hombres de todo el mundo prefieren que las mujeres tengan empleos remunerados.

Creo que algunos datos son importantes para contextualizar las diferencias y las discriminaciones. Así, algunos datos importantes en nuestro contexto europeo para enmarcar las políticas de género explicando la brecha en desempleo por la distribución de la tarea de cuidados. En la UE, la brecha de empleo esta relacionada y es mayor para las mujeres que tienen tareas de cuidado, en 2016 más del 19 % de las desempleadas lo eran, por tener hijos o dependientes a cargo. La media de empleo de mujeres con hijos por debajo de los 6 años es el 9 % menos que el de las mujeres sin hijos, llegando en algunos países al 30 % (*Women employment rate and gender employment gap*, 2016 Eurostat, Labour Force Survey, págs. 20-64).

La brecha en desempleo: 2018, total 14,5 %; 2017, total 16.6 %; en 2018, los hombres 12.9 % y las mujeres 16.3%. En el 2017, los hombres 15 % y las mujeres 18,4 % (EPA 2019).

Con relación a la precariedad en el empleo, los trabajadores temporales en la UE varían de un país miembro a otro: el más alto es España (26,4 %), Polonia (25,8 %) y Portugal (21,5 %).

En 2017, 2,2 % de los hombres y el 2,1 % de las mujeres entre 20 y 64 años en la EU 28 tenían un contrato precario.

Los peores datos de precariedad son los de Croacia, España, Eslovenia y Francia.

Los datos destacan que las mujeres tienen más precariedad en el empleo en 8 países miembros, entre ellos España (2002-2017 Eurostat).

Con relación a la brecha del trabajo a tiempo parcial, los datos comparados son entre 20-64 años: Holanda, 51 %, hombres 22 %, mujeres 74 %; EU 28, 23 %, hombres 8,1%, mujeres 31 %; España, 16 %, hombres 6,5 %, mujeres 23 %; Suecia, 4 %, hombres 4 %, mujeres 8 % (2017, Eurostat labour Force Survey).

Pero es importante conectar este dato con el trabajo a tiempo parcial involuntario en % (2017): EU 28, 26,4%; Grecia, 72,2 %; España, 61,1 %, y Holanda, 8,2 % (Eurostat 2019).

Respecto a los trabajadores pobres (Eurostat 2019), en 2017: EU 28, 9,4 %; Grecia, 12,9 %; España, 13,1 %; Suecia, 6,9 %. El riesgo de pobreza está directamente conectado con el tipo de contrato: 15,8 % para trabajadores a tiempo parcial y 7,8 % para los trabajadores a tiempo completo. El 16,2 % para los temporales y el 5,8 % para los que tienen contrato por tiempo indefinido.

III. La Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva como eje básico de las políticas de lucha contra la brecha y la discriminación

Los principios básicos o nucleares: igualdad efectiva y no discriminación.

Los principios instrumentales: prevención y coordinación. Planes de Igualdad.

Son factores relevantes de contexto en el análisis por la relación con los mecanismos de representación en la empresa y la implantación de los planes de igualdad: la descentralización de la negociación colectiva, la dimensión de la empresa y la no obligación de negociar los planes.

La relación entre los planes de igualdad y el convenio colectivo merece una reflexión. Se podrían articular tres modelos:

- Inditex, Zara. Convenio colectivo y Plan de Igualdad (2017-2019).

- Mercadona (2019). Plan de Igualdad inserto en el Convenios Colectivo pero separadas las políticas de ordenación y de planificación. Correos, CECLE.
- Sector Banca (2016). No aplican una estrategia *mainstreaming*. La diagnosis está en el Plan de Igualdad.

IV. Las modificaciones relevantes en las nueva reformas

Respecto a los Planes de Igualdad. Artículo 1. Modificación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, queda modificada en los siguientes términos:

- Uno. Se modifica el apdo. 2 del art. 45, que tendrá la siguiente redacción:

«2. En el caso de las empresas de cincuenta o más trabajadores, las medidas de igualdad a que se refiere el apartado anterior deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad, con el alcance y contenido establecidos en este capítulo, que deberá ser así mismo objeto de negociación en la forma que se determine en la legislación laboral.»

- Dos. Se modifica el apdo. 2 y se añaden tres nuevos apdos. 4, 5 y 6 al art. 46, con la siguiente redacción:

«2. Los planes de igualdad contendrán un conjunto ordenado de medidas evaluables dirigidas a remover los obstáculos que impiden o dificultan la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Con carácter previo se elaborará un diagnóstico negociado, en su caso, con la representación legal de las personas trabajadoras, que contendrá al menos las siguientes materias:

- a) Proceso de selección y contratación.
- b) Clasificación profesional.
- c) Formación.
- d) Promoción profesional.
- e) Condiciones de trabajo, incluida la auditoría salarial entre mujeres y hombres.

- f) Ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral.
 - g) Infrarrepresentación femenina.
 - h) Retribuciones.
 - i) Prevención del acoso sexual y por razón de sexo.
- La elaboración del diagnóstico se realizará en el seno de la Comisión Negociadora del Plan de Igualdad, para lo cual, la dirección de la empresa facilitará todos los datos e información necesaria para elaborar el mismo en relación con las materias enumeradas en este apartado, así como los datos del Registro regulados en el art. 28, apdo. 2 del Estatuto de los Trabajadores.»
 - «4. Se crea un Registro de Planes de Igualdad de las Empresas, como parte de los Registros de convenios y acuerdos colectivos de trabajo dependientes de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social y de las Autoridades Laborales de las Comunidades Autónomas.
 - 5. Las empresas están obligadas a inscribir sus planes de igualdad en el citado registro.
 - 6. Reglamentariamente se desarrollará el diagnóstico, los contenidos, las materias, las auditorías salariales, los sistemas de seguimiento y evaluación de los planes de igualdad; así como el Registro de Planes de Igualdad, en lo relativo a su constitución, características y condiciones para la inscripción y acceso.»
 - «Disposición transitoria décima segunda. Aplicación paulatina de los arts. 45 y 46 en la redacción por el Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.
 - Para la aplicación de lo dispuesto en el apdo. 2 del art. 45 y en los apdos. 2, 4, 5 y 6 del art. 46 de esta ley orgánica, en la redacción dada a los mismos por el Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación:
 - Las empresas de más de ciento cincuenta personas trabajadoras y hasta doscientas cincuenta personas trabajadoras contarán con un periodo de un año para la aprobación de los planes de igualdad.

- Las empresas de más de cien y hasta ciento cincuenta personas trabajadoras, dispondrán de un periodo de dos años para la aprobación de los planes de igualdad.
- Las empresas de cincuenta a cien personas trabajadoras dispondrán de un periodo de tres años para la aprobación de los planes de igualdad.

Las reformas son positivas para luchar contra la desigualdad, pero continúa la segmentación de instrumentos, convenios colectivos y planes, continúa la tendencia hacia la responsabilidad social corporativa (RSC) a pesar del Registro. Disposiciones Transitorias.

Hay un último punto en el que también habría que insistir sobre los tiempos de trabajo y cómo se integra en los planes (*107th Session of the International Labour Conference [ILO], 2018*). Horas de trabajo, descanso semanal, vacaciones, trabajo nocturno, cambios en los tiempos de trabajo, jornadas intensivas, flexibilidad horaria. Por último, no hay conexión interna con salarios (*Pay Transparency Recommendation. Report EU*).

En condiciones salariales.

Artículo 2. Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

El texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, queda modificado en los siguientes términos:

- Uno. Salario. Se añade un nuevo apdo. 3 al art. 9, con la siguiente redacción:

«3. En caso de nulidad por discriminación salarial por razón de sexo, el trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente al trabajo igual o de igual valor.»

Sustitución de maternidad/ paternidad por nacimiento.

Contratos formativos. Dos. Se modifica la letra b) del apdo. 1 del art. 11, con la siguiente redacción:

«b [...]

Las situaciones de incapacidad temporal, nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo

durante la lactancia y violencia de género interrumpirán el cómputo de la duración del contrato.»

En trabajo a tiempo parcial. Cuatro. Se modifica la letra d) del apdo. 4 del art. 12, con la siguiente redacción:

«d) Las personas trabajadoras a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado, debiendo garantizarse en todo caso la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres.»

En periodo de prueba. Cinco. Se modifican los apdos. 2 y 3 del art. 14 con la siguiente redacción:

- «2. Durante el periodo de prueba, la persona trabajadora tendrá los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe como si fuera de plantilla, excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso. La resolución a instancia empresarial será nula en el caso de las trabajadoras por razón de embarazo, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere el art. 48.4, o maternidad, salvo que concurren motivos no relacionados con el embarazo o maternidad.
- 3. Transcurrido el periodo de prueba sin que se haya producido el desistimiento, el contrato producirá plenos efectos, computándose el tiempo de los servicios prestados en la antigüedad de la persona trabajadora en la empresa. Las situaciones de incapacidad temporal, nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y violencia de género que afecten a la persona trabajadora durante el periodo de prueba, interrumpen el cómputo del mismo siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes.»

En clasificación profesional. Seis. Se modifica el apdo. 3 del art. 22, con la siguiente redacción:

«3. La definición de los grupos profesionales se ajustará a criterios y sistemas que, basados en un análisis correlacional entre sesgos de género, puestos de trabajo, criterios de encuadramiento y retribuciones, tengan como objeto garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres. Estos criterios y sistemas, en todo caso, cumplirán con lo previsto en el art. 28.1.»

En igualdad y salario. Definición de trabajo de igual valor y registros (transparencia salarial). Siete. Se modifica el art. 28, con la siguiente redacción:

Salario. «art. 28. Igualdad de remuneración por razón de sexo.

- 1. El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella.

Un trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes.

- 2. El empresario está obligado a llevar un registro con los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor.

Las personas trabajadoras tienen derecho a acceder, a través de la representación legal de los trabajadores en la empresa, al registro salarial de su empresa.

- 3. Cuando en una empresa con al menos cincuenta trabajadores, el promedio de las retribuciones a los trabajadores de un sexo sea superior a los del otro en un veinticinco por ciento o más, tomando el conjunto de la masa salarial o la media de las percepciones satisfechas, el empresario deberá incluir en el Registro salarial una justificación de que dicha diferencia responde a motivos no relacionados con el sexo de las personas trabajadoras.»

En la adaptación de jornada y el papel de la negociación colectiva.

Ocho. Se modifica el apdo. 8 del art. 34, con la siguiente redacción:

- «8. Las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa.
- En el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años.
- En la negociación colectiva se pactarán los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo. En su ausencia, la empresa, ante la solicitud de adaptación de jornada, abrirá un proceso de negociación con la persona trabajadora durante un periodo máximo de treinta días. Finalizado el mismo, la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición, planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio. En este último caso, se indicarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión.
- La persona trabajadora tendrá derecho a solicitar el regreso a su jornada o modalidad contractual anterior una vez concluido el periodo acordado o cuando el cambio de las circunstancias así lo justifique, aun cuando no hubiese transcurrido el periodo previsto.
- El periodo en que podrá solicitar se comprenderá hasta que los menores cumplan 12 años.
- Fijando el procedimiento a seguir cuando no se hayan pactado los términos de su ejercicio en la negociación colectiva. En estos casos, cuando la persona trabajadora solicite la adaptación de su jornada, la empresa abrirá un proceso de negociación con ella durante un periodo máximo de 30 días tras el cual, y por escrito, comunicará bien la aceptación de la solicitud, bien una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación o bien

su negativa, en este último caso indicando las razones objetivas de la decisión.

- Estableciendo el derecho que asiste a la persona trabajadora a solicitar el reingreso a su jornada o modalidad contractual anterior cuando haya terminado el periodo acordado o cuando, aun no habiendo transcurrido el periodo previsto, esté justificado por el cambio de las circunstancias.
- Determinando que las discrepancias surgidas serán resueltas por la jurisdicción laboral a través del procedimiento del art. 139 de la Ley reguladora de la jurisdicción social.

En permisos, nueva redacción del art. 37.3 b), 4, 5 y primer apdo. del 7:

- Desaparece de los supuestos que generan permiso de dos días, la referencia a «el nacimiento de hijo», art. 37.3 b).
- En la regulación del permiso del art. 37.4, ahora para el cuidado del lactante (derecho a ausentarse una hora del trabajo, que podrá dividirse en dos fracciones, hasta que el menor cumpla 9 meses, y que se incrementará proporcionalmente en casos de nacimiento, adopción, guarda con adopción o acogimiento múltiples), «cuidado del lactante» y «nacimiento».
- Respecto a los supuestos en que se sustituye el permiso citado por una reducción de jornada —en media hora o acumularlo en jornadas completas— se establece, por una parte, la imposibilidad de transferir su ejercicio al otro progenitor, adoptante, guardador o acogedor, y, por otra, la posibilidad de que los dos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores ejerzan simultáneamente su derecho con la misma duración y régimen, en cuyo caso el periodo de disfrute se extenderá hasta que el lactante cumpla 12 meses, y el salario a percibir se reducirá proporcionalmente a partir del cumplimiento de los 9 meses.

En suspensión del contrato de trabajo:

- Se amplía hasta un máximo de 18 meses el periodo de reserva de puesto de trabajo cuando los dos progenitores ejerzan con la misma duración y régimen el derecho a la excedencia por cuidado de hijos en familias numerosas de categoría especial (art. 46.3, último párrafo).

- La regulación de la suspensión del contrato con reserva de puesto de trabajo, apdos. 4 a 9 y supresión del 10 del art. 48, que ha de ponerse en relación con las disposiciones final segunda 3 RDL, donde se fija su entrada en vigor el 1 de abril de 2019, y trans. 13.^a ET, régimen transitorio de implantación de la reforma:

En el art. 48.4 del ET:

- Se regula la suspensión del contrato con reserva de puesto de trabajo por «nacimiento», que comprende el parto y el «cuidado de menor de doce meses».
- Se equipara la duración del permiso (16 semanas) de la madre biológica y del otro progenitor.
- Se obliga a que ambos progenitores disfruten, ininterrumpidamente y a jornada completa, las 6 semanas inmediatamente posteriores al parto. En el caso de la madre biológica, la finalidad es asegurar la protección de su salud y, en el del otro progenitor, cumplir los deberes de cuidado previstos en el art. 68 del Código Civil.
- Transcurridas esas 6 semanas inmediatamente posteriores al parto, la suspensión del contrato de cada uno de los progenitores podrá ejercitarse hasta que el hijo o la hija cumpla 12 meses, distribuyéndose, a su voluntad, en periodos semanales de forma acumulada o interrumpida y en régimen de jornada completa o parcial previo acuerdo con la empresa y en la forma que se determine reglamentariamente. No obstante, la madre podrá anticipar su ejercicio hasta 4 semanas antes de la fecha previsible del parto.
- El ejercicio de este derecho, individual de la persona trabajadora, no puede transferirse al otro progenitor.
- Se fija un plazo mínimo de 15 días (antes solo se indicaba —para la paternidad— que debía hacerse «con la debida antelación») para que la persona trabajadora cumpla con su obligación de comunicación previa a la empresa del ejercicio de este derecho en los términos descritos, en su caso, en los convenios colectivos.
- Cuando los dos progenitores que ejerzan este derecho trabajen para la misma empresa, la dirección empresarial podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas por escrito.

- En el art. 48.5 del ET regulador de la suspensión del contrato con reserva de puesto de trabajo por adopción, guarda con fines de adopción y de acogimiento.
- En el art. 48.6 del ET se regula la ampliación de la duración de la suspensión de los contratos (arts. 48.4 y 5 ET) en 2 semanas más cuando se esté en los casos de discapacidad del hijo o hija en el nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento.

En la extinción del contrato de trabajo:

En la descripción de los supuestos que llevan a aparejada la nulidad de la decisión extintiva empresarial por causas objetivas (nueva redacción del art. 53.4):

- Mayor amplitud los supuestos relacionados con las víctimas de violencia de género.
- Ampliación del periodo de blindaje (de 9 a 12 meses) para los casos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda o acogimiento.
- Se refuerzan las garantías en la declaración de la extinción por causas objetivas procedente exigiéndose no solo que la resolución contractual no se base en motivos relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia, sino que, además, se acredite suficientemente que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida.

Cálculo de indemnizaciones en supuestos de reducción de jornada o de ejercicio de derechos a tiempo parcial:

Por último, se incluyen en la disposición adicional decimonovena del ET los supuestos de reducción de jornada y jornada parcial por, y en, el ejercicio de los derechos regulados en los arts. 37.4 y 48.4 y 5, de forma que para el cálculo de las indemnizaciones se tendrá en cuenta el salario que hubiera correspondido a la persona trabajadora sin considerar la reducción o parcialidad de su jornada.

V. La complejidad del problema no admite soluciones simplistas o parciales: sobre la discriminación sistémica

¿Por qué hay que integrar un análisis de la discriminación desde la diferencia y la desigualdad? Porque es la forma de ir corrigiendo las brechas que abonan un círculo sin salida de discriminación para las mujeres, brechas de empleo, de contratación, de condiciones de trabajo, de seguridad social y de pobreza. Marco la desigualdad de poder entre hombres y mujeres.

La discriminación sistémica para la Comisión de Derechos Humanos de Ontario se presenta de comportamientos, políticas o prácticas que forman parte de las estructuras o de las organizaciones, y que crean o perpetúan desigualdad, y ofrece una serie de pautas que serían aplicables a los supuestos de género y que ofrecen muchas ventajas en cuanto a los resultados.

Por ejemplo, políticas, prácticas y procesos de tomas de decisión que no toman en consideración la diferencia y se rigen por el patrón general más generalizado, lo que la Comisión denomina de manera gráfica: «el camino normal de hacer las cosas» y la cultura de las organizaciones e instituciones que tanto desde los procesos de toma de decisiones como de organización no son inclusivas.

El enfoque de las políticas en contra de la *systemic discrimination* en la lectura anterior suma un conjunto de actores, Estado, instituciones, representantes de trabajadores y empresarios, y de fuentes, normas, convenios colectivos, planes de igualdad, que permiten una mayor eficacia aun teniendo los retos que implica la coordinación.

Criterios para la valoración de la prueba digital ante la afectación de los derechos fundamentales de la persona trabajadora

DALILA DOPAZO BLANCO

Magistrada, Juzgado de lo Social 1 de Lugo

I. Introducción

La evolución tecnológica y la democratización del uso de las nuevas tecnologías ha dado lugar a que, en la actualidad, la mayor parte de las prestaciones laborales se desarrollen en mayor o menor medida en entornos digitales, sea mediante la generación, almacenamiento y tratamiento de información digital (servidores informáticos, archivos digitales, etc.) o mediante el uso de sistemas de comunicación electrónica (correo electrónico, SMS, WhatsApp, Yahoo Messenger, Telegram, etc.).

Como consecuencia de esta situación, cada vez es más habitual que se incremente el uso de pruebas digitales que son aportadas por las partes para acreditar sus pretensiones (incumplimientos laborales que son motivo de sanción disciplinaria, realización de exceso de jornada, situaciones de acoso laboral, etc.).

Con carácter general, la prueba digital o electrónica será toda aquella fuente de prueba que contiene cualquier clase de información que se ha de producir, almacenar o transmitir por medios electrónicos y que puede tener relevancia para acreditar los hechos discutidos en un procedimiento judicial. Obviamente, esta fuente de prueba debe introducirse en el procedimiento a través de los medios de prueba admitidos legalmente. A este respecto, los arts. 299.2 y 384.3 de la LEC indican que constituyen un medio de prueba los «medios, procedimientos o instrumentos» que permitan archivar, conocer o reproducir información de naturaleza digital. En el procedimiento laboral, el art. 90 de la LRJS indica también que las partes «pueden servirse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley para acreditar los hechos controvertidos o necesitados de prueba», al tiempo que se especifica que se inclu-

yen dentro de tales medios «los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido», así como los «de archivo y reproducción de datos».

Partiendo de lo anterior, voy a centrarme en lo sucesivo en el análisis (forzosamente breve por cuestiones de tiempo) de un aspecto concreto del uso de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales y su acceso como fuente de prueba al procedimiento laboral: la afectación de los derechos fundamentales de la persona trabajadora y, en consecuencia, los criterios seguidos por el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Europeo de Derechos Humanos (TEDH) para la valoración de tal actividad probatoria. Finalmente, haré alusión a las últimas sentencias del TS, con la finalidad de comprobar si se ajustan a los parámetros marcados recientemente por el TEDH.

II. El poder de dirección empresarial y los derechos fundamentales de la persona trabajadora ante el uso de las nuevas tecnologías

Toda relación laboral implica necesariamente una tensión entre varios derechos en permanente conflicto, ya que el poder de dirección empresarial (reconocido en el art. 20 ET) incide en otros derechos que ostenta la persona trabajadora y que, en algunos casos, tienen la naturaleza de derechos fundamentales. Tal es el caso de los derechos regulados en el art. 18 CE, en el que se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y el secreto de las comunicaciones, añadiéndose que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

Dada la relevancia constitucional de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, es preciso mantener un equilibrio entre el derecho fundamental del trabajador y las facultades organizativas empresariales. A este respecto, la STC 2662/1997 establece que el derecho a la intimidad de la persona trabajadora, como cualquier otro derecho fundamental, no tiene carácter absoluto, por lo que se puede ver limitado por el empresario. En todo caso, el art. 20 ET no puede amparar al empresario para realizar intromisiones ilegítimas en la intimidad de los trabajadores ni adoptar medidas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento de los deberes laborales que vulneren la dignidad de la persona trabajadora. Las facultades de vigilancia y control empresarial

están, en todo caso, supeditadas a que se cumplan los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, es decir, deben suponer la adopción de medidas idóneas para conseguir un fin (siempre que sea legítimo), que no existan medidas menos gravosas e igualmente eficaces para ese objetivo y que supongan más beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

Aunque resulte obvio, es preciso destacar que la referencia a los límites a la intimidad de la persona que presta servicios en una relación laboral o al derecho al secreto de sus comunicaciones por parte del empleador solo se puede realizar en relación con una actividad laboral. Por lo tanto, la conducta privada del trabajador no puede ser conocida ni controlada por el empresario, excepto en supuestos puntuales en los que esa vida personal afecte al ámbito laboral (por ejemplo, cuando provoque una reducción de rendimiento, caso en el que la sanción disciplinaria no se puede producir por la vida personal del trabajador, sino por la repercusión, debidamente acreditada, que tal actividad privada tiene en la actividad profesional).

En cualquier caso, el uso de las nuevas tecnologías permite el conocimiento, almacenamiento y tratamiento de múltiples datos y puede dar lugar a que el empresario o terceras personas ajenas a la relación laboral tengan conocimiento no solo de la actuación del trabajador en lo que se refiere a la prestación de servicios sino también respecto de comportamientos íntimos, aficiones, creencias, ideología u orientación sexual (se habla por ello de «trabajador transparente» o «de cristal»). Así, existen diversas empresas internacionales que proponen la instalación de microchips a las personas trabajadoras a su servicio, con la finalidad manifestada de garantizar una mejor organización y dirección de la actividad laboral (un acceso más rápido y seguro a los equipos informáticos, apertura de puertas, localización de mercancías que después serán manipuladas por los/as trabajadores/as en la prestación de servicios, etc.) pero que, sin el adecuado control, pudieran llegar a permitir que el empresario tuviese conocimiento de ciertos aspectos de salud de la persona trabajadora o de su reacción física cuando es llamado por los responsables directos o se enfrenta a la resolución de cualquier problema laboral.

Sin necesidad de atender a esas posibilidades futuras a las que he hecho referencia anteriormente, en la actualidad existen múltiples medidas de control empresarial mediante el uso de la tecnología que son muy invasivas en la esfera de la intimidad del trabajador, como es el caso del uso de los sistemas de geolocalización (GPS) instalados en vehículos o en teléfonos inteligentes facilitados por las empresas.

Si bien es cierto que mediante estos dispositivos se pueden adoptar medidas para organizar de forma más eficiente el trabajo (planificación de rutas de recogida y entrega de mercancías, horas de circulación, kilómetros recorridos, visitas realizadas a clientes, combustible consumido, tiempo invertido en la actividad laboral, etc.) también se puede afectar a la intimidad del trabajador mediante una recogida sistemática y exhaustiva de datos pormenorizados sobre aspectos de su comportamiento que son (o deberían ser) ajenos a la relación laboral (localización exacta del lugar en el que se encuentra el trabajador y de sus movimientos incluso fuera de su jornada de trabajo o en aspectos que en nada afectan a su rendimiento laboral). Por esta razón la sentencia del TEDH de 2 de septiembre de 2010 (caso Uzum contra Alemania), consideró que la instalación de GPS constituye una injerencia calificable como grave en la vida privada de la persona, a pesar de lo cual, los pronunciamientos de los tribunales españoles sobre esta cuestión han sido muy contradictorios hasta el punto de que existen sentencias que entienden que un despido basado en los datos obtenidos por el sistema de geolocalización es improcedente si el trabajador no tenía conocimiento de la instalación de tal sistema de control en el vehículo o teléfono por él utilizado (sentencias del TSJ de Euskadi de 2 de julio de 2007 o del TSJ de Castilla-La Mancha de 28 de abril de 2015) y otras que consideran que no es necesario ese conocimiento o consentimiento previo (sentencia del TSJ de Andalucía de 15 de julio de 2015)¹.

III. El Tribunal Constitucional ante las nuevas tecnologías y los derechos fundamentales de la persona trabajadora

La situación de indefinición de los límites a la intromisión en los derechos fundamentales del trabajador por el uso de nuevas tecnologías se agrava por la inexistencia de normativa que regule estas cuestiones, razón por la que son variadas y contradictorias muchas de las resoluciones del TC, como es fácil deducir analizando algunos ejemplos.

¹ Para un análisis más amplio, véase el artículo del profesor Ignasi BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ en su blog <https://ignasibeltran.com/2017/11/23/control-empresarial-mediante-gps-y-despido-y-la-libertad-informatica/> y la colaboración del magistrado Miguel Ángel PURCALLA BONILLA en el blog <https://aflabor.wordpress.com/2017/07/21/control-empresarial-y-geolocalizacion-colaboracion-de-miguel-angel-purcalla-bonilla/>

3.1. Instalación de sistemas de videovigilancia

- STC 98/2000, de 19 de abril: declara que se ha vulnerado la intimidad de los empleados por parte del empresario (casino) al haber instalado la empresa unos micrófonos que grababan las conversaciones que tenían lugar en la sala de la ruleta rusa.
- STC 186/2000, de 10 de julio: declara la no vulneración del derecho a la intimidad del trabajador/a en un caso en que una empresa del sector de la energía eléctrica había instalado un circuito cerrado de televisión que enfocaba tan solo la cámara registradora del economato.
- STC 29/2013, de 3 de marzo: indica que existe una vulneración de los datos de carácter personal al hacerse uso de imágenes captadas por las cámaras de videovigilancia instaladas en el recinto en la Universidad de Sevilla para sancionar a un trabajador por incumplir la jornada laboral porque, aunque las cámaras eran visibles y estaban señalizadas con carteles, no se le informó al trabajador de manera previa y expresa, clara, precisa e inequívoca de la finalidad de su instalación y, sobre todo, no se le informó de que se podían utilizar para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo.
- STC 212/2013: declaró la nulidad de la sentencia de instancia porque el magistrado/a no permitió la reproducción de toda la grabación. El visionado completo del contenido de la cinta tenía relevancia en este caso dado que solo se había visto la parte en la que la trabajadora aparecía sustrayendo el dinero de la recaudación pero, de permitirse el visionado completo, se podría haber comprobado que la cámara estaba instalada en el interior de un cuarto en el que los/as trabajadores/as se cambiaban la ropa (lugar íntimo, por lo tanto, en el que no era posible realizar la instalación de ese tipo de aparatos).

3.2. Uso de correo electrónico y de sistemas de mensajería instantánea

El uso de estos medios de comunicación en las empresas y, en general, de todos aquellos que implican una conexión por internet está en la actualidad muy difundido y es posible que se afecte de forma muy sustancial a los derechos a la intimidad y secreto de las comunicaciones ya que con tan solo la observación de los datos de navegación, se puede conocer de manera muy amplia los gustos, inquietudes, ideología política y religiosa de una persona.

STC 241/2012, de 17 de diciembre

El caso tratado en esta resolución se refiere a un supuesto en el que en una empresa existía un ordenador de uso indistinto por todos/as los/as trabajadores/as en el que no existía clave o contraseña de ningún tipo para acceder a la unidad «C». En este ordenador, una trabajadora y otra compañera de trabajo instalaron, sin autorización ni conocimiento de la empresa (que tenía expresamente prohibido modificar el sistema informático de origen), el programa «Trillian» de mensajería instantánea, a través del que realizaron comentarios críticos, despectivos o insultantes respecto a compañeros/as de trabajo, superiores y clientes/as. En un momento dado, otro empleado accedió al contenido de la unidad «C» del ordenador y pudo comprobar, de forma casual, la existencia de estas conversaciones, dando cuenta a la empresa. La dirección de la empresa, dos meses después del descubrimiento, convocó a las trabajadoras a una reunión, en la que «se leyeron algunas de las conversaciones y se resumió el contenido de las restantes», y las sancionó con una amonestación verbal (las trabajadoras afectadas no negaron la existencia de estas conversaciones ni su contenido, aunque indicaron que estaban «sacadas de contexto»).

El TC indicó que no cabía apreciar afectación del derecho a la intimidad de las trabajadoras afectadas en este caso, ya que fueron ellas mismas las que realizaron actos dispositivos que determinaron la eliminación de la privacidad de sus conversaciones, al incluirlas en el disco del ordenador al que podía acceder cualquier otro/a usuario/a. Es decir, las trabajadoras sabían que el contenido de sus conversaciones podía ser conocido por terceras personas al tratarse de una «comunicación abierta», y la actuación de la empresa, en suma, se entiende que responde a criterios de razonabilidad.

Esta resolución ha sido criticada por ciertos sectores de la doctrina, ya que, en cierta medida, hace depender la tutela del secreto de las comunicaciones de la titularidad del medio que se usa para tal comunicación, y de que ese medio deje o no rastro informático de lo que se transmite, algo que en muchas ocasiones, es posible que no se conozca de forma fehaciente por las personas que intervienen en la conversación (imaginemos, por ejemplo, el uso de un sistema de mensajes instantáneos o de intercambios de correos electrónicos que son borrados por dos trabajadores pero que dejan, a pesar de eso, un rastro informático dado que su contenido se graba de forma automática en el disco duro del ordenador aunque los interlocutores no lo sepan). Por otro lado, en esta sentencia se permite que las conversaciones privadas sean utilizadas como prueba sin con-

sentimiento de las personas afectadas ni autorización judicial atendiendo a un supuesto «descubrimiento casual», por lo que como indica el voto particular de la sentencia, no es que se esté afectando a la «expectativa de intimidad», sino a la libertad misma de comunicarse.

STC 170/2013, de 7 de noviembre

En este caso, un trabajador fue despedido tras la intervención del ordenador de la empresa que utilizaba de forma habitual al localizarse en el correo electrónico profesional unos mensajes enviados a empresas de la competencia en los que constaban datos confidenciales.

El TC indicó que no se podía apreciar una vulneración de la intimidad del trabajador, dado que el convenio colectivo indicaba de forma expresa que no era posible usar los medios informáticos de la empresa para fines distintos de los relacionados con la prestación de servicios laborales. Se afirma, pues, que en este supuesto no existía una «expectativa razonable» de confidencialidad respecto de las comunicaciones mantenidas por el trabajador.

El contenido de esta resolución ha sido duramente criticado también por diferentes sectores doctrinales ya que resulta un tanto pobre la argumentación empleada por el TC para justificar una intromisión en el derecho al secreto de las comunicaciones amparándose en la redacción de un convenio colectivo que tan solo impide el uso de medios informáticos de la empresa para fines no profesionales (no debe olvidarse en ningún caso que estamos ante un derecho fundamental que, al margen de la relación laboral, solo puede verse limitado por resolución judicial motivada, art. 18.3 CE).

Como bien afirma Ezquerro Escudero, del análisis de la doctrina del TC se deduce que el TC «ha venido consolidando la premisa de que bajo el art. 20 ET, el empresario decide libremente no solo los mecanismos de control, sino de dirección y organización» de tal manera que «puede organizar su sistema productivo partiendo de una prohibición absoluta del ejercicio de derecho fundamental, concretamente del derecho a la intimidad, imagen y secreto de las comunicaciones, en su vertiente de protección de datos personales, al impedir que el mismo se lleve a cabo en el ámbito y con los medios de la empresa»².

² Véase su ponencia «Nuevas tecnologías en el control de la actividad del trabajador y sus límites. Especial referencia al derecho a la intimidad del trabajador», elaborada para

IV. Los derechos fundamentales en el marco del uso de la tecnología en la relación laboral según el tribunal europeo de derechos humanos³

Tal y como se indicó en el epígrafe anterior, cabe concluir que la doctrina del TC es francamente regresiva en relación a la protección de los derechos fundamentales en el seno de las relaciones laborales⁴. Por ello, es preciso superar la CE y la interpretación del TC por la vía del art. 10.2 CE («las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España»), por lo que hay que acudir, en especial, a la regulación del art. 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (habitualmente conocido como Convenio Europeo de Derechos humanos, CEDH) y a la interpretación realizada por el TEDH, resoluciones a las que forzosamente están vinculados los tribunales españoles (STC 245/1991).

El art. 8 CEDH establece que «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

En este precepto se mantiene un concepto amplio de lo que podríamos considerar «vida privada», concepto que también es el defendido

las Jornadas de la Associació Catalana de Iuslaboralistas de 2018. Acceso en el siguiente enlace: <http://www.iuslabor.org/jornadesiseminaris/ponencias/any2018/>.

³ Para un análisis amplio de las diferentes sentencias del TEDH que afectan a esta cuestión, recomiendo la lectura de la ponencia del magistrado Carlos Hugo Preciado Domènech titulada «Derecho al secreto de las comunicaciones vs. control empresarial. Nueva normativa de protección de datos y proyección en las relaciones laborales. El test Barbulescu» y que puede consultarse en el siguiente enlace: <http://www.iuslaboristas.com/PONENCIAS/PONENCIAPRECIADO.pdf>

⁴ Una crítica muy pormenorizada de las SSTC 241/2012 y 170/2013 es el realizado por el magistrado Carlos Hugo Preciado Domènech en el blog de Jurisdicción Social, en el siguiente enlace: <http://jpdsocial.blogspot.com/2017/09/comentariodeurgencialastehde05.html>

por el TEDH. Según este precepto y su interpretación por el TEDH, la «vida privada» está formada por varios elementos:

- el circuito íntimo en el que cada quien puede vivir según su deseo y excluir completamente al mundo exterior del círculo;
- la «vida privada social», es decir, la posibilidad de desarrollar la «identidad social», lo que supone que la persona pueda relacionarse y comunicarse con otros;
- lo anterior también abarca la actividad profesional ya que «es en el marco de la vida laboral donde la mayoría de la gente tiene muchas, si no la mayoría, de las oportunidades para fortalecer sus lazos con el mundo exterior».

Partiendo de lo anterior, se van a analizar someramente algunas de las resoluciones más destacadas.

STEDH de 5 de septiembre de 2017 de la Gran Sala (caso Barbulescu vs. Rumanía)

El supuesto que es objeto de análisis en esta resolución se refiere a un trabajador que fue despedido por la empresa en la que prestaba servicios al haber hecho uso de la red de internet de titularidad empresarial durante sus horas de trabajo, a pesar de que existía un reglamento interior que prohibía la utilización de los ordenadores de la empresa para fines personales.

En el procedimiento judicial, quedó acreditado que el empresario había realizado un control de las comunicaciones de una cuenta de Yahoo Messenger que el trabajador había abierto por orden de la empleadora con la finalidad de que pudiera responder a las solicitudes de información de los clientes y en este control se demostró que el trabajador había intercambiado mensajes de naturaleza estrictamente privada con terceros.

El demandante alegó ante el TEDH que su despido suponía una violación de su derecho al respeto a su vida privada y al secreto de su correspondencia, derechos que no fueron amparados por los tribunales de Rumanía durante los procesos judiciales previos.

En un primer momento, el 12 de enero de 2016 se dictó una sentencia en la que se concluyó, por mayoría de seis votos frente a uno, que no había existido violación del art. 8 CEDH, ya que no se había acreditado que las autoridades internas no efectuaran una ponderación equilibrada,

dentro de los límites de su margen de apreciación, entre el derecho del trabajador al respeto a su vida privada y los intereses de su empleador. Esta sentencia contaba, en todo caso, con un interesante voto disidente emitido por el juez Pinto, quien afirmaba, de forma muy gráfica, que «los trabajadores no abandonan sus derechos a la intimidad y a la protección de datos cada mañana en la puerta de su trabajo».

Finalmente, el 6 de junio de 2016, el asunto fue enviado a petición de trabajador a la Gran Sala, que estimó sus pretensiones.

La Gran Sala indicó en la sentencia del 5 de septiembre de 2017 que se había producido una vulneración de art. 8 CEDH, ya que los tribunales nacionales no habían verificado varios extremos que el TEDH considera fundamentales:

- Si el trabajador había sido advertido por el empresario, con carácter previo, de la posibilidad de que sus comunicaciones por Yahoo Messenger podrían ser vigiladas.
- Si se había informado al trabajador de la naturaleza, alcance de la vigilancia y grado de intromisión en su vida privada y su correspondencia.
- Razones concretas que justificarían la puesta en marcha de medidas de vigilancia.
- Posibilidad de empleo de medios menos intromisivos para la vida privada y la correspondencia del trabajador.

La importancia de esta resolución es obvia, ya que el TEDH impone a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros (también al TC) respetar unos principios mínimos en los casos de adopción por parte de la empresa de medidas de vigilancia que puedan afectar a los derechos fundamentales de sus trabajadores, de tal forma que solo respetando estos principios mínimos y ponderando a través de ellos el respeto a la vida privada y la correspondencia y el poder de dirección empresarial se puede considerar que son lícitas las medidas de control invasivas adoptadas por las empresas. Tales principios constituyen lo que se llama «el test de Barbulescu», y se pueden sintetizar en los siguientes:

- Principio de la información previa: el trabajador debe ser informado, previamente a su puesta en marcha, de las medidas que el empresario desea adoptar para la vigilancia de su correspondencia y de sus otras comunicaciones. La información previa debe abarcar también la aplicación de tales medidas y las garantías

existentes, en especial, en el caso de que se trate de medidas de carácter intromisivo de los derechos fundamentales.

- Principio de proporcionalidad: es preciso revisar el alcance efectivo de la vigilancia realizada por el empresario y el grado de intromisión en la vida privada del empleado, lo que supone atender a aspectos tales como si el control se refirió solo al intercambio de comunicaciones o también a su contenido, si se ha realizado sobre la totalidad de las comunicaciones o solo sobre una parte de las mismas, si se ha limitado a un tiempo determinado o no, o también el número de personas que pudieran haber tenido acceso a los contenidos de esas comunicaciones objeto de vigilancia.
- Principio de justificación: el empresario debe proporcionar los motivos que justifiquen la vigilancia de las comunicaciones del trabajador. Es importante destacar que el TEDH se refiere a motivos concretos, por lo que no se puede considerar lícita una investigación o control que se ampare en el genérico poder de organización o dirección empresarial.
- Principio de necesidad y proporcionalidad: habrá que valorar si, en el caso concreto, era posible emplear un sistema de vigilancia conforme a medios o medidas menos intromisivas que el acceso directo al contenido de las comunicaciones del empleado.
- Principio de idoneidad: es necesario valorar las posibles consecuencias que la vigilancia produjo en el trabajador que fue objeto de las mismas.

STEDH de 28 de noviembre de 2017 (caso Antovic y Mirkovic vs. Montenegro)⁵

En esta resolución se analiza el caso en el que el decano de la Facultad de Matemáticas informó a la junta de la Facultad, en una reunión de 1 de febrero de 2011, que se había puesto en marcha un servicio de videovigilancia por el que se habían instalado cámaras en el auditorio de la facultad donde se impartían las aulas. Según la universidad, la finalidad de esta instalación era garantizar la seguridad de los bienes y personas y la vigilancia de la enseñanza que se impartía y, como conse-

⁵ Para un estudio detallado del contenido de esta resolución, véase el artículo del profesor Eduardo Rojo Torrecilla publicado en la revista *ECiències Jurídiques UAB* en el siguiente enlace: https://ddd.uab.cat/pub/eciejur/eciejur_a2018n2/eciejur_a2018n2a4.pdf.

cuencia de esta instalación, se grababan imágenes de los profesores impartiendo docencia.

Los profesores Antovic y Mirkovic impugnaron la decisión en diferentes vías hasta que el caso fue, finalmente, resuelto por el TEDH, que concluyó, en esencia, lo siguiente:

- Existe una vulneración de la «vida social privada» de los profesores recurrentes, ya que se grabaron sus aulas sin su autorización.
- La presencia del profesor en el aula tiene una relevancia que va más allá de la docencia, ya que afecta también a las relaciones interpersonales en el interior del aula y a los debates con el alumnado (se trata de un ámbito no solo de docencia, sino de desarrollo de relaciones mutuas y de construcción de una identidad social).
- La docencia, además, supone una relación entre el alumnado y el profesorado que «quizás no se daría nunca de tal forma fuera de la clase», razón por la que se trata de unas relaciones en las que el profesorado puede tener una expectativa razonable de que no serán controladas ni monitorizadas, al desarrollarse en un ámbito especial de libertad académica que constituye la actividad profesional.

STEDH de 9 de enero de 2018 (caso López Ribalda y otras vs. España)

El supuesto enjuiciado por el TEDH es el siguiente. Una importante cadena de supermercados con establecimientos en todo el Estado español despidió disciplinariamente a varias trabajadoras los días 25 y 29 de junio de 2009. En las cartas de despido, la empresa indicaba que las trabajadoras habían sustraído diversos productos y que este hecho se había comprobado a través de las grabaciones efectuadas por cámaras de videovigilancia ocultas que había instalado la empresa (también existían otras cámaras que eran visibles).

Varias de las trabajadoras formularon diversas demandas ante los juzgados de Granollers alegando, entre otras cuestiones, que las grabaciones efectuadas constituían una prueba ilícita que no podía ser objeto de valoración porque se había vulnerado su derecho a la intimidad dentro de la relación laboral.

En un primer momento, el juzgado indicó que el medio probatorio empleado para acreditar la conducta sancionada con el despido era vá-

lido, lo que fue ratificado por el TSJ de Catalunya (siguiendo el contenido de la STC 186/2000), al afirmar que la instalación de las cámaras de videovigilancia por la empresa era «perfectamente legítima y ajustada a derecho». Las trabajadoras recurrieron la TS en casación, que fue inadmitida por los autos de 5 de octubre de 2011 y de 7 de febrero de 2012. Finalmente, mediante las providencias de 27 de junio y de 23 de julio de 2012, el TC inadmitió también los recursos de amparo al indicar que había una «manifiesta inexistencia de una violación de un derecho fundamental tutelable en amparo».

Finalmente, las trabajadoras presentaron dos demandas ante el TEDH en las que, entre otras cosas y reiterando lo que ya habían indicado en todas las instancias judiciales del Estado español, alegaban que se había vulnerado el derecho a la intimidad (art. 8 CEDH).

El TJUE indicó que existía una vulneración del art. 8 CEDH (seis votos a favor y uno en contra), por los siguientes motivos:

- Las trabajadoras solo tenían conocimiento de la existencia de las cámaras visibles que estaban situadas en las salidas del centro de trabajo, pero no fueron informadas de las que estaban instaladas en dirección a las cajas registradoras y que permanecían ocultas.
- Los datos visuales obtenidos implicaban un almacenamiento y tratamiento de datos personales «estrechamente vinculados al ámbito privado de las personas físicas», y este material fue procesado y visionado por varias personas (representante sindical y legal de la empresa, entre otros) antes de que las trabajadoras fueran informadas de la existencia de las grabaciones (lo que se produjo con el despido mismo), a pesar de que la legislación española obligaba (y obliga) a facilitar información a los trabajadores sobre la instalación de cámaras de vigilancia que afecten a su relación laboral para que puedan instar las medidas oportunas para el caso de que consideren lesionados sus derechos.

El TEDH concluye indicando que, en el caso concreto, no existió un «equilibrio justo entre el derecho de los demandantes a respetar la vida privada en virtud del art. 8 CEDH y el interés del empleador en la protección de los derechos de propiedad».

Con relación a cámaras de videovigilancia en los centros de trabajo, y hasta esta sentencia, los tribunales del Estado español admitían esta instalación siempre y cuando:

- no se situasen en baños u otros lugares reservados;
- existiese un interés legítimo;
- los trabajadores y sus representantes fuesen previamente informados de su existencia.

En lo que se refiere a las cámaras ocultas o sin conocimiento de su existencia por los trabajadores, la STC 186/2000 permitía su instalación si concurrían los siguientes requisitos:

- existencia de sospechas de la comisión de un ilícito laboral de entidad;
- la instalación fuese una medida idónea y necesaria para su descubrimiento;
- la medida se limitase estrictamente en el tiempo y el espacio para cumplir esta finalidad.

Tras la sentencia sobre el caso López Ribalda, esta jurisprudencia tiene necesariamente que modificarse, teniendo en cuenta, además, que para el TEDH no puede considerarse en ningún caso válida una sanción disciplinaria a un trabajador que se realiza vulnerando la legislación nacional sobre protección de datos.

STEDH de 22 de febrero de 2018 (caso Libert vs. Francia)

Esta sentencia se refiere a un caso de despido disciplinario del Sr. Libert tras la incautación de su ordenador profesional, lo que permitió comprobar que tenía almacenados diversos archivos con material pornográfico y falsos testimonios que había realizado en beneficio de terceras personas.

La normativa francesa reconoce el principio de protección de la intimidad de las personas trabajadoras, y admite que un empresario puede abrir ficheros profesionales, siempre y cuando no se encuentren identificados como ficheros personales. Partiendo de esta regulación nacional, el TEDH indica que la actuación del empresario fue correcta en este caso, ya que la empresa podía razonablemente creer que los ficheros cuya apertura efectuó no eran de naturaleza personal, porque existía una carta de usuario para el uso del sistema informático dentro de la empresa que establecía de manera específica que «la información privada debe identificarse claramente como tal (opción «privada» en los criterios de Outlook), y tiene que insertarse en el directorio llamado «privado» (el

trabajador, en este caso, no lo hizo así porque nombró a los archivos como «personal», no «privado»).

V. Recientes sentencias del Tribunal Supremo ante la doctrina del TEDH sobre los derechos fundamentales y el control empresarial mediante las nuevas tecnologías

Finalmente, es preciso hacer una breve referencia a dos sentencias recientes sobre esta misma materia del TS, en las que se hace alusión a la doctrina del TEDH anteriormente referida, en concreto, a los casos Barbulescu y López Ribalda.

En primer lugar, la STS de 8 de febrero de 2018 (caso Inditex) se dicta para resolver un recurso para la unificación de doctrina cuando ya era conocida la sentencia de caso Barbulescu.

El supuesto de hecho de esta resolución hace referencia a un caso en el que en un centro de trabajo de una empresa perteneciente al grupo empresarial ya indicado, un trabajador localiza causalmente al lado de una fotocopiadora de uso común para el personal de la empresa, dos recibos de transferencias efectuadas por un compañero. Este hecho es puesto en conocimiento de la dirección de la empresa, que decide «analizar la información contenida en el buzón de correo electrónico profesional del usuario Rafael y que está alojado en los servidores del Grupo Inditex». Resulta de relevancia para la resolución de caso indicar que la búsqueda se hace con palabras clave y localizando los correos electrónicos de días anteriores y posteriores a la fecha de emisión de las transferencias. A través de este procedimiento, se localiza un correo electrónico remitido al correo profesional del trabajador investigado con las dos transferencias que figuraban en las fotocopias causalmente localizadas y varios correos relativos a la compra de un vehículo en un concesionario. El trabajador, tras lo anterior, es despedido disciplinariamente por transgresión de la buena fe, al alegarse por la empresa que las pruebas localizadas permitían acreditar que había aceptado que un proveedor de la empresa le pagara el importe de un vehículo.

El caso es resuelto por la STSJ de Galicia de 30 de diciembre de 2014, indicando que el despido era procedente teniendo en cuenta la prueba que se había practicado (testifical, documental...), si bien se declara que lo averiguado a través de acceso al correo electrónico no se podía valorar dado que era una prueba ilícita. Ante esta situación, se formuló recurso por la empresa y por el trabajador (el TS entendió que exis-

tía gravamen a efectos de la formulación del recurso por el trabajador, porque se declaraba la existencia de un comportamiento grave imputado al mismo, aunque se considerase que existía una prueba ilícita que no podía valorarse en juicio por ser vulnerado un derecho fundamental).

El TS estima el recurso de la empresa e indica que la prueba debía ser considerada lícita en base a los siguientes argumentos:

- En la empresa existía un manual completo de instrucciones y reglas que todos los trabajadores tenían que conocer y aceptar cuando accedían al sistema informático, y en el que se advertía del uso estrictamente laboral de los medios informáticos.
- La empresa utilizó para su actividad de investigación de los correos electrónicos, palabras clave y limitó esa investigación a los correos próximos a las fechas de las transferencias bancarias, es decir, hizo una investigación limitada y no generalizada de los correos electrónicos.

En esta resolución, el TS cita la sentencia del caso Barbulescu, aunque aplica la doctrina anterior del TS y del TC (cita la STC 170/2013).

En segundo lugar, la STS de 15 de enero de 2019 contiene también una breve alusión a la STEDH del caso López Ribalda (simple cita), si bien se centra en la aplicación de la doctrina del TC.

En este caso, se trataba de un supuesto en el que una trabajadora prestaba servicios para una empresa de transportes, existiendo en el centro de trabajo unas cámaras de video grabación que eran perfectamente visibles y, además, en el anexo de su contrato de trabajo ya se le informaba que la empresa tenía implantadas las medidas de seguridad contempladas en el RD 994/1999. En una grabación se pudo comprobar por la empresa que la trabajadora hurtaba algunos materiales, por lo que fue despedida tras la tramitación del correspondiente expediente disciplinario.

Tanto el juzgado de instancia como el TSJ de Madrid declararon la improcedencia de despido, y el TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado por la empresa, ya que entiende que no existe contradicción con la sentencia de contraste (la STC 39/2016), porque la resolución impugnada no contradice la doctrina constitucional invocada.

Indica el TS que en la STC 39/2016 se había confirmado la procedencia del despido de una trabajadora por apropiarse de diversos importes, tal y como constaba en unas grabaciones de video. En este caso, el TC

denegó el amparo al indicar que la grabación había respetado el derecho a la intimidad de la trabajadora por los siguientes motivos:

- la cámara estaba situada en el lugar donde se desarrollaba la prestación laboral, enfocando directamente a la caja;
- en el escaparate del establecimiento, en un lugar visible, se colocó el distintivo informativo exigido por la instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos;
- las cámaras fueron instaladas por la empresa ante las sospechas de que algún trabajador de la tienda se estaba apropiando de dinero de la caja.

En suma, se entendió que la empresa había respetado el derecho a la intimidad personal, ya que la instalación fue una medida justificada, ante las sospechas de que algún trabajador se estaba apropiando de dinero de la zona de cajas donde la demandante prestaba sus servicios, así como idónea para constatar la realidad de las sospechas, y necesaria, al ser la grabación un medio de prueba, e igualmente, equilibrada, al limitarse la grabación a la zona de la caja.

Por el contrario, en el caso resuelto por la STS de 15 de enero de 2019, las circunstancias eran diferentes, ya que no se cumplía con la normativa de protección de datos, no se conocía cuál era la finalidad de la instalación de cámaras de grabación (su objetivo concreto), ya que estas estaban instaladas desde más de diez años antes de que tuviesen lugar los hechos imputados en la carta de despido y, además, se trataba de una instalación de cámaras que no se limitaba a una zona concreta y definida del centro de trabajo.

Como se deduce del contenido de esas dos resoluciones, el TS se centra más en aplicar la doctrina propia y del TC que en analizar la jurisprudencia del TEDH, llegando a indicar en la sentencia del caso Inditex que el TEDH nada añade a la doctrina del TC que ya se venía aplicando. Esta argumentación ha sido duramente criticada por parte de la doctrina (como Rojo Torrecilla o María Emilia Casas), que indican que el caso Inditex no se respetan por el TS los principios del test Barbuлесcu, ya que tanto el caso Barbuлесcu como el caso López Ribalda incorporan un plus de protección a la intimidad del trabajador que superan lo afirmado tradicionalmente por el TC.

VI. Conclusión

A modo de conclusión, cabe afirmar que la irrupción de las nuevas tecnologías en el ámbito de las relaciones laborales ha incrementado de forma sustancial la capacidad expansiva del poder de dirección y organización empresarial, hasta hacerlo en muchos casos lesivo para los derechos fundamentales de la persona trabajadora. Esta situación se ha visto agravada por el hecho de que el progreso tecnológico no ha ido acompañado de una regulación normativa que establezca límites y requisitos a este poder empresarial, y que ponga fin a la multiplicidad de resoluciones judiciales existentes con pronunciamientos en muchos casos contradictorios. Por otra parte, el TC, a pesar de hacer referencia en muchas de sus resoluciones a la necesidad de ponderación del poder de dirección empresarial y de los derechos fundamentales del trabajador, en la práctica, ha dictado resoluciones en las que no efectúa tal ponderación o lo hace desde una perspectiva de la que se deriva que los derechos fundamentales se encuentran notablemente disminuidos en su protección cuando su titular tiene la condición de trabajador sometido a una relación laboral (tesis contraria a la defendida por el juez Pinto, por lo tanto).

Teniendo en cuenta lo indicado, se hace indispensable una regulación normativa clara que tenga como punto de partida el indicado por las resoluciones del TEDH y, en todo caso, es preciso tener siempre presente lo que debiera ser una obviedad: cuando se habla de ponderación entre los intereses derivados de la protección de los derechos fundamentales (art. 18 CE, en este caso) y el poder de dirección empresarial (art. 20 ET) se están comparando dos términos que no están situados al mismo nivel, y el derecho fundamental debe siempre prevalecer, en caso de duda, sobre el derecho o interés que no tiene este carácter.

La cultura de la temporalidad en nuestra experiencia con relación al modelo comunitario: De Diego Porras como paradigma

MIQUEL ÀNGEL FALGUERA BARÓ

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

1. El azaroso acontecer de doña Ana de Diego Porras en los tribunales

Les propongo un sencillo experimento: busquen en las bases de datos de jurisprudencia del CENDOJ «Diego Porras»: el resultado (a finales de abril de 2019) es de 1.599 sentencias. Ahora hagamos lo mismo en Google: «aproximadamente» 60.000 entradas...

A la vista de estas cifras, difícilmente nadie puede negar la trascendencia que la celeberrima STJUE de 14 de septiembre de 2016 ha tenido en nuestro marco jurídico iuslaboralista en apenas dos años y medio.

Dudo mucho que exista alguna persona con conocimientos mínimos de Derecho del Trabajo que ignore los términos de los elementos esenciales del debate que en nuestro país ocasionó dicho pronunciamiento. Para el hipotético supuesto de que esa persona exista, acudamos, de entrada, a un pequeño resumen.

1.1. El primer pronunciamiento del TJUE

a) Los antecedentes y la cuestión prejudicial

Doña Ana de Diego Porras (que se ha hecho famosa probablemente a su pesar) estuvo vinculada con el Ministerio de Defensa desde 2003, a través de diversos contratos de interinidad, siendo el último de ellos en 2005 (tras un periodo de casi un año sin contratación) para cubrir la vacante de una liberada sindical que, en septiembre de 2012, a raíz del RDL 20/2012 y los recortes allí contemplados, perdió el derecho al

crédito horario acumulado, reintegrándose a su puesto de trabajo. Lógicamente, tras siete años de prestación ininterrumpida de servicios, doña Ana se sintió agraviada tras la finalización del contrato que ese reingreso conllevó, por lo que interpuso una demanda de despido alegando fraude de ley en la contratación, en tanto que —según su tesis— había ejercido funciones en puestos distintos que el de la sustituida. Sin embargo, esa alteración del puesto de trabajo no fue probada ante el Juzgado de lo Social, dictándose sentencia desestimatoria. Y lejos de aquietarse, la señora de Diego formuló recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que es quién elevó la cuestión prejudicial ante el TJUE mediante auto de 9 de diciembre de 2014. Cabe indicar que dicho órgano judicial no tenía duda alguna con relación a que, de conformidad con la legislación española, el contrato de interinidad era perfectamente válido (a lo que hay que añadir que, como se pone de manifiesto en la sentencia posterior, tampoco doña Ana logró acreditar su pretensión con relación al cambio funcional); sin embargo, se vio abocado a una desazón moral, en tanto que una relación laboral mantenida con la misma empresa a lo largo de siete años no tenía indemnización de tipo alguno en el momento de la extinción. Y ello porque el art. 49.1 c) ET excluye de la indemnización por expiración del tiempo convenido para la duración del contrato (actualmente, tras el RDL 10/2010 y la posterior Ley 35/2010, de doce días por año de antigüedad, aunque en el caso de doña Ana era de ocho días).

Llegados a este punto, es forzoso hacer una reflexión incidental con relación a la evolución normativa de ese precepto. Históricamente, la finalización de un contrato temporal que se adecuara al marco legal no conllevaba indemnización de tipo alguno (salvo previsión convencional). Esa situación cambió con el RDL 5/2001 que, entre otros objetivos, perseguía poner fin a la cultura de la temporalidad (en uno de los intentos que, infructuosamente, han puesto en marcha a lo largo de los años los diferentes gobiernos, tal y como posteriormente veremos). Y a dichos efectos, se introdujo en la regulación de ese tipo extintivo que «a la finalización del contrato [...] el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización económica [...] cuya cuantía se determinará en la negociación colectiva o en la normativa específica que les sea de aplicación. En defecto de esta determinación de cuantía la indemnización será equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar ocho días de salario por cada año de servicio». Sin embargo, se excluía de dicha compensación extintiva los casos «del contrato de in-

terinidad, del contrato de inserción⁶ y de los contratos formativos». No deja de ser curioso indicar que la Exposición de Motivos del RDL 5/2001 no explicaba ni el objeto de esa reforma ni el porqué de esa exclusión, más allá de genéricas referencias a la introducción de «garantías adicionales en los contratos temporales y de duración determinada». Pese a ello, es fácil adivinar la causa del régimen de excepciones: en la práctica, el fraude de ley en la contratación temporal aparece esencialmente en el ámbito de las modalidades eventual y por obra o servicio. Por el contrario, en el caso concreto del contrato de interinidad —al menos, en su modalidad de sustitución, no así en la de cobertura de vacante—, la concurrencia de causa es clara. De ahí la exclusión legal.

Pero esa lógica justificadora intrínseca es plenamente comprensible cuando la duración de la sustitución no se prolonga en el tiempo y tiene una duración ordinaria (una baja, una suspensión por filiación, etc.); sin embargo, las dudas aplicativas emergen por la falta de previsión legislativa en aquellos casos en que la sustitución se extiende a lo largo muchos años, como le ocurrió a doña Ana. Se trata sin duda de un dilema más moral que jurídico, que obedece al interrogante de hasta qué punto una persona que ha mantenido un vínculo contractual muy prolongado en el tiempo puede verlo rescindido de un día para otro sin ningún tipo de compensación económica, pese a que se mutan sensiblemente sus expectativas de futuro⁷.

⁶ El contrato de inserción, actualmente desaparecido, fue introducido en el art. 15.1 ET por la Ley 12/2001, con el objeto de que una Administración pública o entidad sin ánimo de lucro o empresa de inserción pudiera contratar a un demandante de empleo, inscrito en la oficina de empleo, para realizar una obra o servicio de interés general o social. Fue derogado por el RDL 5/2006 y la posterior Ley 43/2006.

⁷ Implícitamente la posterior sentencia del TSJ de Madrid, de 5 de octubre de 2016, ponía en evidencia esa preocupación, al afirmarse en la misma que: «no es solo que la causa extintiva sea *ad initio* temporalmente indeterminada, pues la incorporación de la trabajadora sustituida se ha producido al margen de su voluntad de regreso o del término de la vigencia de su cargo representativo, desde la perspectiva de las condiciones vigentes a la fecha del pacto contractual, sino que ha tenido lugar en virtud del hecho, totalmente impredecible, de la entrada en vigor de una urgente reforma legislativa que cercenó drásticamente el número de liberados sindicales en el sector público, de modo que la extinción del contrato ha sido corolario de la previa amortización de un puesto de liberada sindical, evento indubitadamente sobrevenido; aunque debemos matizar el carácter, en cierto modo irrelevante, de esta circunstancia a los efectos litigiosos, en cuanto de no haberse producido tal acontecimiento, el contrato de la actora hubiera continuado en el tiempo hasta ocupar, potencialmente, toda su vida laboral activa».

Aunque lógicamente desconozco cómo fue la deliberación en el TSJ madrileño, pocas dudas tengo de que esa es la incertidumbre a la que se enfrentó; la existencia de un supuesto perfectamente legal pero claramente ilegítimo desde un punto de vista social. La solución, pues, fue acudir a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. Como es sabido —y como posteriormente se analizará con mayor detenimiento—, dicha norma comunitaria contempla esencialmente dos mandatos a los países miembros: la lucha contra la utilización abusiva de los contratos a término (cláusula 5) y la interdicción de discriminación entre temporales e indefinidos (cláusula 4). Posiblemente, la situación de doña Ana encontrara un mejor acomodo en aquella primera finalidad; pero ocurre que la cláusula 5 se limita a reclamar al legislativo de cada Estado la adopción de medidas contra el uso abusivo en el caso de encadenamiento de vínculos a tiempo cierto (lo que es dudoso que ocurriera en dicho supuesto), ofreciendo una serie de posibles alternativas, pero sin exigencias normativas. Por el contrario, la cláusula 4 tiene un redactado imperativo, lo que permite un conocimiento directo del asunto por parte del TJUE.

En esa tesitura le surge al TSJ madrileño el interrogante con relación al propio contenido del art. 49.1 c) ET, por lo que hace a si concurre un trato legal desigual sin causa respecto a la indemnización aplicable tanto con relación al resto de contratos temporales como en aquellos supuestos en los que el contrato es indefinido o fijo, y concurre una extinción por causas no imputables a la persona del trabajador por la vía del art. 52 o, en su caso, del art. 51, ambos ET. Y eso aboca al razonamiento de hasta qué punto esa situación, plenamente adecuada a legalidad, no conlleva una infracción de la cláusula 4 del Acuerdo Marco (conforme a la cual, en materia de «condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas»). Es por ello que se eleva la cuestión prejudicial a través del auto citado, en la que se pregunta: a) si la indemnización por finalización del contrato temporal se integra dentro del concepto de «condiciones de trabajo»; b) si, en caso de respuesta positiva, los «trabajadores con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización

de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado, han de percibir a la finalización del contrato la misma indemnización que correspondería a un trabajador con contrato de duración indefinida comparable cuando el contrato de este se extingue por causas objetivas»; c) si, en el caso de respuesta positiva, el art. 49.1 c) ET ha traspuesto adecuadamente la Directiva; y d) si es discriminatorio el trato diferenciado en el ET «entre las condiciones de trabajo de estos trabajadores no solo frente a las condiciones de los trabajadores indefinidos, sino también respecto de las de los demás trabajadores temporales».

b) La STJUE de 14 de septiembre de 2016 (C 596/14): un análisis crítico

En su sentencia, el TJUE vino a dar una respuesta positiva a la primera pregunta, indicando que efectivamente —teniendo en cuenta la previa existencia de pronunciamientos similares— las indemnizaciones por fin de contrato se insertaban dentro del concepto de «condiciones de trabajo», y descartó entrar en la valoración de si concurría discriminación entre personas contratadas bajo la modalidad de interinidad y las que lo han sido por el resto de tipos legales temporales, al considerar que carecía de competencias al respecto, puesto que «las posibles diferencias de trato entre determinadas categorías de personal con contrato de duración determinada, como la que menciona el tribunal remitente en la cuarta cuestión prejudicial, no están incluidas en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por dicho Acuerdo Marco».

Así las cosas, la cuestión quedaba esencialmente constreñida en el análisis de las preguntas segunda y tercera (donde reside el epicentro del debate). Y en ese punto, el TJUE parte de la consideración de que existe un trato diferenciado, pasando a efectuar el juicio de comparación por asimilación de las situaciones subjetivas (art. 3.2 del Acuerdo Marco) y el de concurrencia de una causa objetiva que justifique el trato diferenciado (art. 4.1). Respecto al primero, se alcanza la conclusión de que, aunque la determinación de si existe asimilación es competencia del tribunal inquiriente, «en el caso de autos, se desprende de los autos obrantes en poder del Tribunal de Justicia que la recurrente en el litigio principal efectuaba un trabajo análogo o idéntico al de un trabajador fijo». Y por lo que hace a la existencia de un motivo objetivo que justifique el trato desigual, se afirma que «ni la naturaleza temporal de la relación laboral ni la inexistencia de disposiciones en la normativa nacional relativas a la concesión de una

indemnización por finalización de un contrato de trabajo de interinidad pueden constituir, por sí solas, tales razones objetivas».

Por ello, se concluye que «la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización».

Llegados a este punto, es forzoso hacer dos reflexiones críticas sobre dicho pronunciamiento. En primer lugar, desde mi punto de vista, el inevitable juicio de comparación, en aquellos supuestos en los que se invoca discriminación directa (no indirecta), se sustenta en la mayor parte de casos sobre dos ejes: uno, previo, de tipo objetivo o contractual —por tanto, si las condiciones de los colectivos favorecido y desfavorecido son equiparables—; otro, posterior, subjetivo-funcional, esto es: que exista una similitud entre las distintas actividades concurrentes. Un funcionario y una persona asalariada pueden realizar idénticas funciones, sin embargo no se supera el juicio de comparación por su diferente estatuto, tal y como ha puesto reiteradamente de manifiesto el propio TJUE, como, por ejemplo, en sus sentencias de 18 de octubre de 2012 (Valenza y otros), 27 de julio de 2018 (Yaovi), 20 de septiembre de 2018 (Moter), 21 de diciembre de 2018 (Viejobueno), etc.

Pues bien, el TJUE, en la sentencia analizada obvia el elemento objetivo (el motivo de la indemnización) y se centra solo en el subjetivo (la asimilación de trabajos entre sustituta y sustituida). Y aquella omisión tiene un evidente punto de partida en el apdo. 36 del pronunciamiento, en el que se afirma que «a diferencia de los trabajadores con contrato de trabajo por tiempo indefinido, los trabajadores con contrato de interinidad no tienen derecho a indemnización alguna al finalizar su contrato, con independencia de la duración de los servicios prestados». Por tanto, se parte de la base de la plena asimilación objetiva de las condiciones extintivas.

La segunda reflexión crítica está vinculada a la anterior: en su segunda pregunta —que es la esencial—, el auto del TSJ de Madrid diferencia claramente entre el advenimiento de «condiciones objetivas» (con rela-

ción a la definición de «trabajador con contrato de duración determinada» de la cláusula 2, 2 a) del Acuerdo Marco y la extinción del contrato por «causas objetivas». Sin embargo, en el cuerpo de sus razonamientos jurídicos utiliza la expresión «causa objetiva consignada válidamente en el contrato». Y desde mi punto de vista, es ahí donde reside el núcleo de la confusión que da lugar a la primera STJUE en el asunto De Diego Porras. En efecto, una cosa es la actualización de la condición extintiva pactada en el contrato, y otra, distinta, que sobrevenga una causa legal que comporte la extinción del contrato por decisión unilateral de una de las partes. En el primer caso, el advenimiento de la condición pactada conlleva el fin del contrato (art. 1113 CC), sin perjuicio de las posibles compensaciones económicas que se deriven del marco legal o del propio contrato; en el segundo, la unilateralidad extintiva determina que la persona afectada tenga derecho a la indemnización por daños y perjuicios del art. 1124 CC con relación al art. 1101.

En materia extintiva, «condición» y «causa» no son lo mismo. La primera se enmarca dentro del derecho de obligaciones, la segunda, en la regulación de los contratos. Así, por ejemplo, la Ley de Arrendamientos Urbanos establece, en su art. 9.1, la absoluta libertad de los contratantes para pactar la duración del alquiler, sin que concurra prórroga forzosa si no se superan los cinco (o siete) años. De esta forma, si ambas partes acuerdan el arriendo por dos años, el arrendatario debe abandonar la vivienda cuando transcurre dicho lapso temporal, sin que la ley prevea —salvo pacto en contrario— ningún tipo de compensación. Concorre, por tanto, una condición extintiva. Pero otra cosa es que emerjan las causas de extinción por cualquiera de ambas partes del art. 27 (que remite genéricamente al art. 1124 CC).

Incluso en el ámbito de nuestra disciplina, esa lógica dual civilista es observable en el Estatuto del Trabajador Autónomo, en tanto que en el mismo rige también la libertad de los contratantes para pactar una condición temporal de duración [art. 12.4 con relación a los arts. 7.2 y 15.1 b) LETA], inexistiendo legalmente previsión alguna de compensación económica. Por el contrario, el art. 15 LETA tipifica las causas (aunque utiliza la expresión «circunstancias») de extinción, con previsión, en su caso, de una indemnización por daños y perjuicios.

Pues bien, en un contrato temporal, las partes pactan una vigencia sometida a condición (realización de una obra o servicio, necesidades productivas eventuales a plazo, sustitución de persona con reserva de puesto de trabajo), en forma tal que la actualización de la condición determina la extinción del vínculo laboral, ex art. 49.1 c). Y, como se ha

visto —salvo previsión convencional o contractual—, históricamente ello no dio lugar a indemnización de tipo alguno hasta el año 2001, con una finalidad no únicamente resarcitoria, sino también de «disuadir» al empleador para que acuda a la temporalidad. Y ello tiene una lógica jurídica evidente, en tanto que el trabajador conoce perfectamente desde el principio que el contrato es temporal. Por tanto, difícilmente se va a trincar expectativa vital en forma alguna. En cambio, un trabajador indefinido sí tiene la perspectiva personal de ingresos continuados, de ahí que cuando concorra una causa legal que no le sea imputable, la ley prevea la indemnización del art. 53 ET o, en su caso, del art. 56 ET.

La cláusula 3.1 del Acuerdo Marco se refiere a «las condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado»; obsérvese: «condiciones», no causas. Compárese ahora con el art. 1.1 a) de la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, donde se utiliza la expresión «despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores» (y DRAE en mano, «motivo» significa «causa o razón que mueve para algo»).

Es más, la propia lectura del art. 49.1 ET pone en evidencia esa diferenciación. Aunque la letra c) no utiliza la expresión «condición», la enumeración de supuestos allí contemplados (donde, por cierto, se omite la referencia al reingreso de la persona sustituida) es similar al del mentado art. 3.1 del Acuerdo Marco (donde sí se utiliza el término). Por el contrario, la letra l) se refiere a «causas objetivas legalmente precedentes» (lo que remite inevitablemente al art. 52 ET); y la letra b) contiene la genérica mención a «las causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario». Es esta última una regulación histórica, que en la práctica solo ha sido aplicada en los casos de las denominadas «cláusulas de productividad», de límites indeterminados en la jurisprudencia (aunque cabrá denotar que dichas cláusulas más que «causas» son «condiciones» extintivas).

Con el tiempo se ha hecho evidente que en su sentencia de 14 de septiembre de 2016 el TJUE —probablemente por el equívoco redactado del cuerpo de la cuestión prejudicial, no de sus preguntas— incurrió en una confusión entre «condición extintiva» y «causa de extinción». Quizás lo que entendió el TJUE fue que, ante los supuestos de concurrencia de causas de extinción objetiva, las personas contratadas a tiempo cierto

percibían una indemnización inferior que la de las indefinidas. Así parece derivarse del apdo. 21 de la sentencia, en el que se afirma: «en Derecho español existe una diferencia de trato en las condiciones de trabajo entre los trabajadores fijos y los trabajadores con contrato de duración determinada, en la medida en que la indemnización abonada en caso de extinción legal del contrato es de 20 días de salario por año trabajado en el caso de los primeros, mientras que se eleva a solo 12 días de salario por año trabajado para los segundos. Esta desigualdad es aún más evidente en lo que atañe a los trabajadores con contrato de interinidad, a los que la normativa nacional no reconoce indemnización alguna cuando dicho contrato finaliza con arreglo a la normativa». Desde esa perspectiva, con el antecedente de la sentencia de 12 de diciembre de 2013 en el asunto Carratú (citada en dos ocasiones), se alcanzó la conclusión de que la cuestión planteada era un simple trámite. Eso explica que el asunto se conociera por una sala de tres jueces y, especialmente, que fuera sustanciado sin conclusiones del Abogado General.

1.2. El impacto de la STJUE De Diego Porras 1 en nuestro país

El revuelo que la sentencia conllevó en el mundo profesional, judicial y académico fue sísmico, como ya se ha indicado y es conocido. Y ello porque el pronunciamiento abrió múltiples interrogantes en variados aspectos, como la eficacia del pronunciamiento, las consecuencias, el procedimiento de extinción, la tipología contractual integrada y otros aspectos procesales.

Así, aparecieron dudas con relación a si la sentencia tenía efecto directo y podía ser aplicada en forma inmediata por jueces y tribunales. No faltaron voces —algunas de ellas muy destacadas— que, recordando que se trataba de una Directiva, negaron la eficacia directa horizontal *interprivatus*⁸ (aunque aceptando con resignación la vertical cuando una de las partes pertenecía al sector público⁹). Sin embargo, otros autores consideramos que la cláusula 4 de la Directiva 1999/70 está desarrollando en el ámbito de la contratación a tiempo cierto el mandato de no discriminación del art. 21 CDFUE, por lo que concurría una plena eficacia

⁸ A favor de dicha aplicación: SSTJS Galicia 30.11.2016, rec. 3277/2016; País Vasco 18.10.2016, rec. 1872/2016, etc. En contra: STSJ Andalucía, Málaga, 16.11.2016, rec. 1539/2016, etc.

⁹ Véase, STJS País Vasco 18.10.2016, rec. 1690/2016, etc.

tanto horizontal como vertical, lo que conllevaba que jueces y tribunales, si no podíamos efectuar una interpretación conforme, debíamos dejar de aplicar el art. 49.1 c) ET¹⁰.

Por otra parte, algunas voces se preguntaron si la equiparación en el régimen extintivo se limitaba únicamente a la indemnización o bien también al procedimiento extintivo (con relación a los requisitos del art. 53 ET), en tanto que el apdo. 30 de la sentencia hacía mención al «preaviso» y, por tanto, podían existir problemas hermenéuticos en el caso de contratos temporales de duración inferior a un año [en tanto que si dicho lapso se supera, conforme al art. 49.1 c) ET concurre obligación de preaviso en quince días, coincidentes con el art. 53.1 c) ET].

Y ello por no hablar de la problemática procesal. En esta materia, el interrogante que surgió fue si, en el caso de demandas de despido por fraude de ley en las que el juez o tribunal alcanzara la conclusión que el fraude no existía, podía o no aplicarse de oficio la mayor indemnización, aunque formalmente no fuera esa la pretensión procesal de la parte actora¹¹. A lo que cabía añadir si en una misma demanda podían acumularse la acción de despido y la reclamación de cantidad subsidiaria. O también, si era posible la interposición de una demanda de tutela de derechos fundamentales por discriminación.

Sin embargo, la mayor confusión y la mayor fuente de debate apareció respecto a si la sentencia afectaba solo a los contratos de interinidad¹² o bien su lógica de fondo debía extenderse también a los contratos

¹⁰ Una hermenéutica que se deriva de la STJUE de 25 de julio de 2018 (asunto C96/2017, Ayobi).

¹¹ Véase, DESDENTADO BONETE, A., «Los problemas procesales del caso Diego Porras. Una reflexión crítica sobre la congruencia del proceso social», *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, 14.02.2019.

¹² Aplicando la doctrina DE DIEGO PORRAS 1 a los contratos de interinidad, y entre otras muchas: SSTSJ Andalucía, Sevilla 07.06.2017, rec. 2093/2016; Málaga 15.03.2017, rec. 214/2017, 13.12.2017, rec. 1368/2017; Granada 21.12.2017, rec. 1566/2017; Aragón 16.05.2018, rec. 231/2018; Asturias 29.06.2017, rec. 1617/2017, 06.03.2018, rec. 3166/2017; Canarias, Tenerife 17.11.2017, rec. 451/2017; Castilla y León, Valladolid 04.10.2017; rec. 1503/2017, 22.01.2018, rec. 2035/2017; Burgos 20.09.2017, rec. 514/2017, 02.10.2017, rec. 547/2017; Galicia 30.06.2017, rec. 773/2017, 18.10.2017, rec. 2139/2017; Madrid 20.07.2017, rec. 715/2017, 30.11.2017, rec. 705/2017; País Vasco 2.09.2017, rec. 105/2017, 07.11.2017, rec. 1830/2017, 13.03.2018, rec. 191/2018, etc. Negando la aplicación de dicha doctrina: SSTSJ Madrid 26.10.2017, rec. 389/2017, 06.11.2017, rec. 462/2017, 09.02.2018, rec. 1077/2017, etc.

por obra o servicio¹³, eventual por circunstancias de la producción¹⁴ y relevo¹⁵, en tanto que, aunque estos tienen una indemnización de doce (ocho) días por año de servicio, el término de comparación de la sentencia remitía al art. 53.1 b) ET y, por tanto, a los veinte días por año de servicio. Y a ello cabía sumar otros tipos contractuales como los indefinidos no fijos en el caso de extinción por amortización de plaza y por cobertura de vacante¹⁶, el hoy extinto contrato indefinido de apoyo a los emprendedores (cuando se superara el periodo de prueba ordinario¹⁷), el de contratación de personas con discapacidad y los formativos¹⁸; así como determinadas contractuales peculiares (como los contratos docentes universitarios¹⁹) y relaciones laborales especiales²⁰. Mayor complejidad reunía la contratación temporal por ETT, al concurrir aquí una Directiva específica (la 2008/104/CE) en la que, aunque se contempla la equiparación con las personas asalariadas de la empresa usuaria, la misma se limita a «las condiciones esenciales» del contrato²¹.

¹³ A favor de su inclusión: SSTSJ Andalucía, Málaga 21.02.2018, rec. 2221/2017; Asturias 27.02.2018, rec. 2794/2017, etc. En sentido contrario: SSTSJ Cataluña 20.02.2017, rec. 7013/2016, 23.11.2017, rec. 4457/2017, 27.11.2017, rec. 5656/2017; Madrid 11.05.2017, rec. 36/2017, etc.

¹⁴ A favor de la aplicación de veinte días por año: SSTSJ Andalucía, Málaga 16.11.2016, rec. 1564/2016, 11.01.2017, rec. 1827/2016; Castilla y León, Valladolid 04.12.2017, rec. 1447/2017; Navarra 06.07.2017, rec. 325/2017, etc.

¹⁵ A favor: SSTSJ Andalucía, Málaga 12.07.2017, rec. 993/2017; Castilla y León, Valladolid 26.10.2017, rec. 1402/2017, 26.06.2017, rec. 590/2017; País Vasco 13.06.2017, rec. 1108/2017, 23.01.2018, rec. 2536/2017, etc. En contra: SSTSJ Castilla y León, Burgos 13.06.2017, rec. 353/2017, 07.03.2018, rec. 101/2018, etc.

¹⁶ A favor del acrecimiento de la indemnización: SSTSJ Asturias 08.11.2016, rec. 2142/2016; Galicia 26.10.2016, rec. 2059/2016, 16.01.2017, rec. 3864/2016, 30.01.2017, rec. 4245/2016; País Vasco 28.03.2017, rec. 473/2017, etc. En contra, SSTSJ Andalucía, Sevilla 29.06.2017, rec. 2325/2017, Castilla-La Mancha 13.12.2016, rec. 1388/2016; Castilla y León, Valladolid 26.01.2017, rec. 1777/2016; Cataluña 23.02.2017, rec. 6599/2016; Extremadura 11.04.2017, rec. 53/2017; Madrid 05.12.2016, rec. 820/2016, etc.

¹⁷ Véase LÓPEZ PARADA, R., «Puntos críticos de la Sentencia de 14 de septiembre de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto c 596/14, de Diego vs. Ministerio de Defensa», *Jurisdicción Social*, núm. extraordinario octubre 2016.

¹⁸ Negando su aplicación al contrato en prácticas: STSJ País Vasco 14.03.2017, rec. 458/2017.

¹⁹ SSTSJ Andalucía, Málaga 21.02.2018, rec. 2221/2017; Castilla y León, Valladolid 01.03.2018, rec. 99/2018; País Vasco 28.11.2017, rec. 2180/2017, etc.

²⁰ Véase la STSJ País Vasco 05.12.2017, rec. 2208/2017, negando la aplicación de la indemnización de 20 días para los deportistas profesionales.

²¹ Aplicando la indemnización del art. 53 ET: STSJ País Vasco 06.06.2017, rec. 1338/2017.

En buena medida, ese debate con relación a las modalidades contractuales partía de un evidente apriorismo (que se desprendía implícitamente de la sentencia): el advenimiento de la causa extintiva pactada (no de la condición) como motivo de finalización del contrato a tiempo determinado era asimilable a un exceso de plantilla, más o menos equiparable a las causas organizativas y productivas del art. 51.1 ET. De ahí que, en ese marco, algunos vieran un respaldo a la ya un tanto antigua propuesta del denominado «contrato único» (por tanto, la abrogación de la diferencia entre contratos indefinidos y temporales mediante la unificación de regímenes laborales con una única indemnización por fin del vínculo por decisión empresarial, que se incrementa en función de la antigüedad).

Todas esas dudas comportaron que el entonces Ministerio de Empleo y Seguridad Social se reuniera en octubre de 2016 con sindicatos y patronales, acordándose que se creara un grupo de expertos para estudiar el alcance de la sentencia. Tras varias reuniones, en febrero de 2017, dicho grupo hizo públicas unas denominadas conclusiones provisionales, en las que, ante la imposibilidad de ponerse de acuerdo sobre reformas más significativas (aunque se rechazaba unánimemente la instauración del contrato único), se abogaba por una nueva regulación de la interinidad que estableciera un límite temporal en forma tal que, una vez superado el mismo, la empresa debía acudir en el momento de la rescisión a la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas.

A la vez, en forma más o menos coetánea en el tiempo, diversos juzgados y tribunales españoles (en especial, el TSJ de Galicia), tanto del orden social como del contencioso-administrativo, elevaron nuevas cuestiones de prejudicialidad ante el TJUE, a fin de clarificar el marco aplicativo.

Coetáneamente, en insólitas declaraciones a la prensa, el presidente del TJUE, Koen Lenaerts, en una visita a España en febrero de 2017, manifestó que «esta historia no ha terminado» y que los jueces comunitarios podían haberse equivocado por su condición de humanos.

Por otra parte, los efectos de la sentencia tuvieron una cierta repercusión indirecta —aunque nunca explicitada en forma manifiesta— en la doctrina del Tribunal Supremo. En efecto, cabe recordar que nuestro más alto órgano jurisdiccional había venido manteniendo en forma reiterada que, en el caso de contrato de amortización del puesto cubierto mediante interinidad por vacante la decisión de la Administración Pública *ad hoc* de amortizar la plaza no daba lugar a indemnización de tipo

alguno (entre otras muchas: STS UD de 14 de marzo de 2002, rec. 3191/2001). Y esa misma lógica se había aplicado en el caso de vínculos indefinidos no fijos, afirmándose que, dada la similitud de estatus con los interinos por vacante, en el caso de amortización de la plaza, el empleador público no debía acudir a la vía de los arts. 51 y 52 c), aunque se reconocía —en muchos casos de oficio— el derecho a la percepción de la indemnización del art. 49.1 c) ET, a partir de la STS UD de 22 de julio de 2013, rec. 1380/2012 (derecho que posteriormente se ampliará también para el supuesto de extinción por cobertura de vacante²²). Sin embargo, la doctrina de la plena aplicación de la «amortización simple» fue modificada a partir de la STS UD de 24 de junio de 2014, rec. 217/13, considerándose que la desaparición de la plaza cubierta por un contrato interino por vacante debía ser tramitada a través del procedimiento de extinción colectivo u objetivo (una hermenéutica extendida posteriormente a los indefinidos no fijos por la STS UD de 8 julio de 2015 rec. 2693/2013).

Aunque esos cambios doctrinales son anteriores a la STJUE de De Diego Porras, esta sí tuvo incidencia en la doctrina casacional respecto a la extinción del contrato indefinido no fijo por cobertura de vacante. Pese a que inicialmente (STS UD 07.11.2016, rec. 755/2015) el TS se mostró reticente a aplicar el criterio del órgano judicial comunitario, la STS UD de 28 de marzo de 2017, rec. 1664/2015, vino a reconocer el derecho a la indemnización de veinte días por año de servicio por la extinción del contrato indefinido no fijo tras la cobertura de vacante, indicándose que dicha figura no es equiparable a un contrato temporal (algo que parece chocar con la interpretación del TJUE) y que su origen está en la mala praxis de la Administración Pública contratante, de ahí que en esos supuestos, los afectados tengan derecho a la compensación económica del art. 53 ET. Aunque dicho pronunciamiento no hace mención alguna a la STJUE De Diego Porras, es del todo evidente que el espíritu de la misma está presente en sus razonamientos²³.

²² Por ejemplo: STS UD 06.10.2015, rec. 2592/2014.

²³ Véase un comentario más pormenorizado sobre la evolución de la doctrina del TS en esta materia en: BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., «Indefinidos no fijos: naturaleza jurídica, reconocimiento y extinción», IUSLabor 3/2017 y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.; «La jurisprudencia reciente sobre el trabajador “indefinido no fijo de plantilla”», *Trabajo y Derecho*, 47.

1.3. El segundo pronunciamiento del TJUE en el caso De Diego Porras (y las sentencias anteriores a la misma)

a) La sentencia del TSJ de Madrid y la cuestión prejudicial del TS

Tras la STJUE, la sala tercera del TSJ de Madrid dictó sentencia en fecha 5 de octubre de 2016, por la que se estimaba, en parte, el recurso de la señora Ana de Diego (una declaración un tanto sorprendente, puesto que en él no existía una pretensión al respecto). Y a dichos efectos se acude a la hermenéutica de la «interpretación conforme» (con cita de la STS UD de 8 de junio de 2016, rec. 207/2015, en el caso «Telefónica Móviles» sobre retribución por vacaciones), con relación al art. 123.1 LRJS (por tanto, la posibilidad de que el juez incremente la insuficiente indemnización pagada por el empleador en despidos objetivos en el caso de error excusable), condenando al Ministerio de Defensa al pago de la indemnización de veinte días por año de antigüedad, aunque reiterando la declaración de procedencia del despido ya acordada en el primer grado jurisdiccional.

Sin embargo, la Administración empleadora no se aquietó y formuló recurso de casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo. Y este, a través del auto de 25 de octubre de 2017, formuló una nueva cuestión prejudicial ante el TJUE. En la misma, lo que se plantea no es otra cosa que una revisión de la sentencia anterior. Así se desprende claramente de su contenido, al afirmarse que «de ahí que sea preciso desentrañar el significado de la premisa que se contiene en apdo. 21 de la STJUE de 14 septiembre 2016 [transcrito anteriormente en esta página], por cuanto a este Tribunal Supremo le resulta difícil apreciar la diferencia de trato a la que dicho apdo. parece referirse». Para insistir posteriormente: «tanto en el indicado apdo. 21, como en los razonamientos que se contemplan en los apdos. 31 a 52, se afirma la existencia de un trato desigual por entenderse que la indemnización de 20 días por año trabajado está exclusivamente establecida en la ley nacional para los trabajadores indefinidos. Sin embargo, como hemos explicado, lo cierto es que la ley interna sí reconoce tal indemnización para los trabajadores interinos y para cualquier otro trabajador temporal, cuando la extinción de su contrato se produce por las causas establecidas al efecto, porque no distingue entre temporales e indefinidos, esto es, por las causas objetivas del art. 52 ET». Y en base a ello, se formula al TJUE la siguiente pregunta: «¿La cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el Anexo de la Directiva 1999/70, debe

interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no establece indemnización alguna para la extinción de un contrato de duración determinada por interinidad para sustituir a otro trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo cuando tal extinción se produce por la reincorporación del trabajador sustituido y sí la establece cuando la extinción del contrato de trabajo obedece a otras causas legalmente tasadas?».

Más, junto a ello, el TS formula también otra pregunta ya no vinculada con la prohibición de no discriminación de la cláusula 4 del Acuerdo Marco, sino respecto a la cláusula 5 (limitación de abuso en la contratación). A dichos efectos se observa que, entre las distintas medidas que con relación a este último precepto ha adoptado el ordenamiento español, podría incluirse la indemnización por fin del contrato temporal del art. 49.1 c) ET, lo que hace emerger dudas respecto a la exclusión de dicha compensación respecto a los contratos de interinidad desde esa perspectiva; pese a ello, el propio TS se encarga de aclarar que «podría tenerse en cuenta que en el contrato de interinidad confluyen dos trabajadores (el interino/sustituto y el sustituido) respecto de un único empleo, lo que no sucede en las otras dos modalidades de contrato temporal. De ahí que la indemnización pudiera servir de mecanismo disuasorio para evitar la pérdida de un empleo en el caso de la terminación de estos dos tipos de contratos, pero no se produce tal reducción de la plantilla en el caso de que el interino cese por reincorporación del trabajador sustituido»²⁴. Bien podría pensarse, por tanto, que pese al carácter indagatorio de las dos preguntas que se formulan en ese sentido, esa última cuestión está más vinculada a aclarar al TJUE los conceptos vigentes en nuestro ordenamiento que a despejar interrogantes de su adecuación al marco comunitario.

²⁴ Las preguntas que se formulan en este punto son las siguientes:

«Para el caso de ser negativa la respuesta a la cuestión primera, ¿se enmarca dentro del ámbito de la cláusula 5 del Acuerdo Marco una medida como la establecida por el legislador español, consistente en fijar una indemnización de 12 días por año trabajado, a percibir por el trabajador a la finalización de un contrato temporal aun cuando la contratación temporal se haya limitado a un único contrato?

De ser positiva la respuesta a la cuestión segunda, ¿es contraria a la cláusula 5 del Acuerdo Marco una disposición legal que reconoce a los trabajadores de duración determinada una indemnización de 12 días por año trabajado a la finalización del contrato, pero excluye de la misma a los trabajadores de duración determinada cuando el contrato se celebra por interinidad para sustituir a un trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo?»

b) Los asuntos Montero Mateos y Grupo Norte Facility, S.A.

Pero, mientras tanto, algunas de las previas cuestiones prejudiciales formuladas por diversos órganos judiciales fueron tramitadas por el TJUE, dando lugar a las dos sentencias de 5 de junio de 2018, en los asuntos Montero Mateos (C-677/16) y Grupo Norte Facility, S.A. (C-574/16).

En el primero de dichos asuntos, nos hallamos ante una demanda de despido formulada por una trabajadora contratada por la Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid, inicialmente bajo la modalidad de interinidad por sustitución en 2007, con posterior novación en una interinidad por cobertura de vacante, para ejercer funciones de auxiliar de hostelería en una residencia de personas mayores dependiente de la Agencia. En 2009 se convoca un proceso extraordinario para la consolidación del empleo para proveer plazas de auxiliar de hostelería; sin embargo, no es hasta 2016 cuando se adjudica la plaza a otra persona, que resultó elegida en dicho proceso, poniéndose así fin al vínculo contractual de la señora Montero, que formula demanda por despido turnada ante el juzgado de lo social núm. 33 de Madrid. Dicho órgano judicial eleva la cuestión prejudicial, con una finalidad desde mi punto de vista —como también ocurre con la del TS en el asunto De Diego Porras— eminentemente aclaratoria de la normativa española para el TJUE²⁵, aunque plasmado en forma concreta la inquietud —que, como se ha visto, también estaba implícita en el auto del TSJ de Madrid en el asunto De Diego Porras— con relación al hecho de que «la extinción de la relación laboral por esa causa, por su carácter imprevisible, frustra las expectativas del trabajador relativas a la estabilidad de la relación laboral, lo que podría analizarse en el sentido de que constituye una razón objetiva que justifica un trato diferente a estas situaciones en lo que atañe a la concesión de una indemnización al trabajador» (apdo. 33 de la sentencia).

El supuesto planteado en el Grupo Norte Facility, S.A. fue elevado por el TSJ de Galicia y tenía como origen la demanda por despido instada por una persona contratada a través de la modalidad de contrato de relevo temporal que, al finalizar su vínculo contractual, insta acción al considerar que era práctica de la empresa que, en el momento de jubilación del relevado, se contratara al relevista en forma indefinida. Declarado el despido improcedente por el Juzgado de lo Social y formulada

²⁵ Esa finalidad es apreciable en los apdos. 28 a 33 de la sentencia.

suplicación por la empresa, el órgano *ad quem* llega a la conclusión de que el vínculo contractual se adecuaba a legalidad; sin embargo, emerge la evidente duda con relación a si en este caso es aplicable la indemnización del art. 53.1 b) ET o la del art. 49.1 c) del mismo cuerpo legal, en atención a la doctrina De Diego Porras. De ahí que se eleve la cuestión prejudicial; sin embargo, de su lectura de la misma puede quizás intuirse que también se pretendía más aclarar al TJUE el marco legal español que plantear dudas sobre la aplicación de la Directiva²⁶.

En ambos casos, el conocimiento del asunto fue asignado a la Gran Sala y (esta vez sí) existieron informes de la Abogacía General del TJUE, sustancialmente coincidentes. En ambos escritos se parte de la consideración de que «el presente asunto da al Tribunal de Justicia la oportunidad de profundizar especialmente en este aspecto —al que, a mi juicio, no se prestó suficiente atención en la sentencia De Diego Porras— y de reconsiderar su jurisprudencia a este respecto», alcanzándose la conclusión de que indemnización por fin de contrato temporal del art. 49.1 c) ET es «una compensación por el hecho de que el trabajador pierde su puesto de trabajo». Y tras esa constatación, se señala la distinta situación en que se encuentran las personas asalariadas temporales y las indefinidas ante el fin de su contrato, En el primer caso «la pérdida de su puesto de trabajo [...] es esperable desde el principio y no supone en modo alguno una sorpresa [en tanto que] el propio trabajador ha participado en el acuerdo contractual que, más tarde o más temprano, hace irremediablemente que su relación laboral finalice, aun cuando él quizá albergue la esperanza, en vista de la larga duración de su empleo temporal, de que su relación laboral se consolide como la de un trabajador empleado con carácter indefinido». En cambio, en los contratos indefinidos no concurre «un acontecimiento que el trabajador pueda prever concretamente», a lo

²⁶ Es sintomático en este sentido el contenido de los apdos. 24 y 25 de la sentencia analizada. Se afirma así en el primero: «El tribunal remitente observa que las causas de despido previstas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores son imprevisibles, lo que justifica la diferencia entre los importes de las indemnizaciones, ya que la prevista en el artículo 53 de dicho Estatuto tiene por objeto compensar una ruptura contractual *ante tempus* por mera voluntad de una de las partes». Y en el apartado 25: «Por otro lado, señala que, al instaurar el contrato de relevo de duración determinada, el legislador español estableció una excepción al principio de estabilidad en el empleo, tanto para permitir a las empresas contratar un trabajador temporal y fijar las circunstancias objetivas que determinan el término de su contrato como a la hora de prescindir de un trabajador con contrato por tiempo indefinido comparable. Sin embargo, la finalización de un contrato de relevo de duración determinada y la extinción de un contrato por tiempo indefinido dan lugar al pago de indemnizaciones diferentes»:

que se añade que: «la indemnización legalmente prevista está pensada sobre todo para compensar las expectativas frustradas del trabajador sobre la continuidad de su relación laboral, la cual, en realidad, debía perdurar».

Desde mi punto de vista, hay que hacer dos precisiones en relación con las reflexiones de la Abogacía General. En primer lugar, no comparto que la indemnización del art. 49.1 c) ET tenga por finalidad compensar la pérdida del contrato de trabajo; en mi opinión —como ya he indicado anteriormente—, se trata de una medida «disuasiva» impuesta por el legislativo español para frenar la cultura de la temporalidad imperante. Si el objeto fuera dicha compensación —como afirma el abogado general—, sí podría llegarse a la conclusión desde el ordenamiento interno (no así desde la Directiva, que sitúa el factor de discriminación con relación a los contratos indefinidos) de que dicho precepto incurre en una vulneración del derecho a la igualdad en el contenido de la ley (que no, discriminación), puesto que ningún sentido tiene compensar el fin de un contrato de obra o servicio y no hacerlo con uno de interinidad, máxime cuando aquel tiene regulado un término máximo y este no.

En segundo lugar, hay que reseñar que, en definitiva, los informes de la Abogacía General sitúan el centro del debate en la no superación del juicio de comparación objetivo entre las condiciones extintivas de las personas contratadas en régimen de indefinición y de temporalidad.

También las dos sentencias del TJUE, de la misma fecha (5 de junio de 2018), siguen patrones hermenéuticos prácticamente análogos entre ambas, y sus conclusiones son muy similares a las de la Abogacía General.

Se afirma así que «las partes de un contrato de trabajo temporal conocen, desde el momento de su celebración, la fecha o el acontecimiento que determinan su término [por lo que] este término limita la duración de la relación laboral, sin que las partes deban manifestar su voluntad a este respecto tras la conclusión de dicho contrato» (apdos. 60 de la sentencia Grupo Norte Facility, S.A. y 71 de la Montero Mateos); por el contrario «la extinción de un contrato fijo por una de las causas previstas en el art. 52 del Estatuto de los Trabajadores, a iniciativa del empresario, tiene lugar al producirse circunstancias que no estaban previstas en el momento de su celebración y que suponen un cambio radical en el desarrollo normal de la relación laboral» (apdos. 61 de la sentencia Grupo Norte Facility, S.A. y 72 de la Montero Mateos). Y de ello se deduce que «cabe considerar que el objeto específico de la indemnización por despido establecida en el art. 53, apdo. 1, letra b), del Estatuto de los Traba-

jadores, al igual que el contexto particular en el que se abona dicha indemnización, constituyen una razón objetiva que justifica la diferencia de trato controvertida» (apdos. 63 de la sentencia Grupo Norte Facility, S.A. y 74 de la Montero Mateos).

Es obvio, por tanto, que el TJUE alcanza la conclusión antes expuesta: no es lo mismo la actualización de una condición extintiva pactada contractualmente que el advenimiento de una causa legal de finalización del contrato por motivos externos ajenos a la persona de la persona asalariada.

Si comparamos dichas conclusiones con la de la Abogacía General, concurre, sin embargo, un cierto matiz: el TJUE rehúye del juicio de comparación objetivo previo, limitándose a recordar su doctrina al respecto desde la perspectiva estrictamente subjetivo-funcional, indicando que aunque corresponde al órgano judicial inquiriente la función de «determinar si la Sra. Montero Mateos [...] se hallaba en una situación comparable a la de los trabajadores contratados por tiempo indefinido por este mismo empleador durante el mismo periodo de tiempo», constan en los autos suficientes elementos fácticos para alcanzar, en principio, la conclusión de la concurrencia de paridad. Y ello conlleva que las conclusiones que se han referido en el apartado anterior se sitúen, no en el terreno del juicio de comparación, sino en el de concurrencia de causa objetiva. Me parece esa una técnica discutible que, probablemente, puede ser explicada desde la perspectiva de un intento de rehuir que, en definitiva, ambas sentencias están revisando los criterios doctrinales fijados en el primer pronunciamiento del asunto De Diego Porras.

Sin embargo, en el caso Montero Mateos concurre un hecho que no se escapa ni a la Abogacía General ni al TJUE: que dicha asalariada estuvo vinculada con la agencia pública empleadora a lo largo de nueve años. Es este un aspecto señalado por la Comisión en sus alegaciones que, sin embargo, la Abogacía en su informe considera no valorable con relación a la cláusula 4 del Acuerdo Marco²⁷, aunque sí podría tener inci-

²⁷ «Aun cuando una trabajadora —como en el presente asunto o en el asunto De Diego Porras— desempeñe desde hace mucho tiempo la misma actividad para el mismo empleador sobre la base de un contrato temporal, su relación laboral sigue estando, a mi juicio, mucho menos consolidada y, por tanto, su confianza en su continuidad es mucho menos digna de protección que en el caso de un trabajador fijo con un contrato de duración indefinida»

dencia con relación a la cláusula 5, ajena a la cuestión analizada²⁸. Por su parte, la sentencia se limita a señalar, con carácter *quasi obiter dictum* que «la Sra. Montero Mateos no podía conocer, en el momento en que se celebró su contrato de interinidad, la fecha exacta en que se proveería con carácter definitivo el puesto que ocupaba en virtud de dicho contrato, ni saber que dicho contrato tendría una duración inusualmente larga. No es menos cierto que dicho contrato finalizó debido a la desaparición de la causa que había justificado su celebración. Dicho esto, incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo».

Las sentencias Montero Mateos y Grupo Norte Facility, S.A. comportaron una evidente reversión en los criterios judiciales relativos a la aplicación de la inicial doctrina De Diego Porras²⁹. Ello conllevó que la STSJ Galicia de 20 de junio de 2018, rec. 2279/2016, desestimara la demanda por despido formulada con relación a la extinción del contrato de relevo que dio lugar a la cuestión prejudicial.

Pese a ello, la referencia a la valoración judicial de «una duración inusualmente larga» en el asunto Montero Mateos, ha abierto otro debate doctrinal respecto a qué debe entenderse por tal y, en especial, los efectos que ello comporta, en especial por lo que hace a los contratos de interinidad. Por su extenso y fundamentado contenido, es importante hacer mención a la STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 11 de junio de 2018, rec. 833/2018, en la que se intenta fijar un parámetro objetivo a efectos de límite temporal (bien dos años, con relación al art. 15.5 ET, bien tres años, por aplicación del RD 2720/1998), en forma tal que su superación comporta una equiparación a una extinción por causas objetivas que debe conllevar la aplicación de la indemnización de veinte días por año del art. 53 ET. Dicho criterio ha sido posteriormente seguido —en muchos casos citando ese pronunciamiento— por otros tribunales

²⁸ «Las conductas abusivas de los empleadores —que pueden manifestarse, entre otras, en forma de ristas de contratos temporales sucesivos— deberían combatirse de forma eficaz y disuasoria con las medidas específicamente previstas para ello en el sentido de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, incluida la de convertir un contrato de trabajo de duración determinada en uno celebrado por tiempo indefinido. Al hacerlo no debería desdibujarse la diferencia entre la protección contra la discriminación de la cláusula 4, apartado 1, y la lucha contra los abusos de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, como ha indicado acertadamente la Comisión».

²⁹ Así, entre otras: SSTSJ Cataluña 23.10.2018, rec. 3224/2018, 30.10.2018, rec. 3228/2018; País Vasco 26.06.2018, rec. 1240/2018, etc.

superiores de justicia en cuanto a los efectos de fijación de la indemnización aplicable³⁰. También se decantó por fijar una indemnización de veinte días por año de antigüedad la SJS núm. 33 de Madrid, de 28 de julio de 2018, al resolver el asunto Montero Mateos. En otros casos, sin embargo, se ha optado por aplicar la exclusión de los contratos de interinidad del art. 49.1 c) ET, desestimando la fijación de la indemnización de veinte días³¹.

c) De Diego Porras 2 y la STS UD de 13 de marzo de 2019

La cuestión prejudicial elevada por el TS tras la sentencia del TSJ de Madrid en el asunto De Diego Porras ha sido sustanciada por la STJUE de 21 de noviembre de 2018 (C-619/17), de nuevo por sala de tres magistrados y sin conclusiones de la Abogacía General.

La razón de tan sucinta tramitación es obvia: los precedentes de la Gran Sala en los asuntos Montero Mateos y Grupo Norte Facility, S.A. De hecho, este pronunciamiento, como cabía esperar, no hace otra cosa que reiterar los contenidos de aquellos dos antecedentes (la remisión a Montero Mateos se efectúa hasta en quince ocasiones). De ahí que a la primera pregunta formulada por el TS se responda ahora que «la cláusula 4, apdo. 1, del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para sustituir a un trabajador con derecho a reserva del puesto de trabajo, como el contrato de interinidad de que se trata en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva».

Emerge, así, una evidente paradoja: la misma demanda ha tenido dos pronunciamientos claramente contradictorios por parte del TJUE. Es cierto que dicho órgano comunitario, en el caso de cuestiones prejudi-

³⁰ Entre otras por las SSTSJ Castilla y León, Burgos 17.01.2019, rec. 873/2018y 24.01.2019 rec. 898/2018, Valladolid 05.12.2018 rec. 1308/2018, 12.07.2018, rec. 982/2018; Cataluña 09.07.2018 rec. 1862/2018; Cantabria 26.06.2018 rec. 291/2018; Galicia 11.12.2018 rec. 3105/2018; Madrid 14.09.2018 rec. 235/2018, etc.

³¹ Por ejemplo: SSTSJ Andalucía, Sevilla 06.06.2018, rec. 84/2018, Málaga 07.11.2018, rec. 1404/2018, Granada 05.07.2018, rec. 248/2018; Cantabria 17.12.2018, rec. 754/2018; Castilla-La Mancha 11.01.2019, rec. 1555/2017; Cataluña 19.01.2019, rec. 5958/2018; Extremadura 27.09.2018, rec. 485/2018; Galicia 20.09.2018, rec. 1585/2018; Madrid 10.09.2018, rec. 603/2018, 19.07.2018, rec. 185/2018; País Vasco 10.07.2018, rec. 1296/2018, etc.

ciales, no ejerce una función jurisdiccional sino esencialmente «interpretativa». Por tanto, no opera aquí en ningún caso la eficacia de cosa juzgada negativa. Sin embargo, es del todo evidente que el TJUE ha revisado su doctrina —reitero: para el mismo caso—, de ahí que quizás hubiera sido aconsejable una mención expresa al respecto (siquiera reconocer indirectamente un error, en línea con las declaraciones públicas que en su día hizo su presidente).

Además, como se recordará, el auto del TS tenía una segunda pregunta relativa a si la inexistencia de límite temporal en los contratos de interinidad podía ser contraria a la cláusula 5 del Acuerdo Marco (aunque, como se ha indicado, con un objeto más explicativo de por qué las personas con un vínculo de este tipo no perciben indemnización en el ordenamiento español). Pues bien, el TJUE soslaya dar respuesta al respecto, limitándose a indicar que «no es evidente que la interpretación de la cláusula 5 del Acuerdo Marco solicitada por el tribunal remitente en el ámbito de su segunda cuestión no tenga relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal o que la citada cuestión se refiera a un problema de naturaleza hipotética», al no quedar claro en los autos si los contratos de interinidad de la señora De Diego Porrás fueron «sucesivos».

Tras dicho pronunciamiento, el TS ha dictado su sentencia de 13 de marzo de 2019 (rec. 3970/2016), estimando el recurso formulado por el Ministerio de Defensa.

En la misma se descarta, de entrada, que exista contradicción con relación a la alegación de incongruencia *extra petita*, por lo que no se entra en la valoración de la problemática procesal que se deriva de la posibilidad de que un órgano jurisdiccional incremente la indemnización, pese a que ello no conforme pretensión de las partes. Y entrando en el fondo del asunto —por tanto, la determinación de la indemnización aplicable— el TS sitúa su punto de partida —a diferencia del TJUE— en el juicio de comparación objetivo-contractual, al afirmar:

«No se trataba aquí de negar que, en efecto, la situación de la actora era comparable a la de un trabajador fijo por lo que se refiere a sus funciones y requisitos. Es ahí donde la STJUE de 14 septiembre 2016 llevaba a cabo un análisis que producía grandes dificultades de comprensión. La diferencia de trato no está en la indemnización otorgada a los trabajadores fijos respecto de los temporales en situaciones idénticas, sino en la distinta indemnización que la ley establece en atención a la causa de extinción; siendo así que, cuando el cese obedece a la finalización del contrato de duración determinada, es obvio que no puede haber comparación posible con un trabajador indefinido, porque tal causa de

extinció no concorre en ese tipo de contrato de trabajo. La posibilidad de extinció por causas objetivas, en caso de que las mismas causas concurren, afectaría por igual a un trabajador temporal y a un indefinido.

En cambio, el trabajador fijo no va a ver nunca extinguido el contrato por esa causa a la que se refiere el art. 49.1 c) ET. Por consiguiente, tampoco la indemnización de 12 días tiene posibilidad de ser comparada con la situación de los trabajadores fijos o indefinidos —aun cuando se tratara de trabajadores que realizaran las mismas funciones y reunieran las mismas circunstancias en el caso concreto— precisamente porque a los trabajadores fijos no se les extingue el contrato por la llegada de un término o el cumplimiento de una condición».

Y es por ello por lo que «no es posible confundir entre distintas causas de extinció contractual y transformar la finalización regular del contrato temporal en un supuesto de despido objetivo que el legislador no ha contemplado como tal. El régimen indemnizatorio del fin de los contratos temporales posee su propia identidad, configurada legalmente de forma separada, sin menoscabo alguno del obligado respeto al derecho a no discriminación de los trabajadores temporales».

Por otra parte, puesto que había preguntado al TJUE sobre la adecuación de la exención indemnizatoria de los contratos de interinidad con relación a la cláusula 5 del Acuerdo Marco, y este le había transferido la respuesta, el TS se ve obligado a entrar en el tema, señalando que dicha cláusula ha sido transcrita en nuestro ordenamiento a través de los límites temporales de los apdos. 2, 3 y 5 del art. 15 ET. A lo que se añade que no es tampoco apreciable un infracción del principio de igualdad en el contenido de la ley con relación a otros contratos temporales, en tanto que «la distinta solución de nuestra norma legal obedece a la voluntad del legislador de destacar una situación no idéntica a las otras dos modalidades contractuales, puesto que en el caso de la interinidad por sustitución el puesto de trabajo está cubierto por otro/a trabajador/a con derecho a reserva de trabajo. Además, dicho puesto no desaparece con el cese de la trabajador/a interino/a y el recurso a la temporalidad halla su motivación en esa concreta y peculiar característica que, a su vez, implica un modo de garantizar el derecho al trabajo de la persona sustituida (art. 35.1 CE). Nada de ello no concorre en las otras modalidades del art. 15.1 ET. Por último, el estímulo que para la empresa pudiera suponer el ahorro de la indemnización de 12 días mediante la prórroga del contrato temporal o a la conversión en fijo, no tiene aquí sentido puesto que el empleo permanece en todo caso al ser cubierto por la persona sustituida al reincorporarse».

Y finalmente, el TS descarta entrar en la determinación de si en el presente caso concurre una «duración inusualmente larga» (con relación al asunto Montero Mateos) puesto que «tal pretensión originaria de la trabajadora demandante fue rechazada por la sentencia del juzgado de instancia, confirmando la sentencia de suplicación este pronunciamiento del juzgado con aquietamiento de la actora, que no ha recurrido ya el mismo».

La sentencia contiene un voto particular formulado por el señor Salinas al que se adhiere la señora Virulés, con relación precisamente a los dos últimos aspectos referidos, por tanto, la aplicación de la cláusula 5 del Acuerdo Marco. El voto contiene dos motivos de oposición. En primer lugar, se indica que la interpretación que se efectúa es muy similar a la doctrina de distintos TSJ tras la sentencia Montero Mateos, por tanto, que ante la larga extensión del contrato de interinidad de la señora De Diego Porras, existe una equiparación a un contrato indefinido, que debería haber dado lugar a la indemnización del art. 53 ET. Y, conforme a la tesis de las voces discrepantes, el hecho de que la actora no hubiera formulado recurso, no impide la valoración por el TS, en tanto que a lo que aquella se aquietó fue a la inexistencia de fraude de ley. En segundo lugar, y subsidiariamente, se alcanza la conclusión de que, en todo caso, debería haberse reconocido a la parte demandante la indemnización del art. 49.1 c) ET, al considerar que —aunque es cierto que, como afirma el voto mayoritario, esa compensación no ha tenido en la práctica un efecto disuasorio— aquella tiene cobijo en la finalidad de la cláusula 5 del Acuerdo Marco. Y es por ello que la «gratuidad» en la extinción de contratos que tengan una larga duración temporal comporta dejar su contenido el mandato comunitario.

d) Otros pronunciamientos del TJUE sobre la materia

Como ya antes se ha indicado, la sentencia De Diego Porras 1 dio lugar, por las múltiples dudas que generó, a que se elevaran por los órganos judiciales españoles múltiples nuevas cuestiones prejudiciales. Si no me he descontado, además de los asuntos Montero Mateos y Grupo Norte Facility, S.A., se instaron por el orden social seis consultas adicionales al TJUE por el TJS de Galicia³².

³² Autos TSJ Galicia 05.04.2017, rec. 4812/2016, 27.12.2017, recs. (2) 3245/2017 y 3105/2017, 29.12.2017, rec. 2970/2017 y 12.04.2018, rec. 3105/2017.

En una de ellas —asunto Sindicato Nacional de CC.OO. de Galicia y otros— se preguntó al TJUE si las personas vinculadas con las Universidades mediante contratos predoctorales tenían derecho a percibir un resarcimiento derivado del cese o finalización de su contrato en la cuantía prevista en el art. 53 ET, puesto que la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación no preveía compensación alguna a este respecto. El auto TJUE de 19 de marzo de 2019 (asunto C-293/18) vino a responder que, aunque a dicho colectivo de personas les resultaba de aplicación el Acuerdo Marco, la inexistencia de indemnización no era discriminatoria con relación a la cláusula 4, reiterando los argumentos de los previos pronunciamientos analizados).

Por otra parte, en fecha 11 de abril pasado, el TJUE ha dictado (asuntos acumulados C-29/18, C-30/18 y C-44/18, Cobra Servicios Auxiliares, S.A.) nuevo pronunciamiento (también con relación a cuestiones prejudiciales formuladas por el TSJ de Galicia) con relación a extinción de contratos de obra o servicios por fin de la contrata que constituía su objeto, con tramitación en paralelo de un despido colectivo para las personas fijas, concurriendo, por tanto, una indemnización diferenciada.

La tesis del TJUE es prácticamente idéntica a los precedentes ya analizados. Así, se indica que, pese a que corresponde al órgano judicial nacional valorar si existe una similitud entre el colectivo de temporales e indefinidos, se desprende de las actuaciones que ambos realizaban idénticas funciones. Y, superado el juicio de comparación, se repite la argumentación de los antecedentes en la valoración de que, mientras para los contratos a tiempo cierto existe una condición extintiva pactada, no ocurre lo mismo con los indefinidos.

Debo confesar que no comparto estos argumentos. Al margen de la doctrina del abuso de Derecho que se desprende de la más reciente doctrina casacional con relación a la duración del contrato por obra o servicio (a la que luego se hará mención), desde mi punto de vista se vuelve a confundir «condición» con «causa». En efecto, es cierto que la figura contemplada en el art. 15.1 a) ET tiene como condición extintiva «la realización de la obra o servicio» ex art. 49.1 c) ET. Ahora bien, en ese supuesto la «condición» está condicionada por la «causa»; en otras palabras: si la principal no hubiera extinguido la contrata (la «causa»), la condición no se hubiera actualizado. De ahí que, en mi opinión, deba primar aquella. De hecho, el apdo. 52 de la sentencia comentada parece dejar en manos del órgano judicial inquiriente este aspecto, al afirmarse: «corresponde al tribunal remitente examinar si, habida cuenta de que los contratos de trabajo por obra o servicio de que se trata en los litigios

principales estaban vinculados a la duración de la contrata y esta se resolvió anticipadamente, es preciso considerar que se puso fin a dichos contratos de trabajo, antes del vencimiento del plazo que les había sido asignado, por una de las causas previstas en el art. 52 del Estatuto de los Trabajadores y si, por consiguiente, procede conceder a los interesados la indemnización prevista en el art. 53, apdo. 1, letra b), de dicho Estatuto».

2. Reflexiones pos De Diego Porras: las precariedades del modelo español

2.1. Las posibles razones del «ruido» judicial y académico tras De Diego Porras 1

Desde algunos sectores proclives a los poderosos, se ha puesto de moda últimamente hablar de «activismo judicial» (lo que no es otra cosa que una actualización del ya antiguo «uso alternativo del Derecho»). Aunque detrás del aforismo no existe otra cosa que un intento de presión a las personas que ejercen la función jurisdiccional en el orden social para que omitan su papel como órganos judiciales constitucionales y comunitarios y actúen más en lógica economicista que jurídica, el hecho cierto es que, sin quererlo, el caso de doña Ana de Diego ha abierto la puerta para que muchos jueces y juezas manifiesten, a través de sus pronunciamientos, una larvada disconformidad con el marco jurídico vigente en el ordenamiento español con relación a la contratación temporal. A veces se olvida que somos los iuslaboralistas los profesionales que en mejores condiciones estamos para detectar la problemática real de nuestras relaciones laborales. Y ello porque, a diferencia del pensamiento hegemónico economicista, que se basa en estadísticas, nosotros vemos cada día las causas de la conflictividad real.

Y hace muchos años que las personas que nos dedicamos al Derecho del Trabajo asistimos impotentes a un uso abusivo de la temporalidad contractual, sin que nuestro marco legal, pese a los constantes cambios, sea capaz de impedirlo. No deja de ser sintomático que en los últimos años apenas se diluciden ante los tribunales pleitos de despido por fraude en la contratación temporal. Alguien podría pensar que ello es debido a la superación de la cultura de la temporalidad —lo que es desmentido por las estadísticas y el sentido común—, o que obedece a una aceptación resignada del fenómeno por las personas asalariadas. No es así: lo

que ocurre es que la eliminación de los salarios de tramitación tras la reforma laboral de 2012 ha conllevado que —dada la escasa duración de los vínculos contractuales, en general— las indemnizaciones sean muy pequeñas, sin que ello compense los gastos de profesionales actuantes.

En buena medida (además de constantes cambios legislativos que han dotado de mayores capacidades decisorias a los empleadores y han limitado las capacidades de contrapoder colectivo), la «cultura de la temporalidad», junto con el uso abusivo de la contratación a tiempo parcial y determinadas prácticas de externalización, han sido las fuentes generadoras de la precariedad actual en nuestras relaciones laborales. Ahí está el fenómeno de los denominados «trabajadores pobres», que afecta esencialmente a las mujeres asalariadas. Y esas situaciones generadoras han sido abordadas con displicencia por el poder legislativo, limitándose a poner parches (como viene ocurriendo desde hace años con los contratos a término o ha ocurrido recientemente con la inicua medida del control horario) o a obviar el problema (como es el caso de la externalización).

Probablemente, todo ello explique por qué muchos jueces de lo social —de todo tipo de ideología— hayan acudido en masa —a veces sin que concurriera pretensión procesal de parte— a aplicar la doctrina De Diego Porras 1. De hecho, como ya antes se apuntaba, detrás del auto del TSJ de Madrid que lo desencadena todo, se intuye esa inquietud, lo que ocurre, también, en prácticamente todas las cuestiones prejudiciales; incluso en la propia STS UD de 13 de marzo de 2019 es apreciable implícitamente ese resquemor.

No hacen falta estudios estadísticos para alcanzar la conclusión de que nuestro marco normativo en materia de contratación temporal permite, en la práctica, usos abusivos generalizados, con aquellas funestas consecuencias.

Y es ahí donde reside la importancia real del debate jurídico y social sobre De Diego Porras: más allá de errores y correcciones, ha servido para evidenciar ese problema larvado que venimos arrastrando desde hace décadas.

Ahora bien: esa problemática no se deriva de la cláusula 4 del Acuerdo Marco, sino de la 5. Por eso, en mera apreciación personal, me parecieron ya en su momento más importantes las SSTJUE Pérez López y Martínez Andrés que la De Diego Porras, compartiendo fecha todas ellas.

Es por ello que me parece imprescindible abordar en la segunda parte de mi ponencia la cuestión desde esa otra perspectiva y sus posibles soluciones.

2.2. El principio de estabilidad en el empleo en el derecho español

¿Dónde está escrito negro sobre blanco en nuestro ordenamiento el principio de estabilidad en el empleo?

De hecho, el carácter indefinido *a limine* de los contratos temporales solo ha estado recogido en nuestro marco legal en el breve periodo de ocho años, desde la Ley de Relaciones Laborales de 1976³³ hasta la Ley 32/1984. Sin embargo, pese a que antes de aquella primera norma la regla general normativa era la libertad contractual³⁴, la doctrina judicial había impuesto como criterio hermenéutico el principio de estabilidad, que ha seguido perviviendo *in pectore* hasta nuestros días. Pero es en la reforma laboral de 1984 donde hay que situar la actual «cultura de la temporalidad»³⁵. En esos momentos, cuando el pensamiento economista empezaba a consolidarse, alguien llegó a la conclusión de que mediante la contratación temporal se creaba —por distribución— empleo. Y de ahí surgió la idea del contrato «de fomento del empleo»; por tanto, la posibilidad de contratación sin causa. Pese a que la práctica posterior puso pronto en evidencia que esa finalidad de incremento del empleo no tenía traslación práctica y que, en cambio, aumentaba notablemente la precarización, el modelo se mantuvo —con algunas variaciones— por los sucesivos gobiernos a lo largo de más de tres lustros³⁶.

³³ El art. 14 de la Ley de Relaciones Laborales de 1976 reguló por vez primera la indefinición del vínculo laboral, con la única excepción de los contratos eventuales, obra o servicio e interinidad (junto con otros supuestos). Esa misma inercia siguió posteriormente el Estatuto de los Trabajadores en 1980.

³⁴ El Código del Trabajo de 1926 vino a permitir la plena libertad de negociación a las partes, fijando la duración del contrato por el tiempo que se estipulara y contemplándose únicamente como singularidades los contratos «en relación a las obras y servicios públicos», de embarque y aprendizaje. La Ley de Contratos de Trabajo de 1931 introdujo algunos cambios en el anterior panorama: se afirmaba, así, en su artículo 21, que el contrato podía ser por tiempo indefinido, por tiempo cierto, *ex profeso* o *tácito*, o para obra o servicio determinado, aunque en este caso la falta de acuerdo expreso sobre la duración del contrato comportaba la aplicación del mínimo pactado en las bases o pactos colectivos (asimilables respectivamente a los actuales laudos de comisiones paritarios y convenios). Esa misma lógica siguió, ya bajo el franquismo, la Ley de Contratos de Trabajo de 1944, aunque suprimiendo las referencias sustitutorias de acuerdo colectivo.

³⁵ Véase CAVAS MARTÍNEZ, F., «El principio de estabilidad en el empleo: crisis y claves para su recuperación», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 58.

³⁶ Pese a los cambios experimentados en el art. 15 ET, el RDL 8/1997 siguió manteniendo el contrato de fomento del empleo, aunque para determinados colectivos, que fue final-

Ni siquiera la huelga general de 14 de diciembre de 1988, pese a los evidentes réditos sociales posteriores que en materia de protección social se derivaron de la misma, fue suficiente para alterar esa política de empleo, más allá de la instauración de la ineficaz copia básica, aún contemplada en el art. 8 ET.

Pese a todo, la evidencia de los efectos negativos que la cultura de la temporalidad comporta se acabó imponiendo poco a poco. Ocurrió primero en el terreno de la jurisprudencia (inicialmente muy permisiva, como en parte lo sigue aun siendo en el caso de Administraciones Públicas); y, posteriormente, fue el legislador el que, tras sucesivas modificaciones legales, vino a abolir de la ley la temporalidad sin causa. Sin embargo, esas intervenciones legislativas se han centrado esencialmente en aspectos incidentales respecto del contenido del contrato, como la limitación temporal de las distintas modalidades, una mejor concreción de la causa, la previsión de indefinición cuando se superan determinados límites temporales o la implantación de medidas «de castigo» (incremento de cotizaciones e implementación de indemnizaciones por fin de contrato), lo que ha ido acompañado de continuas campañas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

No deja de ser significativo que hoy ya nadie defienda la temporalidad como política de empleo. Por el contrario, son abundantes los estudios de todo tipo y de todas las tendencias ideológicas que ponen en evidencia los nefastos efectos que conlleva el escenario actual para propia economía, al afectar a la competitividad, a la formación y al gasto social en materia de desempleo. Y ello por no hablar por las incertidumbres y angustias que se ocasiona a las personas asalariadas; y en especial a las mujeres, que son las que más sufren esa precariedad.

El principio de estabilidad en el empleo en el derecho comunitario y su efecto en España

«Como se desprende del párrafo segundo del preámbulo del Acuerdo Marco y de los puntos 6 y 8 de las consideraciones generales de dicho Acuerdo Marco, el derecho a la estabilidad en el empleo se concibe como un componente primordial de la protección de los trabajadores, mientras que los contratos de trabajo de duración determinada solo pueden responder simultáneamente a las necesidades de los empleadores y de los trabajadores en ciertas circunstancias». Son estas reflexiones

mente derogado por el RDL 5/2001 y la posterior Ley 12/2001.

que hallaremos en múltiples sentencias del TJUE³⁷. Indirectamente, también el art. 7.1 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales de los Trabajadores regula una conclusión similar, al afirmarse en él que «la realización del mercado interior debe conducir a una mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores en la Comunidad Europea [...] mediante la aproximación, por la vía del progreso, de dichas condiciones, en particular en lo que respecta a [...] las formas de trabajo distintas del trabajo por tiempo indefinido, como el trabajo de duración determinada, el trabajo a tiempo parcial, el trabajo interino y el trabajo de temporada». Y hay que recordar que el art. 151 TFUE sigue remitiendo a dicha norma comunitaria.

El principio de estabilidad en el empleo está esencialmente recogido en la cláusula 5 del Acuerdo Marco, reclamando a los Estados miembros que adopten medidas preventivas contra «los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada».

Un análisis comparativo entre la norma comunitaria y el marco jurídico español pone en evidencia una cierta disincronía entre ambos. En efecto, el Acuerdo Marco no observa en modo alguno la figura del «fraude de ley», sino la del «abuso en la contratación». En ese contexto, el modelo de la Unión parte de dos apriorismos. En primer lugar, de que los contratos de trabajo son indefinidos *per se*, pero que, sin embargo, pueden concurrir —con relación a las necesidades de flexibilidad productiva, estacionalidad o peculiaridades de algunos sectores, ocupaciones y actividades— la necesaria concurrencia de «razones objetivas» que los justifiquen («tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado»). Y en segundo lugar, de que el abuso en la temporalidad surge del encadenamiento («utilización sucesiva»), no de un único contrato. Esa es estrictamente la finalidad de la Directiva a esos efectos.

Y con dicho objetivo, se exige la adopción de, al menos, una de las siguientes tres medidas (apdo. 1 de la cláusula 5): a) el establecimiento de «razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos»; b) la regulación de la «duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo»; y/o c) concreción del «número de renovaciones». Y en el apdo. 2

³⁷ En concreto, dicho redactado está extraído de la sentencia de 14 de septiembre de 2016 (asunto C15/16, Pérez López), con cita de las SSTJUE 04.07.2006 (Adeneler), 03.07.2014 (Fiamingo), 26.11.2014 (Mascolo). También se reitera en la STJUE 25.10.2018 (Sciotto).

de la cláusula establece que «cuando resulte sea necesario», los Estados «determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada» tendrán el carácter de «sucesivos» o «se considerarán celebrados por tiempo indefinido».

En el Estado español —uno de los países comunitarios, sino el que más, donde la temporalidad es más elevada—, la lucha contra la temporalidad se ha estructurado siempre sobre la figura del «fraude de ley», del art. 15.3 ET. Pese a que la legislación laboral no define qué debe entenderse por «fraude de ley», es evidente que la expresión remite ineludiblemente al contenido del art. 6.4 CC; esto es: «los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él». Ello determina que, en definitiva, el arquetipo diseñado por el legislador para aplicar la presunción de indefinición sea el del uso del contrato temporal para cubrir necesidades estructurales, y no meramente coyunturales, de mano de obra. En buena medida, es ese el eje central sobre el que se ha construido la doctrina judicial en la materia: se ha aplicado, así, el art. 15.3 ET en aquellos casos en los que el objeto pactado en el contrato no guarda relación con el trabajo efectivamente efectuado o cuando no concurre causa de temporalidad real o cuando esta no se adecua al mandato legal. Sin embargo, también se ha acudido a dicha presunción en otros supuestos que, en principio, difícilmente pueden ser calificados de fraude de ley; así, la superación del ámbito temporal acordado (tipo incluido en los precedentes normativos, actualmente desaparecido en el texto de la ley pero vigente en el art. 8.2 del reglamento de contratos temporales para la modalidad eventual) u otras situaciones que, en principio, serían más propias de un incumplimiento de los elementos formales del contrato, como la falta de referencia a la modalidad legal o la inexistencia expresada de causa. Pero, en todo caso, pese a esa múltiple casuística, son escasos los pronunciamientos que acuden a la fuente conceptual; por tanto, intentar definir qué debe entenderse por fraude de ley³⁸.

³⁸ Aunque hallaremos algunos pronunciamientos que intentan abordar ese aspecto, como, por ejemplo, la STS UD 21.03.2002, rec. 2456/2001: «el fraude de ley del que habla el último precepto no implica siempre y en toda circunstancia, una actitud empresarial estricta y rigurosamente censurable, desde una perspectiva moral, social o legal (*dolus malus*), sino la mera y simple constancia de que la situación laboral contemplada no implica eventualidad alguna, y sí una prestación de servicios que es clara manifestación del desarrollo normal y habitual de la actividad empresarial».

De esta manera el «fraude de ley» se ha convertido en una especie de cajón de sastre, donde se han integrado tanto prácticas que incurren en el mismo como otras que, teóricamente, no serían tal, sino abuso de derecho.

La legislación española ha ido trasponiendo en forma un tanto artificial y tardía la cláusula 5 del Acuerdo Marco, como pone de manifiesto la propia evolución histórica. Así, desde sus inicios (y al margen de la figura del fraude de ley) la Ley Estatuto de los Trabajadores solo contemplaba dos garantías al respecto: por un lado, la pervivencia del contrato con carácter indefinido, salvo prueba en contrario, si no se denunciaba cuando vencía la condición extintiva pactada; por otro, la duración máxima de la modalidad de eventual por circunstancias de la producción. Con posterioridad (Ley 63/1997) el legislador vino a permitir una cierta disponibilidad colectiva con relación a las modalidades de las letras a) y c) del art. 15 ET.

La trasposición de la Directiva 1999/70/CE (aunque insólitamente esta no se citaba en ningún momento) tuvo lugar a través del RDL 5/2001, introduciendo dos genéricas previsiones en el art. 15. Así, se reguló el principio de no discriminación entre temporales e indefinidos en las condiciones de trabajo —cláusula 4 del Acuerdo Marco— y se introdujo en aquel precepto la posibilidad de que «mediante convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, en los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior [una regla de concurrencia que desapareció con la Ley 12/2001], se podrán establecer requisitos adicionales dirigidos a prevenir los abusos en la utilización sucesiva de la contratación temporal». Curiosamente, el legislador español llegó en aquellos momentos a la conclusión de que la lucha contra el abuso de derecho no le competía, delegando esa obligación en la negociación colectiva. Por otra parte, como mecanismo disuasorio ante el abuso de la contratación temporal se introdujo —como ya antes se apuntaba— la indemnización por fin de contratos temporales (aunque con la exclusión de determinados contratos, entre ellos el de interinidad).

No es hasta el RDL 5/2006 (de nuevo sin cita del Acuerdo Marco, pero con denominada Estrategia de Lisboa) cuando la ley asume el mandato de la Directiva estableciendo que en el caso de encadenamiento de contratos temporales «para el mismo puesto de trabajo con la misma empresa» se consolida la condición de fijo si se supera el término de veinticuatro meses dentro del plazo de referencia de treinta, aunque excluyendo los contratos formativos, de relevo e interinidad³⁹ (incluyendo a

³⁹ Es notorio que dicha medida fue suspendida por unos meses por el RDL y la Ley 3/2012.

las Administraciones públicas en la DA 15.^a ET 95'). Y, a su vez, se contempla la disponibilidad de los convenios con relación a «los requisitos» y en función de «las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo». Por otra parte, el mentado RDL 5/2006 vino a establecer otra medida «disuasoria»: el incremento de la cotización a desempleo en el caso de contratos temporales.

Posteriormente, el RDL 10/2010 (y la Ley 35/2010) avanzó en la transposición del Acuerdo Marco en tres aspectos: a) incluyendo un límite de tres años (con disponibilidad de ampliación en doce meses por convenio) para la duración del contrato por obra o servicio; b) eliminando la exigencia de identidad del puesto de trabajo, y c) incrementado de ocho a doce días la indemnización anual por fin de contrato.

El panorama legislativo español para el cumplimiento de la cláusula 5 del Acuerdo Marco se ha centrado, pues, en tres ejes: la inclusión de límites a la duración de los contratos eventuales y de obra o servicio, la conversión de los vínculos temporales en indefinidos cuando se superan los términos del art. 15.5 ET y la imposición de indemnizaciones extintivas, aunque el contrato sea causal y con la exclusión de los de interinidad y formativos. En consecuencia, el Estado español cumple, al menos, con una de las medidas —obligatorias— del apdo. 1 de la cláusula 5, y con otra de las potestativas del apdo. 2.

Por otra parte, aunque, como se ha visto, la Ley delega en la negociación colectiva determinados aspectos con la finalidad de establecer medidas contra el abuso en la temporalidad, no puede afirmarse —salvo contadas excepciones— que sea este un aspecto con un excesivo desarrollo garantista en ese plano⁴⁰. Más bien al contrario: no son infrecuentes los convenios que tienden sistemáticamente a elevar la duración máxima de los contratos eventuales. No deja de ser sintomático que, de conformidad con el *Anuario de Estadísticas Laborales*, en 2017 solo el 5,69 % de los convenios de dicho año registraran datos respecto a la prevención del abuso en la contratación temporal.

⁴⁰ Véase un estudio al respecto: VILA TIerno, F., «Modalidades de contratación y empleo», *Temas Laborales*, 140 y MORÓN PRIETO; R., «El papel de la negociación colectiva en la contratación laboral y el empleo», *Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, 1.

3. Algunas reflexiones sobre cómo acabar con la cultura de la temporalidad

3.1. La cultura de la temporalidad

Sobre el papel, el marco normativo español se adecuaba, más o menos, al mandato comunitario. En nuestro sistema —aunque la Ley no lo diga en forma expresa— rige el principio de estabilidad en el empleo y el acceso a la contratación es causal y excepcional, habiéndose establecido límites para prevenir el abuso en el caso de encadenamiento de contratos, así como, en algunas modalidades, duraciones máximas.

Pero ocurre que ese desiderátum legal no se traslada a la realidad del mundo de las relaciones laborales: ahí están las estadísticas de empleo para poner en evidencia esa disfunción, constituyendo una anomalía en el panorama laboral europeo. No es, pues, extraño que el ordenamiento español haya sido reiteradamente puesto en solfa por la doctrina del TJUE, sacándonos los colores.

Es cierto que nuestro sistema productivo está basado en gran parte en actividades estacionales (construcción y turismo); sin embargo (al margen de la obvia necesidad de regular, de una vez por todas, un contrato indefinido a tiempo parcial a llamada con las suficientes garantías para las personas asalariadas), también es evidente la notoria desproporción entre el empleo en esos sectores y las tasas de temporalidad. Así lo constata el propio Banco de España (como es sabido, nada proclive a incrementar tuteladas sociales), en un reciente informe. Bien puede afirmarse, pues, que la «cultura de la temporalidad» ha pasado a ser una enfermedad crónica de nuestro sistema de relaciones laborales. Y no solo en el sector privado: probablemente los mayores niveles de temporalidad se sitúan desde hace años en el ámbito del empleo público.

Si nos detenemos en un análisis del porqué de esa anomalía, es apreciable, desde mi punto de vista, la existencia de dos causas. Una, sistémica, en tanto que existen evidentes zonas grises en nuestro marco legal que permiten elevados niveles de la temporalidad; la otra deriva de la práctica real existente en nuestra realidad.

Así, la ley tiene evidentes agujeros legislativos. Al margen de la contratación de personas con discapacidad —donde aún rige la falta de causa— y determinadas relaciones laborales especiales de *iure* (y de facto, como el personal investigador o los profesores de religión), no parece que el marco legal vigente ofrezca suficientes garantías a las personas asalariadas en el caso de contratos de obra vinculados a las contra-

tas (pese al indudable paso adelante que ha significado la STS UD de 19 de julio de 2018) y, en especial, en los distintos subtipos del contrato de interinidad. A lo que cabe añadir la cierta flexibilidad que la doctrina judicial permite en el caso de Administraciones Públicas, en especial para los supuestos de absentismo estructural.

Sin embargo, esas carencias legislativas no justifican los abrumadores datos estadísticos sobre la realidad de la temporalidad en nuestra experiencia. Y ello porque de los 19.572.053 contratos temporales registrados en 2017, el 41,5 % respondían a la modalidad de obra o servicio y el 48,1 % a la de eventual. Es decir: el resto de modalidades contractuales son, en la práctica, residuales. Es aquí —en la tozuda realidad de estos porcentajes— donde reside buena parte de la razón explicativa de eso que hemos denominado «cultura de la temporalidad».

3.2. Propuestas políticas de cambio (y crítica al contrato único)

No deja de ser curioso efectuar un sucinto análisis de las diversas proposiciones de los partidos políticos más significativos en sus programas de cara a las recientes elecciones. La más inconcreta fue la de Vox, que se limitó a abogar por una reducción de la cotización empresarial por la contratación indefinida de personas (de nacionalidad española) desempleadas. Por su parte, el Partido Popular hacía mención al establecimiento de mecanismos que penalizaran la contratación temporal a través de sanciones administrativas, de la negociación colectiva y mediante la regulación del encadenamiento de contratos. La propuesta más elaborada fue la de Unidas Podemos, en la que se abogaba por un único contrato temporal «por causas productivas absolutamente imprevistas (no campañas ni estaciones) y organizativas estrictas, como sustituciones por bajas (interinidad)», con una duración mínima de un mes y un máximo de seis meses, transcurridos los cuales la relación devendría indefinida; a lo que se añadía que, en el caso de fraude de ley, la calificación judicial del despido sea la nulidad. También el PSOE propuso la articulación de un único contrato temporal, junto con una genérica referencia a reforzar la causalidad y la lucha contra el fraude.

Pero, a efectos de estas reflexiones, me interesa centrar el foco en el programa de Ciudadanos: «eliminaremos los contratos temporales: todos los contratos serán indefinidos». Pese al escueto redactado, se antoja evidente —a la luz de los antecedentes propositivos de dicha organización— que se estaba propugnando la implementación del contrato único. No es esta una idea nueva, ni tiene su origen en el mentado par-

tido. Probablemente su origen se tenga que buscar en la denominada «propuesta para la reactivación laboral en España» formulada hace ahora un decenio por cien economistas (muchos de ellos vinculados a FE-DEA, una fundación de pensamiento económico cuyos patronos son básicamente ese conglomerado de empresas que se conocen como Ibex 35), en la que se abogaba por la supresión del régimen dual de contratación y la eliminación de las modalidades temporales —con la única excepción de la interinidad—. La reactivación de la contratación indefinida que tal medida implicaría se compensaría facilitando y abaratando el despido para los trabajadores y trabajadoras fijos/as. De este modo, la empresa tendría libertad para poner fin en cualquier momento a todo tipo de la relación laboral, asumiendo el pago de una indemnización cuyo importe dependería de la antigüedad de la persona asalariada.

Dicha propuesta contó pronto con nuevos apoyos de distintas instancias (patronal, organismos europeos y *think tanks* económicos, etc.). Y finalmente, llegó al terreno político de la mano de Ciudadanos, que la incluyó en los pactos de gobierno alcanzados en su momento con el PSOE y con el PP. Aquel partido volvió a insistir en solitario en su propuesta en una proposición de ley en febrero de 2018, rechazada por el Congreso en el mes de julio, y se reiteró, como se acaba de ver, en su programa electoral.

La ciencia médica nos enseña que, ante una pandemia, en primer lugar hay que hacer un estudio epidemiológico, intentado buscar las causas, porque es ahí donde reside la solución. Pues bien, el contrato único acierta en el diagnóstico de la enfermedad, pero no se pregunta por qué los empleadores en muchos sectores siguen utilizando la temporalidad sin causa. Claro que siempre puede recurrirse al tópico de «despedir es muy caro», pero ocurre que si alguna vez ha sido cierto, ese mantra ya no se adecua a la realidad. En primer lugar, porque, si se acude a las estadísticas laborales, se puede comprobar que el coste del despido tiene una muy escasa incidencia en los empresarios ante la expectativa de nuevos contratos; lo que prima es la necesidad de cubrir puestos de trabajo ante la expansión del negocio. Pero en segundo y significativo lugar: ocurre que las continuas reducciones del coste del despido a las que asistimos desde hace decenios no han tenido incidencia alguna en las porcentajes de contratos a tiempo cierto.

Ocurre que lo que incentiva la temporalidad no reside solamente ni principalmente en el coste del despido, sino en el mayor poder empresarial que de la misma se deriva. A la hora de trabajar más horas —a veces sin remuneración—, de reclamar incrementos salariales o el cumplimien-

to del convenio o de normativa preventiva, un temporal sabe que cualquier queja puede comportar que se quede en la calle. Siempre se puede acudir, por su contraparte, al «ahí fuera hace mucho frío» o al «tengo diez parados esperando cubrir tu puesto de trabajo» ante la más mínima negativa a acatar órdenes o instrucciones de trabajo, aunque sean exorbitantes. Por eso, el contrato único no es ninguna medicina para curar la enfermedad de la temporalidad: lo que en realidad comportaría sería extender la patología a todo el colectivo asalariado, al generalizar el despido libre y, al mismo tiempo, mantener indemnizaciones ínfimas por extinción contractual durante los primeros meses y años de vigencia del contrato de trabajo.

Y a ello cabe añadir que esa propuesta choca con el actual marco jurídico. Ese modelo comportaría el reconocimiento en España, sin más, del desistimiento empresarial, algo hoy por hoy imposible, salvo que denunciemos el Convenio 158 OIT (aunque es esta una norma internacional ninguneada por la jurisprudencia). Además, concurren serios problemas constitucionales para ello: en la práctica, conllevaría que el control judicial de la extinción quedara limitado a supuestos de vulneración de derechos fundamentales o de discriminación, impidiendo cualquier análisis de fondo de la causa del despido, salvo fraude o abuso de derecho, de imprecisos términos. No está de más traer aquí a colación algo que no ha tenido prácticamente impacto mediático: una idea similar se llevó a la práctica en Italia con el Decreto Legislativo 23/2015 (posteriormente enmendado en parte por el denominado «*decreto dignità*»), con el objetivo de luchar con la dualidad del mercado de trabajo entre quienes tienen un empleo estatal y las personas asalariadas con contratos a tiempo cierto. Y a dichos efectos, se creó el denominado «*contratto a tutele crescenti*», en forma tal, que en caso de extinción, la indemnización se iba incrementando progresivamente en función de la antigüedad... ¿le suena eso al lector? Pues bien, parte de esa norma (la relativa al control judicial del despido) ha sido declarada por la Corte Costituzionale contraria a la Constitución italiana con relación al art. 24 —tutela ante el despido— de la Carta Social Europea (revisada).

3.3. La necesidad de un cambio legislativo

Sin embargo, descartar la idea del contrato único (tan del gusto del pensamiento economicista hoy hegemónico) no comporta que pueda seguirse manteniendo el actual estado de las cosas. Ha llegado el momento de abordar, de una vez por todas, el fin de la cultura de la temporalidad

en nuestro marco de relaciones laborales, tan característico en España. Ya no se trata de «parchear» el sistema legal, como se ha hecho hasta ahora, sino de atacar el fenómeno de raíz. Y desde ese punto de vista, parecen necesarios y urgentes cambios legislativos de calado.

Desde la perspectiva estrictamente sistémica, es aconsejable cubrir significativos vacíos legales vigentes. Así, por ejemplo, integrar la causalidad en los contratos de fomento del empleo personas con discapacidad (requisito hoy inexistente, con relación a la Ley 42/1994, vigente aun tras la Ley 13/1996) o proceder a una regulación más garantista respecto al régimen contractual temporal de la enseñanza (universidades y docentes de religión), así como repensar la equívoca figura de los indefinidos no fijos.

Pero también es preciso delimitar con mayor precisión la regulación de la interinidad en varias facetas. En primer lugar, el interinaje por sustitución no puede superar determinados términos, en tanto que —como le ocurrió a doña Ana de Diego— una excesiva duración conlleva que aquello que era una fuente de ingresos del trabajo momentánea, se acabe convirtiendo con el decurso del tiempo en una expectativa de permanencia. Lo mismo ocurre en el caso de cobertura de vacante (máxime cuando, como aconteció con la señora Montero Mateos, la provisión de la plaza no tiene lugar hasta muchos años después). Una cosa es que la persona contratada sepa de antemano que, si se trata de cobertura de la vacante de alguien en situación de incapacidad temporal, la duración máxima será, a lo sumo, de un año y medio (o 720 días en algún supuesto); otra, que la condición extintiva pactada se demore sin límite y genere incertidumbre. Por ello, la propuesta de la comisión de expertos antes expuesta (la consolidación del estatus de fijeza una vez transcurrido un tiempo prudencial, en forma tal que, tras su decurso, el fin del contrato deba canalizarse por la vía de la extinción objetiva) parece perfectamente válida.

A una conclusión similar cabe llegar respecto al contrato por obra vinculado a una contrata. En este punto, parece necesario abordar de forma integral y de una vez por todas una nueva regulación de la externalización (como se comprometió el actual Gobierno en funciones, sin que finalmente esa medida se pusiera en práctica), entre cuyos contenidos se integren los efectos contractuales. Se trata, por tanto, de revisar la doctrina jurisprudencial que adaptó (a «martillazos») esa modalidad contractual a las contrata (criterio en parte revisado, como luego se analizará). Aun siendo cierto que tras la reforma experimentada por el RDL 10/2010 y la Ley 35/2010 existe actualmente un límite de tres años,

también lo es que una contrata carece, en determinados sectores, de autonomía y sustantividad propia. Una cosa es que la empresa precise, para prestar servicios para otra, mano de obra por una contrata de escasa duración de tipo puntual, y otra, que dicha contrata tenga una extensa o indeterminada duración. A lo que cabe añadir que no parece lógico que aquellas empresas que tienen como principal función la externalización puedan poner fin al vínculo contractual (por fin del contrato o por causas productivas) sin más y sin tener que acreditar (como se desprende de la doctrina casacional mayoritaria⁴¹) que pueden emplear a la persona afectada en otros servicios. Y en esa tesitura parece imprescindible regular, de una vez por todas, las denominadas empresas multiservicios, su régimen legal y contractual.

Finalmente, en cuanto a los cambios del marco normativo, hay que dar respuesta, de una vez por todas, a la situación que se genera en las grandes empresas, en las Administraciones y el sector público, y especialmente, en el la sanidad, para la cobertura de ausencias. Es conocido que en determinados sectores concurre un absentismo justificado de tipo estructural y no meramente coyuntural (siendo el paradigma, Correos). Y ello conlleva que esas empleadoras acudan al encadenamiento continuado de contratos temporales de diverso tipo (en especial, interinidad), generalmente a través de las denominadas bolsas de trabajo. Aunque dichas prácticas han sido aceptadas en forma acrítica por la doctrina casacional⁴², el hecho cierto es que chocan frontalmente con la cláusula 5 del Acuerdo Marco y la doctrina del TJUE (asuntos Pérez López y Martínez Andrés). Para dar una solución legal a esas situaciones, parecería necesario regular, de una vez por todas, un contrato indefinido a llamada, en el que se concretara un número máximo y mínimo de tiempo de trabajo y se establecieran garantías suficientes para las personas asalariadas (periodo suficiente de preaviso, posibilidad de negativa, garantía mínima de salario, etc.).

Sin embargo, esas propuestas legales no parecen suficientes para acabar con la cultura de la temporalidad imperante; por tanto, su utilización masiva como instrumento para dotar de mayor poder a los empleadores. Y se antoja evidente que el problema que creó el legislador en

⁴¹ Véase, entre otras, las SSTs UD 30.06.2015, rec. 2769/2014, 03.05.2016, rec. 3040/2014, 31.01.2018, rec. 1990/2016, 09.01.2019, rec. 108/2018, etc. Matizando dicha doctrina: SSTs UD 26.04.2013, rec. 2396/2012.

⁴² Por todas, la más reciente STS UD 31.05.2018, rec. 3528/2016.

1984 lo ha de resolver el propio legislador. Pues bien, la solución más lógica no es la de igualar a la baja el poder contractual entre indefinidos/as y temporales («igualar por abajo», como pretenden los partidarios del contrato único), sino la de empoderar a estos últimos, dotándolos de mecanismos efectivos de defensa ante el fraude de ley («igualar por arriba»). El incremento del poder negocial de quienes han sido contratados a tiempo cierto parece difícil de articular en el momento de la entrada; sin embargo, es simple hacerlo en el momento de la salida. Y ahí son posibles diversas opciones. Por ejemplo, la inversión, en estos casos, del derecho de opción, caso de improcedencia; por tanto, que sea el temporal contratado sin causa o sin causa suficiente el que opte bien por la readmisión, bien por la indemnización, con el consiguiente efecto de devengo de salarios de tramitación, como ocurre con los representantes unitarios, sindicales y de prevención en el art. 56.4 ET. También sería factible sancionar el fraude de ley con la calificación de nulidad, (como propone Unidas Podemos), aunque es esta una solución que no comparto, en tanto que ello obligaría a la persona afectada a reintegrarse siempre en el puesto de trabajo (salvo aplicación del art. 286 LRJS). O, por seguir con la ejemplarificación, sería posible un incremento exponencial de la indemnización (con el fin de resarcir no únicamente el fin indebido del contrato, sino también el propio fraude en la contratación).

3.4. ...Y también: un cambio jurisprudencial: el abuso de derecho como alternativa

Olvidémonos de doña Ana de Diego Porras y despedámosla con los honores que merece, pese a su frustrante resultado judicial, haber puesto encima de la mesa iuslaboralista, espero que de una vez por todas, la problemática de la contratación temporal en España. Pero agradezcámosle también que el «ruido» que ha despertado su caso ha servido para que, en forma indirecta, en otros pronunciamientos coetáneos y posteriores (Montero Mateos, Cobra Servicios Auxiliares, S.A., Pérez López y Martínez Andrés), el TJUE nos haya situado ante el espejo: nuestro problema no está en la tan discutida cláusula 4 del Acuerdo Marco, sino en el abuso de la temporalidad de la cláusula 5 (incluso en aquellos casos en los que no existe encadenamiento contractual).

Hay que exigirle al legislador un cambio radical de nuestro modelo, tal y como antes se apuntaba; pero también los propios órganos jurisdiccionales hemos de replantearnos algunos criterios doctrinales consolidados (en especial, en el terreno de las Administraciones Públicas). Y, a

dichos fines, mientras no existe una nueva regulación, parece evidente que la figura del fraude de ley, a la que tradicionalmente hemos acudido, no es útil en muchos supuestos. Como antes se ha apuntado, la aplicación del art. 15.3 ET ha seguido una aplicación básicamente empírica en la doctrina judicial, que ha sido renuente a avanzar en un terreno doctrinal de índole conceptual. Pese a la indeterminación de qué debe entenderse por «fraude de ley» en el mentado precepto (salvo contados pronunciamientos⁴³), se ha optado básicamente por integrar en la presunción legal del carácter indefinido del contrato todos aquellos supuestos en los que concurría alguna ilicitud, tanto sustantiva como meramente formal.

Sin embargo, en los últimos tiempos empieza emerger un nuevo paradigma: el abuso de derecho del art. 7.2 CC⁴⁴.

Así, por ejemplo, la STSJ de Cataluña de 2 de mayo de 2017 (rec. 7411/2016, sala general) que, tras las citadas SSTJUE, vino a considerar que los supuestos de constante encadenamiento de contratos temporales con la misma persona para cubrir las continuas ausencias de personal incurrían (Hospital Clínic) en un abuso de derecho, lo cual comportaba el carácter indefinido del vínculo contractual⁴⁵. O, en sentido similar, las últimas sentencias del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2018 (recs. 823/2017, 824/2017, 972/2017 y 1037/2017) con relación a la adecuación de legalidad de los contratos por obra o servicios anteriores al RDL 10/2010 para prestar servicios en una contrata. En dichas sentencias, el TS no aplica la figura del fraude de ley —dado que no es apreciable nin-

⁴³ Valga como ejemplo la STS UD 24.11.2015, rec. 1681/2014: «el fraude de ley que define el art. 6.4 CC es una conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico, que no debe ser confundida con la mera infracción o incumplimiento de una norma (SSTS de 31 de mayo de 2007, rec. 401/06, y de 16 de enero de 1996, rec. 693/95), teniendo en cuenta además, que la existencia del fraude o del abuso de derecho no puede presumirse. Solo podrán declararse si existen indicios suficientes para ello, que necesariamente habrán de extraerse de hechos que aparezcan como probados, lo que no significa que tenga que justificarse específicamente la intencionalidad fraudulenta, sino que es suficiente que los datos objetivos revelen el amparo en el texto de una norma y la obtención de un resultado prohibido o contrario a la ley (STS de 19 de junio de 1995, rec. 2371/94.); o que se acredite su existencia mediante pruebas directas o indirectas, como las presunciones (SSTS de 24 de febrero de 2003, rec. 4369/01 y de 21 de junio de 2004, rec. 3143/03)».

⁴⁴ Véase FALGUERA BARÓ, M. A., «El abuso de derecho en la contratación temporal (y en el Derecho del Trabajo)», *Ciudad del Trabajo*, 15.

⁴⁵ Doctrina que dicha sala ha continuado aplicando, incluso en el caso de Correos, como es de ver en las SSTSJ Cataluña 12.02.2018, rec. 5923/2017, 15.02.2018, rec. 6258/2017, 22.02.2018, rec. 7366/2017, 28.02.2018, rec. 7366/2017, etc.

guna simulación de contrato—, sino un abuso de derecho, haciendo mención precisamente a la cláusula 5 del Acuerdo Marco⁴⁶.

Es esa una tendencia que resultará posiblemente imparable en el futuro, en tanto que —como ya se ha afirmado anteriormente— el Acuerdo Marco no regula el fraude de ley, sino el abuso en la contratación (eso sí: en el caso de encadenamiento), imponiendo a los Estados miembros la obligación de establecer medidas preventivas.

Esa resituación del abuso de derecho en el análisis de la antijuridicidad conlleva, a mi juicio, una nueva perspectiva para luchar contra la patología de la temporalidad en nuestro sistema de relaciones laborales, en tanto que, en muchos casos, el uso de los contratos a tiempo determinado no incurre —formalmente— en fraude de ley (simulación), pero resulta notoriamente abusivo. Al margen del uso excesivo de contratos formativos (en especial el de formación y aprendizaje, aunque tras la entrada en vigor del areal Decreto Ley y la derogación del apdo. 1 de la DT 2.^a ET, dicha modalidad ha recobrado el límite de edad máxima), sería posible un análisis judicial sobre el carácter desmesurado de la duración de los contratos eventuales y por obra o servicio (en especial, por el tratamiento expansivo del tiempo máximo pactado en muchos convenios), con relación a las necesidades reales de la empresa.

Posiblemente, la lógica de la potenciación del abuso de derecho aparecería en forma más clara respecto a la modalidad contractual de interinidad, en tanto que, con ello, podría emerger una salida en los supuestos de prácticas «dudosas», tanto por lo que hace a los de sustitución (por ejemplo, cuando concurre una modificación funcional significativa) como de cobertura de vacante (poniendo así fin a la práctica generalizada en algunas Administraciones Públicas de perpetuar dichas situaciones). Si se acude a la aplicación del abuso de derecho —lo que depende, obviamente, de las circunstancias concurrentes— la conclusión (con relación a las referencias que se efectuarán acto seguido) es la declaración de existencia de una relación indefinida, con los efectos propios de la improcedencia del despido del art. 56 ET. Otro tanto ocurriría con la interinidad por cobertura de vacante, en tanto que se ha afirmado

⁴⁶ Esta aplicación del fraude de ley se deriva de su propio contenido: «matizando y actualizando nuestra doctrina, hemos de advertir que la “autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa” pedida por el legislador para legitimar el recurso a esta modalidad contractual deja de concurrir cuando la contrata se nova y es sucedida por otra diversa. Lo contrario acaba desembocando en un abuso de derecho (art. 7.2 CC), que deslegitima lo inicialmente válido».

por el TJUE (sentencia de 26 de noviembre de 2014, asuntos C-22/13, C-61/13 a C-63/13 y C-418/13, acumulados) que el Acuerdo Marco se opone a una normativa nacional que permite la continua renovación de contratos a plazo, sin indicar plazos concretos para la conclusión de los procesos selectivos.

Obsérvese que la lógica de fondo de esta reivindicación de aplicación judicial del abuso de derecho en la contratación temporal no se sustenta en modo alguno en el elemento subjetivo en su conformación (no es exigible una intención de perjudicar o la inexistencia de un fin ilegítimo), sino en el objetivo: el carácter excesivo de la contratación temporal.

De esta forma, aquello que devendría esencial es el factor temporal: aunque inicialmente la contratación se adecuó a legalidad, el decurso del tiempo conlleva que el mantenimiento de una condición resolutoria pactada devenga abusivo, con afectación *ex post* a la buena fe (art. 1258 CC). Esto es, en un momento determinado, la nota de «coyunturalidad» desaparece y las necesidades de plantilla devienen estructurales.

No es contrario a la buena fe ni a la equidad que una empresa acuda a un contrato de interinidad o eventual para cubrir las continuas ausencias laborales de su personal fijo; sin embargo, ello no puede comportar que, como ocurre con frecuencia en la práctica, las personas asalariadas mantengan el estatus de temporalidad a lo largo de muchos años mediante múltiples encadenamientos. Como tampoco adolece de iniquidad que se suscriba un contrato de interinidad por cobertura de vacante; pero sí lo es mantener esa situación durante mucho tiempo porque la plaza, contra las previsiones legales, no sale a concurso⁴⁷ (una lógica también aplicable a determinados supuestos de indefinidos no fijos). Por tanto, no es que el contrato temporal sea ilícito inicialmente: deviene tal en función del tiempo. Si bien se mira, esa lógica ha sido la aplicada por el propio TS en las sentencias sobre la modalidad de obra o servicio en el marco de una contrata a las que antes se hacía mención.

Sin duda que esa aplicación expansiva del art. 7.2 CC en la contratación temporal puede ser criticada con sólidos argumentos. Así, se puede objetar que, en forma reiterada, la doctrina judicial viene indicando que el abuso de derecho —como ocurre, con algunos matices, con el fraude de ley— no se presume sino que ha de ser probado⁴⁸. Sin embargo, el

⁴⁷ Véase la STS UD 26.07.2006, rec. 3160/2005, en la que desde la suscripción del contrato hasta el momento de la cobertura transcurren cinco años.

⁴⁸ Por todas: STS UD 24.11.2015, rec. 1681/2014.

efecto de temporalidad que comporta que un contrato ilícito devenga inícuo, determina que el simple sentido común conlleve un análisis de las circunstancias concurrentes basado en la mera lógica y la notoriedad.

También puede aducirse en contra de estas reflexiones que por la propia lógica conformadora del abuso de derecho y sus base sustantiva en un juicio de equidad, los subjetivismos judiciales son inevitables (lo que comporta, además, inseguridad a los justiciables); sin embargo, teniendo en cuenta el carácter de *ultima ratio* que caracteriza la aplicación del art. 7.2 CC, es obvio que esa válvula de escape ha de aplicarse únicamente en supuestos extremos, como los antes expuestos a modo de ejemplificación.

Otra posible crítica hallaría sustento en los efectos negativos sobre la confianza legítima empresarial en el uso del marco legal. Pero, ante dicha racional alegación cabrá indicar la necesaria ponderación de los intereses de las personas asalariadas (no olvidemos que se trata de un juicio de equidad), que pueden permanecer en situación de indeterminación a lo largo de extensos periodos de tiempo.

Y, finalmente, la duda de mayor calado que puede derivarse respecto a la posible —y, creo, deseable— aplicación de la figura del abuso de derecho en la contratación temporal, reside en la indeterminación de los efectos de la apreciación judicial de su concurrencia. Y ello porque el carácter indefinido del contrato solo se presume al art. 15. ET por fraude de ley, sin expresa mención al abuso de derecho. A lo cual podría añadirse que el art. 7.2 CC no regula —a diferencia del art. 6.4 CC— la consecuencia de la aplicación directa de la norma que se ha pretendido eludir. Si bien el vacío legal es evidente, está claro que la constatación judicial de existencia de abuso de derecho no puede restar ineficaz, dado que existe un mandato comunitario expreso (la cláusula 5 de la Directiva 99/70/CEE) reclamando la adopción de medidas por los Estados para prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada. Pues bien, si se acude al art. 7.2 CC, se puede comprobar que en el mismo se prevén dos consecuencias por el caso de concurrencia. En primer lugar, una indemnización, que en el terreno laboral tendría que comportar la primacía aplicativa del art. 56 ET por encima del art. 1.101 CC, si la acción judicial tiene lugar a la finalización del contrato—. Y, en segundo lugar, «la adopción de medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso». En cuanto a esta segunda medida, cabe observar (inexistente ningún tipo sancionador a la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social [LISOS]) que la cláusula 5 del Acuerdo

Marco no contiene un redactado cerrado de obligado cumplimiento para los Estados miembros, dejando su desarrollo a la normativa de cada país, la cual impide su aplicación judicial directa. Ahora bien, dado que el art. 15.3 ET prevé el carácter indefinido del vínculo contractual en el caso de fraude de ley, es posible aplicar idéntica conclusión al abuso de derecho, por simple analogía (art. 4.1 CC), máxime si se tiene en cuenta que, en definitiva, dicho artículo no es nada más que la asunción por el Estado español de la letra b) del apdo. 2 de la cláusula 5 del Acuerdo Marco. Es más, la salida de la analogía ha sido aplicada por el propio TS en supuestos similares, como la indemnización por fin de contrato indefinido no fijo cuando se cubre la plaza ocupada (STS UD de 28 de marzo de 2017, rec. 1664/2015)

Incluso no resultaría descartable que en estos supuestos la conclusión de una posible declaración de nulidad de la extinción por antijuridicidad, aunque ello chocaría con la doctrina casacional tradicional para el supuesto del despido disciplinario (no, paradójicamente, en los tipos extintivos regulados de los arts. 51 y 52 c) ET).

Resumiendo: en mi opinión es posible que un contrato temporal inicialmente válido devenga abusivo en el tiempo (pérdida, por tanto, su carácter coyuntural), en forma tal que nos hallemos ante un uso antijurídico de la norma, dado que ante el ejercicio de un derecho con apariencia de legalidad se genera un daño a las personas asalariadas afectadas (que permanecen en una notoria situación de precariedad a lo largo de un periodo temporal que puede alcanzar muchos años), lo cual, desde la perspectiva de moralidad pública y social, determina un exceso en el ejercicio de las competencias contractuales empresariales. Y esto determina la plena aplicación de la figura contemplada en el art. 7.2 CC.

En caso contrario, resultaría que el mandato comunitario de previsión de medidas para prevenir el abuso en la contratación restaría vacío de contenido en las descritas situaciones, dejándolas sin ninguna sanción legal, dado que, como hemos indicado, el legislador español no ha previsto ningún mecanismo específico al respecto, más allá de las genéricas previsiones del art. 15.3 ET respecto del fraude de ley y los límites temporales de los arts. 15.1 a) y b) y 5 ET.

Veremos cual es la evolución de la jurisprudencia en forma inmediata, en tanto que el Tribunal Supremo tiene que resolver buena parte de los pronunciamientos dictados por el TSJ con relación a De Diego Porras 1 en los últimos años.

Barcelona, mayo de 2019

Doctrina jurisprudencial reciente sobre subrogación, cesión ilegal y extinciones colectivas de empresas en concurso»

ROSA MARIA VIROLÈS PIÑOL

Magistrada de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo

I. La sucesión de empresas y contratas

El art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, establece, en su apdo. primero, que:

«El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente».

La sucesión de empresas que regula el precepto, por el Tribunal Supremo, se había venido tradicionalmente distinguiendo de la subrogación convencional, que se da en muchos convenios colectivos como fórmula para garantizar la continuidad del empleo. Así, por ejemplo, en la STS/IV de 31 de mayo de 2017 (rco. 236/2016), en la que se señalaba:

«2. En primer lugar queremos dejar claro —y en ello coincidimos con la recurrente— que en las contratas sucesivas de servicios, en las que lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino un servicio carente de tales características, no opera —por ese solo hecho— la sucesión de empresas establecida en el art. 44 ET, sino que la subrogación se producirá —o no— de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación, y siempre con subordinación al cumplimiento de los requisitos exigidos por tal norma convenida,

habida cuenta de que los convenios colectivos del sector suelen establecer una garantía de estabilidad en el empleo en favor de los trabajadores empleados en los centros de trabajo cuya limpieza o seguridad se adjudica sucesivamente a distintas empresas contratistas de este servicio, imponiendo una obligación convencional de cesión de los correspondientes contratos de trabajo, subordinada a la puesta en conocimiento, por parte de la empresa contratista saliente, de información sociolaboral relevante relativa al personal beneficiario de la misma, mediante entrega de la documentación pertinente (aparte de muchas anteriores que en ellas se citan, SSTS 19/09/2012, rcud. 3056/11; 14/10/13, rcud. 1844/12; 19/11/14, rcud. 1845/13; 16/12/14, rcud. 1198/13; y SG 07/04/16, rcud. 2269/14).

3. Significa lo anterior —como resaltamos en la última sentencia citada— que, en estos supuestos de subrogación convencional, “la naturaleza del fenómeno subrogatorio es singular también en sus efectos: a) Se asume a los trabajadores del empresario saliente (en las condiciones previstas por el convenio) en un caso en que ni la norma comunitaria ni la Ley española obligan a ello. b) La realidad material de que la mayoría de trabajadores está al servicio del nuevo empleador provoca una ‘sucesión de plantilla’ y una ulterior ‘sucesión de empresa’. c) Esta peculiar consecuencia no altera la ontología de lo acaecido, que sigue estando gobernado por el convenio colectivo. d) Puesto que si no existiera el mandato del convenio tampoco habría subrogación empresarial, la regulación pactada aparece como una mejora de las previsiones comunitarias amparada por el carácter mínimo de la Directiva (art. 8 de la Directiva 2001723/CE) o la condición de Derecho necesario relativo de la Ley (arts. 3.3 y 85.1 ET. Este resultado, sin duda peculiar, no solo se explica por la necesidad de coherencia de previsiones de cuerpos normativos con ópticas muy heterogéneas (comunitaria, estatal, convencional), sino también por el necesario respeto a los principios de norma mínima y primacía del Derecho Comunitario. La continuidad laboral de los contratos está en manos del convenio colectivo y esa regulación es la que de aplicarse en todo lo que sea compatible con las restantes [...]” (así, la ya referida STS —Pleno— 07/04/16, rcud. 2269/14).

4. Abundando en este planteamiento, cumple indicar ahora —dando con ello respuesta a la cuestión debatida— que, en ausencia de previsión del Convenio al efecto, los efectos atribuibles a la subrogación convencional han de ser —en principio— los que rigen la subrogación legal. Por las siguientes razones:

- a) En primer lugar, aparte de otra serie de prevenciones y requisitos que en nada afectan a la cuestión debatida, el Convenio Colectivo

Estatut del sector vigent per als anys 2015/2016 [Resolució de 04/09/15, en BOE 224/2015, de 18 de setembre] disposa en el art. 14 [apdo. A)] que “[c]uando una empresa cese en la adjudicación de los servicios contratados [...] la nueva empresa adjudicataria está, en todo caso, obligada a subrogarse en los contratos de los trabajadores adscritos a dicho contrato y lugar de trabajo [...]”; y afegeix com a obligació de la empresa adjudicataria [apdo. C.2).1], que esta “[d]eberá respetar al trabajador todos los derechos laborales que tuviese reconocidos en su anterior empresa, incluida la antigüedad, siempre que estos provengan de pactos o acuerdos lícitos [...]”.

Estes dos normes apunten clarament a la solució arribada indicada, en tant que: (1.º) si per “subrogació” ha de entendre’s el “acto por el que una persona sustituye a otra en los derechos y obligaciones propios de determinada relación jurídica” [*Diccionario del Español Jurídico*, del RAE/CGPJ]; (2.º) si la nova empresa adjudicataria ha de respectar els drets laborals “reconocidos” a los treballadors que assumeix; (3.º) què dubta cal que ambos mandats —subrogació i respecte de drets— són plenament coincidents en el seu significat; i (4.º) que tals drets i obligacions no poden ser sinó els que regien la concreta relació laboral que se transmet i que per aplicació de l’art. 3 ET han de ser —aparte de altres singulars i *ad personam*— les condicions laborals que se disfrutaven per aplicació del corresponent Conveni Col·lectiu.

- b) En segon terme, excluides —com és el cas— concretes previsions del Conveni Col·lectiu en ordre a particulars efectes de la subrogació “convencional” [en concret, respecte del Conveni Col·lectiu aplicable], tampoc sembla oferir dubte de que la subrogació produïda per aplicació de la normativa pactada del sector genera a su vez —com a senyalàvem en la més arribada citada STS 07/04/16— una “asunción de plantilla”, cuya realitat material una vegada produïda ha de imposar —per lògica jurídica elemental— les naturals conseqüències atribuïbles a tal realitat ontològica, si bé tan sols ell té lloc en defecte de normes convencionals, que de existir resultarien de prioritària aplicació.

5. Per això, perquè el tan referit Conveni Col·lectiu Estatut de Empreses de Seguretat no conté previsió expressa alguna respecte de la norma col·lectiva que aplicar en els supòsits de obligada subrogació —convencional— en el sector, salvo aquesta significativa referència a que la nova adjudicataria haurà de “respectar al treballador tots els drets laborals

que tuviese reconocidos...”, no se nos presenta dudoso que en el caso procedía aplicar —como la decisión recurrida entendió— el Convenio Colectivo de la anterior empresa adjudicataria, por aplicación del art. 44.5 ET, en el que se dispone que “[s]alvo pacto en contrario [...] las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida. Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida”. Mandato que se impone en autos como específica previsión cuya especialidad ha de imponerse a la más genérica previsión del art. 84.2 ET que se dice infringido por inaplicación y que tiene diferente función y ámbito aplicativo [la concurrencia de convenios, que no subrogación empresarial].»

Dicha doctrina se ha visto modificada a partir de la sentencia del TJUE de 11 de julio de 2018, asunto C-60/17, caso Somoza Hermo e Ilunion Seguridad, que comporta que, en casos de subrogación convencional en los que se produzca una transmisión de una unidad económica, generalmente una sucesión de plantillas, se aplican las garantías de la Directiva 2001/23 y, por lo tanto, al régimen de sucesión de empresas del art. 44 ET.

Así, en la STS/IV de 27 de septiembre de 2018, Pleno (rcud. 2747/2016), en la que se resuelve que pese a la contraria previsión del convenio colectivo, el nuevo empresario responde de las deudas del anterior en los términos del art. 44.3 ET. El Tribunal Supremo rectifica doctrina para concordarla con la STJUE de 11 de julio 2018 (C-60/17, Somoza Hermo), y el resultado de ello es lo siguiente: 1) hay transmisión de empresa encuadrable en el art. 44 ET si la sucesión de contratadas va acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las empresas saliente y entrante; 2) en actividades donde la mano de obra constituye un factor esencial, la asunción de una parte relevante del personal adscrito a la contratada (en términos cuantitativos o cualitativos) activa la aplicación del art. 44 ET; 3) cuando lo relevante es la mano de obra (no la infraestructura), la subrogación solo procede si se da esa asunción de una parte relevante del personal, y 4) el hecho de que la asunción de una parte relevante de la plantilla derive de lo preceptuado por el convenio colectivo no impide la aplicación de la anterior doctrina. Dicha sentencia contiene un voto particular.

Como en dicha sentencia se señala, y por su interés se transcribe en parte:

«Nuestra reciente STS de 12 julio de 2018 (rec. 2228/2015) ha tenido ocasión de recopilar la doctrina que viene guiando nuestras decisiones, en general sobre subrogación empresarial y que es conveniente recordar.

1. Alcance de la transmisión de empresa.

Como hemos advertido numerosas veces, para que pueda entenderse existente una transmisión de empresa —a los efectos que refieren las Directivas CE 77/187 y 98/50— es necesario que la transmisión vaya referida a cualquier “entidad económica que mantenga su identidad” después de la transmisión o traspaso, entendiendo por tal “un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria”; o el “conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio”. Pero a la par teniendo presente que la mera circunstancia de que el servicio prestado por el antiguo y el nuevo adjudicatario de una contrata —en el caso, Encomienda— sea similar no es suficiente para afirmar que existe transmisión de una entidad económica entre la primera y la segunda empresa. En efecto, su identidad resulta también de otros elementos, como el personal que la integra, sus directivos, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone (entre tantas, SSTJCE 1986/65, de 18/Marzo, Spijkers; 1997/45, asunto Sützen; 1998/309, asunto Hidalgo; 1999/283, asunto Allen; 1998/308, asunto Hernández Vidal; y 25/Enero/01, asunto Oy Liikenne).

2. La llamada “sucesión en plantilla”.

Sin perjuicio de lo indicado en el punto anterior, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica. Ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente en dicha tarea. En este supuesto, el nuevo empresario adquiere, en efecto, el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable [STJCE 29/2002, de 24 de enero, caso Temco Service Industries,

con cita de la STJCE 45/1997, de 11 de marzo, caso Sützen, y de la STJCE 308/1998, de 10 de diciembre, asunto Hernández Vidal] (en tal sentido, SSTS 20/10/04, rcud. 4424/03; 07/11/05, rec. 3515/04; 27/06/08, rcud. 4773/06; 21/09/12, rcud. 2247/11, y 10/11/16, rcud. 3520/14).

Y en esta misma línea hemos señalado que “la incorporación de una parte sustancial o cuantitativamente elevada de la plantilla anterior hace que en el supuesto de cambio de titular concorra el elemento material necesario, aun cuando sea humano, para que la actividad productiva se conduzca de manera autónoma y dé lugar así a la sucesión empresarial el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores”, con lo que la doctrina comunitaria “deja en manos de la empresa entrante, en función de que decida asumir o no el todo o mayor parte de la plantilla, la aplicabilidad de la figura sucesoria” (así, STS 22/09/16, rcud. 1438/14).

QUINTO. Doctrina específica sobre subrogación convencional.

Como se ha adelantado, la cuestión suscitada en el recurso ha sido ya resuelta en numerosas ocasiones por esta Sala, no solo en las sentencias anteriormente indicadas, dictadas en asuntos en donde fueron parte demandada las mismas empresas, sino también en otras como las SSTS 7 de abril de 2016 (rec. 2269/2014), 3 de mayo de 2016 (rec. 3165/2014); 10 de mayo de 2016 (rec. 2957/2014); 1 de junio de 2016 (rec. 2468/2014); 13 de julio de 2017 (rec. 2883/2016); 20 de diciembre de 2017 (rec. 335/2016); 10 de abril de 2018 (rec. 3684/2016) y 9 de mayo de 2018 (rec. 3065/2016).

1. Especificidad de la subrogación convencional.

Conforme a su doctrina, cuando el nuevo titular de una contrata sustentada exclusivamente en la mano de obra se hace cargo de los trabajadores de su antecesora por imperativo convencional, la naturaleza de la subrogación es estrictamente convencional y es el propio convenio el que debe configurar el régimen jurídico, extensión y límites de ese mandato, sin que dicho supuesto resulte encuadrable en el art. 44 ET. Así lo ha declarado la jurisprudencia que resume la sentencia de 31 de mayo de 2017 (rec. 234/2016):

En las contratas sucesivas de servicios, en las que lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino un servicio carente de tales características, no opera —por ese solo hecho— la sucesión de empresas establecida en el art. 44 ET, sino que la subrogación se producirá —o no— de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación, y siempre con

subordinación al cumplimiento de los requisitos exigidos por tal norma convenida, habida cuenta de que los convenios colectivos del sector suelen establecer una garantía de estabilidad en el empleo en favor de los trabajadores empleados en los centros de trabajo cuya limpieza o seguridad se adjudica sucesivamente a distintas empresas contratistas de este servicio, imponiendo una obligación convencional de cesión de los correspondientes contratos de trabajo, subordinada a la puesta en conocimiento, por parte de la empresa contratista saliente, de información socio-laboral relevante relativa al personal beneficiario de la misma, mediante entrega de la documentación pertinente (aparte de muchas anteriores que en ellas se citan, SSTS 19/09/2012, rcud. 3056/11; 14/10/13, rcud. 1844/12; 19/11/14, rcud. 1845/13; 16/12/14, rcud. 1198/13; y SG 07/04/16, rcud. 2269/14).

2. Régimen de la subrogación convencional.

Significa lo anterior —como resaltamos en la última sentencia citada— que en estos supuestos de subrogación convencional “la naturaleza del fenómeno subrogatorio es singular también en sus efectos: a) Se asume a los trabajadores del empresario saliente (en las condiciones previstas por el convenio) en un caso en que ni la norma comunitaria ni la Ley española obligan a ello. b) La realidad material de que la mayoría de trabajadores está al servicio del nuevo empleador provoca una ‘sucesión de plantilla’ y una ulterior ‘sucesión de empresa’. c) Esta peculiar consecuencia no altera la ontología de lo acaecido, que sigue estando gobernado por el convenio colectivo. d) Puesto que si no existiera el mandato del convenio tampoco habría subrogación empresarial, la regulación pactada aparece como una mejora de las previsiones comunitarias amparada por el carácter mínimo de la Directiva (art. 8 de la Directiva 2001/23/CE) o la condición de Derecho necesario relativo de la Ley (arts. 3.3 y 85.1 ET). Este resultado, sin duda peculiar, no solo se explica por la necesidad de coherencia previsiones de cuerpos normativos con ópticas muy heterogéneas (comunitaria, estatal, convencional) sino también por el necesario respeto a los principios de norma mínima y primacía del Derecho Comunitario. La continuidad laboral de los contratos está en manos del convenio colectivo y esa regulación es la que de aplicarse en todo lo que sea compatible con las restantes [...]” (así, la ya referida STS, Pleno, 07/04/16, rcud. 2269/2014).

A lo anterior cabe añadir, como argumentamos en la sentencia de 7 marzo 2018 (rec. 267/2016), que “la sucesión o subrogación de la empresa entrante en la prestación del servicio y en las relaciones de trabajo de los que en la saliente prestaban sus servicios se lleva a cabo en virtud de lo que

dispone el convenio sectorial que precisamente regula de manera específica esa subrogación, que en otro caso y en los supuestos normales no se produciría, lo que determina que las partes que negocian los términos de esa subrogación la puedan llevar a cabo en los términos que estimen convenientes, siempre y cuando no conculquen ningún precepto de Derecho necesario”.

3. Examen del Convenio aplicado.

Más específicamente, interpretando el art.10.5 c) del Convenio Provincial de Limpieza de León, hemos señalado en las SSTS 06/7/2017 y 25/07/2017 que dicho precepto “bajo el epígrafe ‘Subrogación’, establecía las características y el proceso de la subrogación en los trabajadores de la empresa saliente que deberá llevar a cabo la entrante al término de la concesión de una contrata de limpieza, desde la perspectiva general de que la empresa entrante se subrogará en todos los derechos y obligaciones referidos a los trabajadores, siempre que concurren los presupuestos que esa disposición establece, entre los que se detalla la documentación que habrá de entregarse y particularmente regula la responsabilidad entre ellas, con la particularidad recogida en la letra c) de que ‘La empresa cesante será responsable de los salarios devengados por los trabajadores objeto de la subrogación hasta el momento del cese’, sin mayor alcance posterior.

La sentencia más reciente de las citadas añade que ‘De tales normas se infiere únicamente que el nuevo contratista tiene la obligación de respetar las condiciones laborales que tenían fijadas los trabajadores con el contratista anterior, no que se garantice una responsabilidad solidaria para la satisfacción de las deudas contraídas por el empresario anterior. Y en la regla final transcrita se regula la liquidación completa de retribuciones, partes proporcionales de pagas extraordinarias, vacaciones y descansos en relación con los trabajadores, entre la empresa saliente y la que vaya a realizar el servicio, estableciendo que los devengos retributivos producidos antes de la transmisión serán responsabilidad únicamente de la empresa saliente, en ningún caso de la entrante”.

SEXTO. Análisis de la STJUE de 11 julio de 2018 (C-60/17).

A) La STJUE de 11 de julio de 2018 (C-60/17), Somoza Hermo e Ilunion Seguridad, resuelve la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia. El supuesto litigioso es similar al presente. Un Vigilante del Museo compostelano de las Peregrinaciones reclama ciertas cantidades que la empresa saliente le adeuda y que la entrante no asume. Ha existido lo que venimos denominando una sucesión convencional.

B) La sentencia reitera dogmas tan conocidos como relevantes sobre la materia: 1) La subrogación no exige que existan relaciones contractuales directas entre cedente y cesionario. 2) La transmisión debe tener por objeto una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados. 3) La apreciación de si existe un conjunto de medios organizados debe llevarse a cabo evaluando el conjunto de circunstancias concurrentes, incluyendo actividad ejercida y medios de producción activados. 4) En ciertas actividades un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una actividad económica.

C) Respecto del sector de vigilancia de edificios y locales, la STJUE de 11 julio 2018 (partiendo de que se trata de actividad «que no requiere el uso de materiales específicos»), manifiesta lo siguiente:

(& 36): A este respecto, en la resolución de remisión se indica que, para desempeñar las actividades de vigilancia del Museo de las Peregrinaciones de Santiago de Compostela, antes confiadas a Esabe Vigilancia, VINSA se hizo cargo de los trabajadores que esta última destinaba a esas actividades.

(& 35): Puede considerarse una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra y, por consiguiente, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común de vigilancia puede, a falta de otros factores de producción, constituir una entidad económica. No obstante, en este supuesto es preciso además que dicha entidad mantenga su identidad aun después de la operación de que se trate.

(& 37): La identidad de una entidad económica como la controvertida en el litigio principal, que descansa fundamentalmente en la mano de obra, puede mantenerse si el supuesto cesionario se ha hecho cargo de una parte esencial del personal de esa entidad.

(& 38): Que la asunción de personal venga impuesta por convenio colectivo no afecta al hecho de que la transmisión se refiere a una entidad económica.

(& 38): El objetivo perseguido por el Convenio colectivo de las empresas de seguridad es el mismo que el de la Directiva 2001/23 y que este Convenio colectivo regula expresamente, en lo que atañe a la asunción de una parte del personal, el caso de una nueva adjudicación como la que es objeto del litigio principal.

D) A la vista de cuanto antecede, el fallo de la sentencia enlaza los condicionantes y los efectos de su doctrina:

El art. 1, apdo. 1, de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de [transmisiones] de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, debe interpretarse en el sentido de que esta Directiva se aplica a una situación en la que un arrendatario de servicios ha resuelto el contrato de prestación de servicios de vigilancia de instalaciones celebrado con una empresa y, a efectos de la ejecución de la prestación, ha celebrado un nuevo contrato con otra empresa que se hace cargo, en virtud de un convenio colectivo, de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que la primera empresa destinaba a la ejecución de dicha prestación, siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas.

SÉPTIMO. Revisión de nuestra doctrina.

1. Recapitulación.

Hasta ahora, nuestra doctrina viene admitiendo la validez de la regulación convencional conforme a la cual puede existir una subrogación empresarial que no posea el régimen jurídico de la prototípica (o legal) sino el negociado por los agentes sociales. Resaltemos diversos aspectos de lo ya expuesto:

A) La exclusión del régimen subrogatorio común (art. 44 ET) por parte del convenio colectivo únicamente es válida cuando no se transmite una unidad productiva con autonomía funcional.

B) El convenio colectivo puede mejorar la regulación del ET y de la Directiva 2001/23/CE, no preterirla o empeorarla. Las previsiones convencionales solo rigen “siempre y cuando no conculquen ningún precepto de Derecho necesario”.

C) Cuando el convenio obliga a la asunción de la plantilla preexistente en supuestos adicionales a los legales, aunque materialmente haya una “sucesión de plantilla” no debe acudir a la regulación común, puesto que lo pactado opera como mejora de las previsiones heterónomas.

D) Siempre que haya transmisión de medios materiales o infraestructura productiva lo que procede es aplicar el régimen general de la transmisión de empresa con subrogación laboral.

2. Alineamiento de nuestra doctrina con la doctrina del TJUE.

A) Digamos que tiempo atrás el Tribunal de Luxemburgo ya había sentado una doctrina similar a la del caso Somoza Hermo (STJUE de 24 de enero de 2002, Temco, C-51/00), conocida y tenida en cuenta por nuestras sentencias. Pero las razones antes expuestas nos habían llevado a pensar que la misma no afectaba a la validez de un convenio colectivo negociado con las exigentes mayorías representativas que nuestro legislador reclama (arts. 87 y 88 ET) y que convenios como el aplicado en el presente supuesto respetaban y mejoraban las previsiones heterónomas. Pensábamos que el deseo de los agentes sociales de otorgar estabilidad laboral en casos adicionales a los subsumibles en la transmisión legal de empresas justificaba esa peculiar regulación. En ese sentido, nuestra doctrina partía de una premisa distinta a la que refleja la STJUE de 11 de julio de 2018 cuando subraya (& 38) que los convenios como el ahora examinado persiguen el mismo objetivo que la Directiva 2001/23.

A la vista de lo expuesto debemos modificar una de las premisas de nuestra doctrina. En contra de lo que hemos venido entendiendo, el hecho de que la subrogación de plantilla (la asunción de una parte cuantitativa o cualitativamente relevante) sea consecuencia de lo previsto en el convenio colectivo no afecta al modo en que deba resolverse el problema. Que la empresa entrante se subrogue en los contratos de trabajo de una parte significativa del personal adscrito por mandato del convenio no afecta al hecho de que la transmisión pueda referirse a una entidad económica.

B) El concepto de “entidad económica”, de este modo, es el único que puede erigirse en definidor de la existencia de una transmisión empresarial con efectos subrogatorios. Y la determinación de si eso sucede ha de hacerse ponderando el conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso.

En este aspecto consideramos que lo sustancial de nuestra doctrina viene ajustándose a lo que el TJUE exige: siempre que haya transmisión de un conjunto de medios organizados impera el régimen legal de transmisión y subrogación laboral, debiendo considerarse ilegal el convenio que lo desconozca.

Lo que no debemos hacer es seguir abordando el problema atendiendo a la causa de esa continuidad significativa de contratos de trabajo (el mandato convencional). Por el contrario, son los efectos derivados de la

previsión del convenio (asunción de una parte significativa de la plantilla) los que deben valorarse para determinar si hay sucesión de empresa.

C) En sectores donde la mano de obra constituye el elemento principal de la actividad empresarial es posible que el conjunto de personas adscritas a la actividad equivalga a la unidad económica cuyo cambio de titularidad activa la subrogación.

Pero esa subrogación no es automática e incondicionada. Ni nuestra doctrina ni la del TJUE sostienen que la mera asunción de un conjunto de personas equivale a la transmisión de una unidad productiva en todos los casos. Hay que ponderar el conjunto de circunstancias concurrentes.

Por eso la sucesión en la contrata (de vigilancia, de limpieza, de cualquier otra actividad de características similares) activa la subrogación empresarial “siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las dos empresas afectadas” (parte dispositiva de la STJUE de 11 de julio de 2018).

D) En principio, y siempre por referencia a estos supuestos en que lo relevante no es la infraestructura productiva puesta en juego, la adjudicación de una nueva contrata a empleador diverso del saliente nos sitúa ante la transmisión de la “entidad económica” recién aludida.

Pero no se trata de algo que pertenezca al terreno de lo abstracto o dogmático, sino al de los hechos y de su prueba. Es decir, el examen de las características de la adjudicación (condiciones de tiempo, exigencias sobre el modo de suministrar los servicios a la empresa principal, dirección del grupo de personas adscrito, adscripción funcional permanente o aleatoria, etc.), de la realidad transmitida (afectación funcional y locativa, medios audiovisuales, programas informáticos, mobiliario para el personal, etc.), del alcance que tenga la asunción de personas (no solo cuantitativa, sino también cualitativa) son aspectos valorables para despejar esa incógnita, que constituye al tiempo un condicionante de la subrogación.

Eso significa, claro, que en sectores donde la mano de obra constituye lo esencial, ha de valorarse de manera muy prioritaria el dato relativo al número o condición de quienes han sido asumidos por la nueva empleadora, al margen del título o motivo por el que ello suceda.

A partir de ahí, dados los términos en que el convenio colectivo disciplina la subrogación, será lógico que quien sostenga que no se ha producido la asunción suficientemente relevante de la mano de obra así lo acredite (art. 217 LEC) y que se produzca el debate correspondiente cuando la cuestión sea controvertida.

OCTAVO. Resolución.

Aunque, ciertamente, el giro doctrinal que imprimimos es lo más relevante de nuestra sentencia (y lo que justifica su deliberación en Pleno por esta Sala; art. 227.2 LRJS) no debemos olvidar que los pronunciamientos de la sentencia resolviendo el recurso de casación unificadora “en ningún caso alcanzarán a las situaciones jurídicas creadas por las resoluciones precedentes a la impugnada” (art. 228.1 LRJS) pero sí “a las situaciones jurídicas creadas por la sentencia impugnada” (art. 228.2 LRJS). Apliquemos, pues, la doctrina recién acuñada al presente caso.

1. Las doctrinas enfrentadas.

A) La sentencia de contraste, en sintonía con cuanto hemos venido manteniendo en ocasiones precedentes, considera que no existe posible subrogación con los efectos comunes porque todo lo acaecido deriva de las previsiones del convenio colectivo.

Como hemos expuesto, se trata de doctrina que debemos abandonar. El origen convencional de la asunción de una parte significativa de la plantilla no puede servir para obviar los efectos de la subrogación empresarial (con asunción de los derechos y obligaciones del empleador saliente).

B) La sentencia recurrida, por el contrario, considera que la aplicación de lo previsto en el convenio colectivo comporta una sucesión de plantilla subsumible en el art. 44 ET, por lo que la nueva contratista debe responder solidariamente del pago de las deudas salariales contraídas por su antecesora.

C) Antes de resolver el caso interesa recordar la función doctrinal que el recurso de casación unificadora posee.

Las doctrinas contrapuestas no constituyen un dilema puro que obligue a optar entre las posiciones comparadas. Cuando no coincidamos exactamente con la tesis mantenida en las sentencias contrastadas, es posible que apliquemos la doctrina correcta, pues “superado el requisito de la contradicción, es evidente que esta Sala no queda obligada a aceptar una de las dos doctrinas formuladas por las sentencias comparadas”, sino que “debe pronunciarse sobre la solución más ajustada a Derecho para el caso controvertido, que [...] establezca como doctrina unificada”. Así se dice, por ejemplo, en SSTS de 14 de julio de 1992 (rec. 2273/1991), de 11 de febrero de 2014 (rec. 323/2013) o de 23 de junio de 2014 (rec. 1257/2013, Pleno).

Esta interpretación del papel que nos corresponde al resolver el recurso de casación unificadora ha sido considerada correcta por el Tribunal Constitucional, al destacar que tal proceder en manera alguna supone incongruencia, dada la naturaleza peculiar del recurso de casación para la unificación de doctrina. “Resulta claro que el Tribunal Supremo no tiene la carga

de tener que optar por una de las dos opciones contrarias, pudiendo re-crear una doctrina propia totalmente diferente de las mantenidas por los Tribunales inferiores”, siempre que resuelva “el debate planteado en suplicación” (STC 172/1994, de 7 de junio, FJ 3).

2. Doctrina que debemos aplicar.

El resumen de cuanto hemos expuesto en el Fundamento anterior nos permite sentar las siguientes premisas:

Primera. Hay transmisión de empresa encuadrable en el art. 44 ET si la sucesión de contratatas va acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las empresas saliente y entrante.

Segunda. En actividades donde la mano de obra constituye un factor esencial, la asunción de una parte relevante del personal adscrito a la contrata (en términos cuantitativos o cualitativos) activa la aplicación del art. 44 ET.

Tercero. Cuando (como en el caso) lo relevante es la mano de obra (no la infraestructura) la subrogación solo procede si se da esa asunción de una parte relevante (cuantitativa o cualitativamente) del personal.

Cuarto. El hecho de que la asunción de una parte relevante de la plantilla derive de lo preceptuado por el convenio colectivo no impide la aplicación de la anterior doctrina.

3. Consideraciones finales.

La aplicación de la doctrina que acabamos de compendiar aboca a la desestimación del recurso de CLECE. Para una más adecuada tutela judicial y explicación de nuestras razones de decidir conviene añadir alguna precisión adicional.

A) Aquí se discute al hilo de las consecuencias del cambio en una contrata de limpieza. Puesto que nada se ha afirmado respecto de la transmisión de infraestructura relevante para llevar a cabo los servicios concertados (máquinas barredoras o limpiadoras, plataformas elevadoras, vehículos autopropulsados, cisternas desinfectantes, etc.) hemos de operar en el entendido de que lo esencial del caso, como suele suceder en el sector, radica en la mano de obra puesta en juego para desarrollar las tareas de limpieza.

B) Es verdad que el escueto relato fáctico de la sentencia del Juzgado de lo Social (inalterado en suplicación) no afirma que CLECE haya asumido una parte relevante de la plantilla que venía adscrita precedentemente a la limpieza del aeródromo leonés. Tampoco ha acreditado lo contrario, como le correspondía haber hecho si considerase que es lo acaecido.

Además, no cabe duda de que estamos sentando doctrina para un caso en que la empresa entrante sí ha asumido esa parte relevante (cuando no la totalidad) del personal adscrito. Y es que cuando CLECE formaliza el recurso que ahora resolvemos invoca para el contraste una sentencia (la del TSJ de la Comunidad Valenciana) en la que sí aparece como hecho probado que la empresa entrante ha asumido a cuantas personas venían adscritas a la importante contrata de limpieza del Hospital Universitario y Politécnico de Valencia excepto tres.

Por tanto, al igual que sucede en el supuesto de la citada STJUE 11 julio 2018 (Somoza Hermo), debemos partir de que el empleador entrante (Clece, en nuestro caso) asume una parte esencial (en términos de número y competencias) del personal que la primera empresa (Cleanet Empresarial) destinaba a la ejecución de la contrata.

C) Concluamos: la entrada en juego de las reglas sobre carga de la prueba (art. 217 LEC y concordantes) aboca a considerar que CLECE ha asumido, de acuerdo con el convenio, una parte significativa de la plantilla adscrita a la contrata de que venimos hablando.

Además, esa conclusión se confirma al examinar los hechos probados que la sentencia referencial (aportada por la propia empleadora) contiene.

D) A criterio de la Sala, sin embargo, excede de los límites que la casación unificadora posee el que nos planteemos ahora el examen sobre la eventual ilegalidad parcial del convenio aplicado o sus eventuales consecuencias.»

A partir de dicha doctrina, se suceden, entre otras, las siguientes sentencias, objeto de comentario en las jornadas, que se sintetizan como sigue:

STS/IV de 7 de marzo de 2019 (rcud. 1825/2017)

Sucesión de empresa. Sucesión de concesión administrativa. Servicios de guardería, comedor y otros en escuela infantil. Existe sucesión ex art. 44 ET por transmisión aunque temporal, de una unidad productiva autónoma.

STS/IV de 5 de marzo de 2019 (rcud. 2892/2017)

Sucesión de contratas en empresas de seguridad. Disminución del volumen de la contrata. No resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 14 del Convenio Colectivo de empresas de seguridad, teniendo que hacerse

cargo la empresa entrante de la totalidad de los trabajadores. Reitera doctrina.

STS/IV de 22 de marzo de 2019 (rcud. 2951/2017)

Despido. Administrativa contable que prestaba servicios en la Fundación B. en el exterior con carácter fijo desde el 06/06/2008 como consecuencia de la superación de un proceso selectivo. Integración varios años después de la fundación en una agencia de la Comunidad Autónoma y posterior amortización de la plaza de la trabajadora con comunicación por escrito de su despido, percibiendo la indemnización por tal motivo. Extinción de la personalidad jurídica de la agencia, subrogándose a la Comunidad Autónoma en todos sus derechos y obligaciones: la sucesión de tales hechos constituye despido improcedente.

STS/IV de 8 de enero de 2019 (rcud. 2833/2016)

Sucesión de contratas en empresas de seguridad. Disminución del contenido de la contrata. Alcance de la obligación de subrogación de la empresa entrante en aplicación del art. 14 del Convenio Estatal de Empresas de Seguridad. Obligación de asunción de toda la plantilla.

STS/IV de 31 de enero de 2019 (rco. 136/2017)

BT ESPAÑA. Interpretación del art. 21.1. del primer Convenio Colectivo de Empresa. La aplicación de los criterios interpretativos de los convenios no puede desconocer los preceptos legales de derecho necesarios. Obligaciones subrogatorias impuestas legal o convencionalmente, casos en los que hay que estar a lo que resulte de la aplicación del art. 44 ET.

STS/IV de 5 de marzo de 2019 (rcud. 1128/2017)

Contrato para obra o servicio determinado: vinculación a la duración de la contrata. Mantenimiento de un mismo contrato de trabajo durante casi trece años. SITEL.

II. Cesión ilegal de trabajadores

Dispone el art. 43 del Estatuto de los Trabajadores que:

«1. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan.

2. En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en este art. cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.

3. Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos.

4. Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal.»

Conforme a la doctrina establecida en la reciente STS/IV de 8 de enero de 2019 (rcud. 3784/2016), entre otras:

Para que exista cesión ilegal en los términos del art. 43 ET, ha de darse la coordinación de tres negocios: «1. Un acuerdo entre los dos empresarios —el real y el formal— para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; 2. Un contrato simulado entre el empresario formal y el trabajador, y 3. Un contrato efectivo de trabajo entre este y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal» (STS/IV de 12 de julio de 2017, rec. 278/2016).

La STS/IV de 2 de noviembre de 2016, rcud. 2779/2014, describe las cuatro conductas de la empresa que comportan «consecuencias garantistas en beneficio del trabajador afectado: 1) que el objeto del contrato

de servicios entre las empresas se limite a la mera puesta a disposición del trabajador de la cedente a la cesionaria; 2) que la cedente carezca de actividad u organización propia y estable; 3) que no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de la actividad, o 4) que no ejerza las funciones inherentes a la condición de empresario».

No obstante ello, como señala así mismo la STS/IV, Pleno, de 26 de octubre de 2016, rcud. 2913/2014), para la apreciación de la cesión ilegal es necesario ceñirse al caso concreto, pues suelen ser muy distintas las situaciones que pueden darse en la práctica.

Merece especial interés la doctrina que establece dicha sentencia, en la que se cuestiona la posible existencia de:

1. Cesión ilegal de trabajadores. Existe la cesión ilegal: se trataba de una contrata del servicio de reprografía que, conforme se deduce de los datos declarados probados, solo tiene finalidad interpositoria porque la actividad laboral de la demandante se limita a aportar su fuerza de trabajo, ya que todos los medios de producción se facilitan por la CHT y todas las tareas se desarrollan íntegramente en los locales de la Confederación; la contratista, aunque consta que ejerce varias de las funciones inherentes a su aparente condición de empresario (abono de salarios, autorización de vacaciones, bajas médicas), ni consta que cuente con cualquiera de los medios materiales necesarios para el desarrollo de la actividad en cuestión (la reprografía), ni tiene una organización propia y estable a esos efectos, salvo la presencia esporádica de tres inspectores de los que se dice, sin más detalle, que controlaban el puesto de trabajo.

2. Garantía de indemnidad. No se vulnera porque, a la vista de los hechos probados, incluyendo el dato fáctico fundamental que, con tal carácter, figura en la argumentación jurídica de la sentencia de instancia, incombato por la propia actora en su recurso de suplicación, quedó entonces razonable y suficientemente desvirtuado el indicio de vulneración del derecho fundamental que se derivaría de la reclamación extrajudicial de la demandante por la circunstancia acreditada de la temporalidad del vínculo y el conocimiento cierto por su parte de que este, y la propia contrata, finalizaban unos días después de que formulara tal reclamación. Se estima en parte el recurso de casación unificador de la CHT, en el extremo relativo a la ausencia de vulneración de la garantía de indemnidad y, en consecuencia, resolviendo en suplicación, la Sala IV declara la improcedencia del despido con las pertinentes consecuencias legales. La sentencia contiene un interesante voto particular, a cuya lectura les remito.

Señala dicha sentencia:

«1. Por lo que respecta al problema de la cesión ilegal, la doctrina de la Sala, en aplicación del art. 43.2 ET, es unánime cuando sostiene la necesidad de ceñirse al caso concreto, pues suelen ser muy distintas las situaciones que pueden darse en la práctica. Esta doctrina, como se comprueba, entre otras muchas, en nuestras sentencias de 19-6-2012 (R. 2200/11), 11-7-2012 (R. 1591/11) y las que en ellas se citan y compendian, ha ido estableciendo criterios que, es sus líneas generales, se contienen en una serie de sentencias que han abordado el problema en el marco de la gestión indirecta, por ejemplo, de determinados servicios municipales.

“Destacan estas sentencias, entre las que cabe citar las de 17 de febrero de 2010 y 26 de junio 2011], que ante la dificultad de precisar el alcance del fenómeno interpositorio frente a las formas lícitas de descentralización productiva, la práctica judicial ha recurrido tradicionalmente a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador, pudiendo citarse, entre ellos, la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios, el ejercicio efectivo de los poderes empresariales y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto a través de datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva). Pero esto no significa que solo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión. Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas implicadas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial. Así la sentencia de 16 de febrero de 1989 señalaba ya que la cesión puede tener lugar «aun tratándose de dos empresas reales si el trabajador de la una trabaja permanentemente para la otra y bajo las órdenes de esta” y la sentencia de 19 de enero de 1994 establece que, aunque se ha acreditado que la empresa que facilita personal a otra tiene una actividad y una organización propias, lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización “no se ha puesto en juego”, limitándose su actividad al “suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo” a la empresa arrendataria.(/) De ahí que la actuación empresarial en el marco de la contrata sea un elemento esencial para la calificación, aunque excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión que aquel no es más que un delegado de la empresa principal. En definitiva, para que exista

cesión basta que se produzca un fenómeno interpositorio en virtud del cual aparezca en la posición contractual propia del empresario alguien que no tiene en realidad esa posición, es decir, lo que sucede es que quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige este y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio. El ámbito de la cesión del art. 43 del Estatuto de los Trabajadores es más amplio que el de las cesiones fraudulentas o especulativas, pues lo que contempla el art. 43 del Estatuto de los Trabajadores es —como dice la 14 de septiembre de 2001— un supuesto de interposición en el contrato de trabajo y la interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal. La finalidad que persigue el art. 43 del Estatuto de los Trabajadores es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes. Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta por ocultar a la empresa real y solvente a través de una empresa ficticia o por perseguir un perjuicio para los derechos de los trabajadores» (STS 11/7/2012, R. 1591/11).

2. Desde la doctrina científica se ha destacado que tanto en el fenómeno de la interposición como el de la intermediación puede producirse una cesión de fuerza de trabajo que permite obtener un lucro de una mano de obra sin que la actividad laboral se integre en el ciclo productivo del empresario que obtiene el beneficio y, quizá por ello, el ordenamiento, tras la entrada en vigor de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, ha establecido ciertas garantías y precauciones respecto a la cesión que actualmente contempla el ET, lo que probablemente haya provocado un cierto vacío en relación a las denominadas “cesiones indirectas” que parecen caracterizar a la subcontratación.

En este sentido, el art. 43.2 ET describe cuatro conductas sancionables o, mejor, con consecuencias garantistas en beneficio del trabajador afectado: 1) que el objeto del contrato de servicios entre las empresas se limite a la mera puesta a disposición del trabajador de la cedente a la cesionaria; 2) que la cedente carezca de actividad u organización propia y estable; 3) que no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de la actividad, o 4) que no ejerza las funciones inherentes a la condición de empresario.

3. En el caso que ahora resolvemos, esta Sala entiende, pese a la indudable complejidad del asunto, que concurre cesión ilegal porque se dan al menos dos de las circunstancias que al efecto contempla el art. 43.2 ET, a saber, por un lado, que el objeto del contrato de arrendamiento de servicios entre las dos empresas implicadas no entraña más que una mera puesta a disposición de la actora y, por otro, que no consta que la cedente contara con cualquiera de los medios necesarios (de hecho no consta que contara con ninguno) para desarrollar la actividad, que se realizaba no solo en exclusiva con los medios materiales de la Confederación sino incluso en sus propios locales.

Se produce pues, con suficiente claridad, en contra de lo que propone el Ministerio Fiscal en su informe, y partiendo del incombustible relato fáctico de la sentencia de instancia, la cesión ilegal de la trabajadora demandante porque nos encontramos ante una contrata del servicio de reprografía que, conforme se deduce de los datos declarados probados, solo puede tener finalidad interpositoria, pues la actividad laboral de la demandante se ha limitado a aportar su fuerza de trabajo, ya que —insistimos— todos los medios de producción se facilitaban por la Confederación del Tajo y todas las tareas se desarrollaban íntegramente en los locales de esa misma institución. La contratista, aunque, según también ponen de relieve los hechos probados, ejercía las funciones formales inherentes a su aparente condición de empresario (las relativas a las vacaciones, bajas por enfermedad, permisos por ausencias e incluso la de proveer de sustitutos), ni consta que cuente con cualquiera de los medios necesarios para el desarrollo de la actividad en cuestión (la reprografía), ni tiene una organización propia y estable a esos efectos, salvo la de poner a disposición la fuerza de trabajo de sus empleados.

Ni siquiera contraría la anterior conclusión el hecho cierto de que “por medio de tres inspectores la empresa controlaba y supervisaba (al igual que los demás puestos contratados en la CHT) el puesto de trabajo de la actora, y esta les entregaba los justificantes médicos” (h. p. 4.º) porque, con no constar en qué pudiera haber consistido materialmente ese control y esa supervisión, lo que ya de por sí asemeja la función inspectora a la de la propia demandante, en realidad, esas mismas labores aparentemente inspectoras podrían haber incurrido igualmente en el fenómeno interpositorio al no respaldar una actividad empresarial propia y distinta de la cesión de mano de obra.

[..] 1. La otra cuestión controvertida, como ya se ha adelantado, consiste en determinar si ha existido vulneración de la garantía de indemnidad, en un supuesto de contratación temporal de una trabajadora que, aunque al parecer había desempeñado la misma actividad para anteriores adjudicatarias del servicio de reprografía durante los periodos temporales de los que

da cuenta el relato de hechos probados (9.º y 11.º), al finalizar el contrato con una de ellas el 23/9/2010, y sin que conste reclamación alguna frente a las precedentes contratas, percibió prestaciones por desempleo hasta el 15/5/2011 (hh. pp. 9.º y 10.º), lo cual, en principio, permite entender inaplicable la doctrina sobre la unidad esencial del vínculo (puede verse al respecto nuestra reciente sentencia de 14/4/2016, R. 3403/14), reanudando la actividad para otra contrata el 16/5/2011 hasta el 14/10/2011 y, sin que tampoco conste reclamación de ningún tipo frente a ella, unos días después (el 17/10/2011: fecha de la antigüedad de la actora reconocida en el incuestionado hecho probado 1.º) empezó a prestar servicios para Navalservice SL, siendo cesada, con efectos del 16/10/2012, no tanto en razón a que la CHT había comunicado a Navalservice, en virtud de escrito del 23/10/2012, que «no es posible la prórroga del servicio ya que [se decía] recientemente se han incorporado trabajadores de la Administración del Estado a esta Confederación que realizarán las tareas que tenía encomendadas su empresa», sino, realmente, porque se había cumplido el plazo de ejecución de la contrata que, conforme al también incuestionado hecho probado 3.º de la sentencia de instancia, tenía una duración “de doce meses contados a partir del 17/10/11”, es decir, finalizaba exactamente el día de los efectos de la comunicación extintiva (16/10/12: h. p. 7.º).

2. Conviene volver a traer a colación, una vez más, la doctrina constitucional y jurisprudencial al respecto de la garantía de indemnidad.

«Centrada la cuestión en debatir sobre la “garantía de indemnidad”, ello impone recordar antes de nada que el “derecho a la tutela judicial efectiva no solo se satisface [...] mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a esta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza... En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos” (SSTC 14/1993, de 18 de enero...; ... 125/2008, de 20 de octubre...; y 92/2009, de 20 de abril... SSTs 17/06/08, rcud. 2862/07, y 24/10/08, rcud. 2463/07).

De ello “se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental” [tutela judicial], ya que entre los derechos

laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo [art. 4.2 apdo. g ET] (recientes, SSTC 76/2010, de 19 de octubre...; 6/2011, de 14 de febrero...; y 10/2011, de 28 de febrero...). Y asimismo se impone aclarar —seguimos las sentencias de la Sala más arriba citadas— que tampoco es preciso que la medida represaliante tenga lugar durante la vigencia del contrato, sino que la garantía de indemnidad incluso alcanza a los supuestos en que la ilegítima decisión empresarial incluso se materializa en la falta de contratación posterior al ejercicio de las acciones judiciales.

Tratándose de tutelar derechos fundamentales, el legislador ha instrumentado un mecanismo de defensa del derecho fundamental, cual es la inversión probatoria prevista en el art. 179.2 LPL [“una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación..., corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas”]. Y al efecto se recuerda por el intérprete máximo de la Constitución que “precisamente, la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo”, hoy recogida en los arts. 96.1 y 181.2 LRJS (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre; ...138/2006, de 8 de mayo..., y 342/2006, de 11 de diciembre... Y —a título de ejemplo—, SSTS 20/ de enero de 2009, rcud. 1927/07; 29 de mayo de 2009, rcud. 152/08, y 13 de noviembre de 2012, rcud. 3781/11).

Pero para que opere el desplazamiento al empresario del “onus probandi” no basta simplemente con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio, sino que ha de acreditar la existencia de indicio que “debe permitir deducir la posibilidad de que aquella [la vulneración constitucional] se haya producido”, que genere una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante afirmación; es necesario que por parte del actor se aporte una “prueba verosímil” o “principio de prueba” revelador de la existencia de un panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación, sin que sea suficiente la mera afirmación de la discriminación (aparte de muchas otras anteriores, SSTC 92/2008, de 21 de julio...; 125/2008, de 20 de octubre, y 2/2009, de 12 de enero... Y SSTS 14 de abril de 2011, rco. 164/10; 25 de junio de 2012, rcud. 2370/11, y 13 de noviembre de 2012, rcud. 3781/11). Y presente la prueba indiciaria, “el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio

de derechos fundamentales; no se le impone, por tanto, la prueba diabólica de un hecho negativo —la no discriminación—, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales” (tras muchas anteriores, SSTC 183/2007, de 10 de septiembre...; 257/2007, de 17 de diciembre...; y 74/2008, de 23 de junio...); “en lo que constituye [...] una auténtica carga probatoria y no un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales —lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria” (aparte de las que en ellas se citan, SSTC 326/2005, de 12 de diciembre, ...; 125/2008, de 20 de octubre; y 92/2009, de 20 de abril...”).

3. En el caso enjuiciado, no puede admitirse la argumentación de la sentencia recurrida, que se basa esencialmente en que la proximidad temporal entre la fecha de finalización de la contrata y la primera reclamación de la actora postulando la declaración de cesión ilegal, porque, al entender de la Sala de Madrid, no era conocida por la demandante, ya que, según esa Sala, el dato en sí “carece de sustento fáctico y no es congruente con el hecho probado tercero, ya que en esa misma situación se había visto la actora durante todos los años en que prestó servicios para la Confederación con contratos de cobertura igualmente temporales, permaneciendo siempre en el mismo puesto de trabajo y cambiando, cuando el contrato con una empresa se extinguía, exclusivamente el nombre de la que aparecía como empleadora, por lo que [se dice] es evidente que no existe indicio alguno de que en esta ocasión pudiera conocer que la relación se iba a extinguir definitivamente” (FJ 3.º, párrafo 3.º, de la sentencia recurrida).

No obstante, la sentencia impugnada no repara en que la resolución de instancia, aunque situándolo inadecuadamente en su fundamentación jurídica, constata, con auténtico valor fáctico, que —literalmente— “la actora conocía con antelación el hecho clave: el de que el 16/10/12 finalizaba el contrato de servicios suscrito por la empresa (hecho probado 3.º), siendo incluso notorio el contexto social de recortes en la Administración Pública y sin que conste prórroga del contrato de servicios” (FJ 6.º de la sentencia de instancia).

En circunstancias análogas, esta Sala tiene constantemente reconocido el “valor fáctico” de las aseveraciones que, con tal carácter, figuren en la fundamentación jurídica de las resoluciones judiciales (entre otras muchas, pueden verse al respecto las SSTS 4.ª 4-4-2002, 2-12-2011, 16-4-2014, 15-7-2014 o 21-10-2014: RR 3045/01, 3176/10, 261/13, 2393/13 y 308/13).

Por otra parte, tampoco advierte la Sala de suplicación que la verdadera causa extintiva del contrato de trabajo de la actora es ajena a la empresa

que se lo notifica porque, como antes vimos, ello se debió a la propia finalización de la contrata y, a mayor abundamiento, a que no era posible la prórroga solicitada por la contratista.

4. Y como quiera que aquel primer y decisivo dato (que la trabajadora conocía la terminación de la contrata y esta era, precisamente, el objeto de su contrato para obra o servicio determinado) ni siquiera se intentó rectificar por la propia demandante en su recurso de suplicación por la vía del art. 193.b) de la LRJS, ya que los tres únicos motivos de ese recurso se amparaban en la letra c) de dicho precepto procesal —es decir, solo pretendían la revisión del derecho aplicado en la instancia—, la argumentación de la Sala madrileña, a nuestro entender, contraría abiertamente la realidad constatada por el juez a quo, al tiempo que deja en indefensión a la empleadora en la medida en que modifica aquella realidad sin la oportuna petición de parte, y, en definitiva, aquellos hechos (la finalización de la contrata y su indudable conocimiento por parte de la actora) determinan que esta Sala IV, en aplicación de la precitada doctrina del Tribunal Constitucional —y de nuestra propia Sala—, deba entender, en coincidencia con la resolución de instancia, suficientemente desvirtuada la conexión entre el dato indiciario (la reclamación sobre la cesión ilegal) de la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial, en su vertiente de indemnidad, y el conocimiento cierto y cercano por parte de la actora de la finalización real de la contrata que parecía justificar la extinción de su contrato de trabajo, al menos hasta que se declarara, como aquí hemos hecho al fin, la cesión ilegal.

El cese, pues, aunque improcedente y no ajustado a derecho a causa precisamente de la cesión ilegal, y con las consecuencias que para tal situación prevé expresamente el art. 43.4 ET, no merece la declaración de nulidad otorgada por la sentencia impugnada porque, en este caso, a diferencia de lo que esta Sala tiene declarado en otras ocasiones y en circunstancias bien diferentes, no ha supuesto la vulneración del precitado derecho fundamental. La finalización de la contrata conforma un dato expresamente previsto en el procedimiento seguido para su adjudicación “con el núm. de expediente: 10SG0206/NE”, según dice de modo literal el h. p. 6.º, en el que se da cuenta además de la negativa de la CHT a acceder a la prórroga solicitada por Navalservice, al tiempo que aquella notifica a esta que la causa de tal negativa era la incorporación de trabajadores de la Administración del Estado a la CHT y que serían estos quienes realizarían las tareas encomendadas antes a Navalservice.

5. La sentencia recurrida cita en apoyo de su tesis las sentencias de esta Sala IV de 21 de enero de 2014 (R. 941/13) y la que en esta misma se menciona (TS 6-3-2013, R. 616/12), pero ninguna de ellas contempla un supues-

to comparable al presente porque, aquí, como vimos, a diferencia de lo que sucedía en esos dos precedentes, constan acreditados los dos extremos arriba destacados (que la demandante conocía la finalización de la contrata antes de reclamar por cesión ilegal y que la propia finalización de la contrata constituía un dato objetivo consecuencia del expediente administrativo seguido para su adjudicación), datos estos que, a nuestro entender, en coincidencia con la resolución de instancia y con la tesis de la sentencia de contraste, contrarrestan de forma más que suficiente el indicio y la presunción favorable a la vulneración del derecho fundamental que, en otras circunstancias, podría derivarse de la reclamación sobre la cesión ilegal.

Nuestras precitadas sentencias de 6/ de marzo de 2013 y 21 de enero de 2014, afectantes a una misma empresa (TRAGSA, luego TRAGSAT) en sendos casos de cesión ilegal, partiendo de que “el núcleo de la decisión [como expresa de manera literal la última de ellas], está en determinar la suficiencia y fortaleza indiciaria del hecho de una reclamación previa por cesión ilegal efectuada por el trabajador antes de que la parte demandada acordara poner fin a su contrato de trabajo”, entienden vulnerado el derecho a la garantía de indemnidad porque, como igualmente pone de relieve la segunda, y lo mismo sucede en la primera, «ninguna prueba se ha practicado para desvirtuar esa conexión entre el dato indiciario y la decisión empresarial extintiva” (FJ 2.º 5 *in fine* STS 21/1/2014), “pues no hay duda de que la declaración de nulidad del despido está íntimamente ligada a la inexistencia de causa para la extinción del contrato y, en particular, en la imposibilidad de aceptar que el contrato se extinguiera por cumplirse el objeto que hubiera justificado su temporalidad” (FJ 3.º 3). Pero para alcanzar esa conclusión, la Sala tuvo en cuenta, indudablemente, las circunstancias fácticas que allí concurrían, entre las que adquieren significativo relieve que el vínculo laboral de los demandantes, prácticamente sin solución de continuidad desde que comenzó la prestación de servicios para la misma empleadora, pretendió extinguirse, mediante un mecanismo ciertamente torticero que, en síntesis, según relatan los hechos probados consistió en la suscripción de una adenda que modificaba el objeto del último de los contratos de trabajo, vinculándolo en ambos casos a una “encomienda de gestión”, cuya posterior reducción trató de justificar el cese, pese a que los trabajos desempeñados por los actores continuaron realizándose por otros trabajadores en circunstancias similares después de los ceses de los demandantes.

Solo una lectura superficial, que banalizaría el propio derecho fundamental en cuestión porque conduciría a un blindaje automático e indiscriminado de situaciones injustificables por contrarias al ordenamiento, permite establecer una comparación entre aquellos precedentes y el presente litigio,

porque, aquí, a diferencia de lo que allí sucedía, aunque hemos reconocido la cesión ilegal, ese simple hecho, pese a tal calificación, que tiene la consecuencia reparadora prevista en el art. 43 ET y, en este caso al menos, no alcanza la suficiencia ni la fortaleza indiciaria como para entender vulnerada la indemnidad, tal como acertadamente entendió el juez de instancia, mejor situado que la Sala de suplicación a esos efectos, pues no en balde ante él se practicaron todas las pruebas que le permitieron construir la incombustible declaración de hechos probados, máxime si, como ya hemos tratado de explicar más arriba, por un lado, la propia prestación de servicios de la ahora demandante no tuvo la continuidad temporal que refleja la declaración fáctica de nuestros otros precedentes (ya vimos que la aquí actora estuvo percibiendo prestación de desempleo durante un significativo periodo temporal, por lo que quiebra aquí la doctrina sobre la unidad esencial del vínculo), y por otra parte, en fin, la presunción vulneradora misma, a diferencia igualmente de lo que sucedía en nuestras dos tan repetidas sentencias, se entendió más que suficientemente desvirtuada por el órgano de instancia, prevaleciendo su criterio respecto a la indemnidad, como resultado de la prueba practicada y con la contundencia que expresa en su fundamentación jurídica (“por un simple acto de voluntad de la parte actora y conociendo de antemano lo que va a venir, se preconstituye una acción de nulidad desligada radicalmente de cualquier conducta de la empresa supuestamente vulneradora de derechos fundamentales de la actora”: FJ 6.º *in fine*), algo, esto último, también completamente diferente de lo acontecido en esos nuestros dos precedentes, en los que, en razón a las circunstancias allí concurrentes, mantuvimos la preeminencia indiciaria de la vulneración de la indemnidad, no de manera automática sino tal y como entonces lo había entendido razonablemente el juez de instancia.»

Concluye la sentencia casando y anulando la sentencia de suplicación impugnada, y resolviendo en toda su extensión el debate suscitado en suplicación, manteniendo la condena conjunta y solidaria a la Confederación Hidrográfica del Tajo y a Navalservice S.L., estimando, en parte, el de tal clase «en el extremo relativo a la cesión ilegal para reconocer la improcedencia del despido de la actora, por entender ya no ajustada a derecho la cláusula de temporalidad del contrato y, por tanto, injustificado el despido, declarando el derecho de la demandante a adquirir la condición de trabajadora indefinida, a su elección, en la empresa cedente o en la cesionaria (art. 43.4 ET), aunque, una vez ejercitada dicha opción, de conformidad con el art. 56.1 ET, el pertinente empresario, en el plazo de cinco días desde que tenga conocimiento de aquella primera

opción, podrá optar a su vez entre la readmisión de la trabajadora o el abono de la indemnización prevista en dicho precepto, que, de resultar necesario, se determinará en el trámite de ejecución, al igual que el importe que corresponda, en su caso, por los salarios de tramitación de acuerdo con el núm. 2 de este último precepto».

Remito, como he indicado, a la lectura del voto particular que la sentencia contiene.

Además, y sobre esta materia, entre otras, van a comentarse en las Jornadas, además de las expuestas, las siguientes sentencias cuya síntesis se señala:

STS/IV de 31 de mayo de 2017 (rcud. 3599/2015)

Cesión ilegal de trabajadores. Controversia sobre la falta de acción.

El trabajador presentó papeleta de conciliación sobre cesión ilegal con anterioridad a la extinción de su contrato y a la finalización de la contrata entre la empresa supuestamente cedente y cesionaria que daba cobertura a las funciones que realizaba. La demanda judicial se produce cuando la contrata y la relación laboral ya están extinguidas; sin embargo, la papeleta de conciliación en el SMAC sobre la cesión se presentó con anterioridad.

Relevancia para la existencia de acción de que la cesión ilegal pudiera no existir ya, tanto al tiempo de la extinción del contrato mercantil entre ambas empresas como en el momento del despido.

STS/IV de 29 de octubre de 2012 (rcud. 4005/2011)

Cesión ilegal. Falta de acción. Demanda frente a supuesta cedente y cesionaria en fecha posterior a la extinción de la contrata. Reitera doctrina.

STS/IV de 16 de mayo de 2017 (rcud. 2960/2015)

Cesión ilegal. Inexistencia de contradicción. La sentencia recurrida y la de contraste aplican la misma doctrina del TS en materia de cesión ilegal de trabajadores. Se constatan diferentes hechos probados.

STS/IV de 8 de enero de 2019 (rcud. 3784/2016)

SITEL: contrata con ENDESA. Análisis de la concurrencia o no de cesión ilegal. Que se rechaza.

STS/IV de 22 de enero de 2019 (rcud. 3701/2016)

Nulidad de despido objetivo por vulneración del derecho a la indemnidad: no concurre. Despido objetivo que se produce después de año y medio de haber presentado demanda por cesión ilegal. Se desestima recurso por considerar que el panorama indiciario aportado por el trabajador es muy débil y ha sido desvirtuado.

STS/IV de 21 de enero de 2014 (rcud. 0941/2013)

Despido nulo: vulneración de la garantía de indemnidad. Cesión ilegal.

STS/IV de 31 de mayo de 2017 (rcud. 3481/2015)

Despido. Vulneración de la garantía de indemnidad. Empresa TRAGSA-TEC. Trabajador cesado diez meses después de haber reclamado judicialmente por cesión ilegal de trabajadores. La opción por readmitir o indemnizar corresponde a la empresa en cuya plantilla elija integrarse el trabajador.

III. Extinciones colectivas de empresas en concurso

Tras examinar la casuística de la materia, pasan a comentarse y analizarse, entre otras, las siguientes sentencias que se relacionan y sintetizan:

STS/IV de 05 de marzo de 2019 (rcud. 620/2018)

Despidos objetivos en empresa declarada en concurso de acreedores que no asistió a juicio, donde la administradora de este —igualmente incomparecida— fue citada juntamente con el FGS. Responsabilidad de dicho organismo en el abono de los salarios comprendidos entre el cierre empresarial y cese de los trabajadores y la fecha de la sentencia de instancia: conforme a una interpretación integrada de la normativa procesal y material de aplicación, procede limitar dichos salarios al momento del despido, al darse las condiciones que se enumeran.

STS/IV de 09/ de enero de 2019 (rcud. 2738/2016)

Competencia del orden social para conocer de una demanda de cantidad, indemnización por extinción de los contratos de trabajo acordada

por auto del juez del concurso, cuando en la demanda se interesa que se consideren nulos determinados acuerdos aprobados en el citado auto, teniendo en cuenta que, en el seno del concurso, ha recaído sentencia aprobando el Convenio.

STS/IV de 18 de diciembre de 2018 (rcud. 2279/2017)

Embargo de bienes acordado por el Juzgado de lo Social antes de conocer la situación concursal de la empresa. Competencia del Juzgado de lo Mercantil para apreciar el eventual carácter necesario de los bienes embargados de cara a la continuidad de la actividad empresarial. En dicha sentencia se aplica de doctrina sentada por las Salas de Conflictos de Jurisdicción y de Competencia del Tribunal Supremo.

STS/IV de 31 de enero de 2019 (rcud. 1141/2017)

Ejecución definitiva de sentencia frente a empresa concursada: solicitud de despacho de ejecución posterior a la aprobación del convenio de acreedores. Competencia del orden social de la jurisdicción. Sigue doctrina de la Sala de Conflictos.

Libertad sindical, protección de datos personales y negociación colectiva

JONATHAN GALLEGO MONTALBÁN

Director profesional del gabinete jurídico de CCOO de Cataluña

Profesor asociado de Derecho del Trabajo en la Universidad Autónoma de Barcelona, UAB

I. Breve introducción

Ya no es discutible que las tecnologías han cambiado el mundo del trabajo y, concretamente, ha creado nuevas formas de organización empresarial. Estas nuevas formas de organización empresarial también han conllevado que el concepto de centro de trabajo, desde un punto de vista locativo, esté desapareciendo. Se puede prestar servicios sin necesidad de estar físicamente en el centro de trabajo, y eso se ha debido al uso de la tecnología.

Si bien la aplicación de la tecnología al trabajo puede favorecer la competitividad y la producción, también ha provocado más precariedad laboral y un uso de sistemas informáticos y tecnológicos que ponen en riesgo la privacidad de los trabajadores. No solo la videovigilancia, también la geolocalización, el control de los ordenadores y los propios datos que la empresa utiliza para la gestión de la relación laboral. Ténganse en cuenta los datos de seguridad social e, incluso, los datos sindicales.

En consecuencia, debemos partir de varios elementos para analizar la problemática de la libertad sindical, la protección de datos y la negociación colectiva.

1. En primer lugar, como hemos mencionado, las nuevas formas de organización empresarial auspiciadas por las tecnologías y la desaparición del centro de trabajo como elemento físico han provocado que la negociación colectiva y las formas de representación legal y sindical deban replantearse, además de tener una Ley Orgánica de Libertad Sindical totalmente superada por la realidad.

2. En segundo lugar, el uso precisamente de las tecnologías ha provocado que el empresario pueda invadir la privacidad del trabajador de

manera más agresiva e intensa desde todas las perspectivas de la relación laboral, a saber, desde el control de los horarios hasta el control de la salud de los trabajadores.

3. En tercer lugar, la normativa de protección de datos, que ha introducido una serie de elementos, los arts. 87 a 91 de la Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD), que, si bien ha pretendido proteger la privacidad de los trabajadores, la realidad es que su regulación es totalmente insuficiente.

Partiendo, por lo tanto, de las premisas anteriores, cabe analizar qué papel juega la negociación colectiva en la regulación de las relaciones laborales y qué papel juegan los sindicatos para la protección, no solo de la privacidad de los trabajadores, sino también de la gestión que realiza la empresa de los datos personales y qué repercusión tiene este tratamiento de datos en la organización del trabajo.

II. Protección de datos - libertad sindical. ¿Realmente es un problema nuevo?

En los últimos años, a raíz de una aplicación mucho más intensa de las tecnologías y de las nuevas formas de organización empresarial, la doctrina ha analizado con más detalle la implicación de las nuevas formas de trabajo en la privacidad de los trabajadores y, también, los últimos pronunciamientos judiciales, sobre todo desde la perspectiva de los derechos humanos, ha conllevado que todos los operadores jurídicos presten más atención.

No obstante, no es un asunto que haya nacido de la nada o de manera inmediata. La aplicación de la tecnología ha sido progresiva en las relaciones de trabajo y, en consecuencia, la litigiosidad ha ido creciendo.

A modo de ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de enero de 1998, declaró la vulneración de la libertad sindical por vulneración de la protección de datos. En el supuesto concreto, en la empresa Renfe se convocó una huelga y la empresa realizó un descuento salarial a un trabajador que no la secundó utilizando el dato de afiliación que tenía en los archivos informáticos para el cobro de la cuota sindical. La empresa, de manera automatizada, utilizó los datos de las cuotas sindicales para realizar de manera indiscriminada los descuentos, solo por el hecho de estar afiliado, y sin comprobar si efectivamente había realizado la huelga o no. En esta sentencia, el TC ya determinó que la protección de datos «se consagra como un derecho fundamental autónomo» para

proteger a los trabajadores y ciudadanos en general «frente al uso torticero de la tecnología informática».

Posteriormente, la sentencia del Tribunal Constitucional (STC 281/2005) sobre el uso del correo electrónico para fines sindicales, de 7 de noviembre de 2005, produjo, a mi entender, un punto de inflexión en el uso de la tecnología⁴⁹.

Se ha abierto el debate respecto al control mediante la videovigilancia, la geolocalización, el control empresarial de los medios informáticos utilizado por los trabajadores y, como última novedad, el derecho a la desconexión y su relación con la conciliación de la vida laboral y familiar.

No es, por lo tanto, un asunto novedoso, pero sí puede entenderse que en los últimos años se ha aplicado a las relaciones laborales de una manera más directa y, por qué no, de manera más agresiva con la finalidad de controlar y organizar de manera más efectiva el trabajo.

III. Ley orgánica de protección de datos personales y garantías de los derechos digitales

La nueva Ley de Protección de Datos de carácter personal supone, nuevamente, otro punto de inflexión en la regulación de los derechos, dedicando cuatro artículos a la garantía laboral de los derechos digitales. Concretamente, los arts. 87 a 91.

No es una cuestión de realizar un análisis exhaustivo y, centrándome expresamente en la negociación colectiva, es evidente que la regulación tiene un carácter genérico. Pero cabe destacar, sobre todo, el poco papel relevante que asigna a la representación de los trabajadores y, en consecuencia, a la negociación colectiva. La importancia que le otorga el legislador a los derechos laborales es mínima, y se puede ver, además, en la propia exposición de motivos, que una sola frase un poco rocambolésca y de sintaxis compleja («el reconocimiento del derecho a la desconexión digital en el marco del derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral») se jacta de reconocer un nuevo derecho, el de «desconexión digital», cuando hay doctrina que ya ha establecido que no resulta necesario con la regulación actual. Pero nada

49 Posteriormente, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en varias sentencias en la misma línea, siendo la más reciente la STS de 21 de febrero de 2019.

se establece respecto al papel de la negociación colectiva, y es importante destacar este extremo.

Respecto al derecho a la intimidad y al uso de los dispositivos digitales, el art. 87.3, por ejemplo, solo establece la posibilidad de que los representantes de los trabajadores «puedan participar» en los criterios de utilización de los dispositivos digitales, pero se omite las consecuencias de la no participación, lo que provoca que el derecho puede verse, simplemente, reducido a una consulta.

El art. 88, en referencia al derecho a la desconexión digital, si bien establece que el ejercicio de la conciliación de la vida laboral, familiar y personal se debe sujetar a lo expuesto en la negociación colectiva, al momento de fijar las modalidades de ejercicio del derecho de desconexión reduce la participación de los representantes a una «previa audiencia».

Por último, los arts. 89 y 90, que se refieren al derecho a la intimidad frente al uso de la videovigilancia y de la grabación de sonidos, así como el derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización, el papel de la representación de los trabajadores se reduce a «ser informados».

Por lo tanto, el papel de la negociación colectiva en el ámbito de la protección de datos personales es totalmente nula. Del art. 87.3, donde establece «puede participar», pasa al art. 88, donde establece «previa audiencia» y, por último, los 89 y 90 acaban de reducir la intervención de los representantes a «ser informados». Una regulación, no solo escasa, sino que además es decreciente. Pero no decreciente de lo mucho a lo poco, sino de lo ridículo a la nada.

IV. El papel de la negociación colectiva

Como hemos señalado, la aprobación de la nueva LOPD es insuficiente. No solo realiza una regulación escasa, además, no da a la negociación colectiva un papel relevante.

Además, hay que añadir que la legislación, desde el Estatuto de los Trabajadores actual y la Ley Orgánica de Libertad Sindical, ha quedado totalmente obsoleta. Todos los pronunciamientos judiciales en torno a las materias antedichas, a saber, control de los medios informáticos, videovigilancia, geolocalización, se realizan en aplicación e interpretación de los derechos fundamentales, puesto que el legislador nada ha realizado para regular estas situaciones. La jurisprudencia, sobre todo del Tribunal

Constitucional (la importante sentencia de la pegatina del grupo Inditex), a raíz de los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos está entredicho, y parece no adaptarse a la realidad de la protección debida a los derechos fundamentales y a la protección de datos.

En consecuencia, para regular el uso de la tecnología, desde todos los aspectos de la relación laboral (ya sea control horario, localización, videovigilancia), la negociación colectiva juega un papel muy importante, y la libertad sindical, como derecho fundamental, debe servir, también, para conseguir que la negociación colectiva regule aquello que el legislador no realiza.

Partiendo, por lo tanto, de esta premisa, para el Sindicato, en Catalunya, juega un papel importante el Acuerdo Interprofesional de Catalunya. Es destacable que se firmó y se publicó en el DOGC (el 4 de septiembre de 2018) antes de la aprobación de la Ley de Protección de Datos y también de los Decretos Ley 6 y 8 de 2019, y destacar, además, que es el primer acuerdo interprofesional donde se regula el uso de la tecnología y las implicaciones de esta en las relaciones laborales. Quiero decir con esto, que el uso de las tecnologías y la protección de datos ya preocupaba al Sindicato.

El acuerdo interprofesional es una herramienta clave para la negociación colectiva, y también sirve de base para la interpretación de los convenios colectivos que se puedan firmar, ya sean sectoriales o de carácter empresarial.

Concretamente, en el capítulo XV se regula «el uso de las tecnologías de la información y la comunicación». Cabe destacar que la regulación es mucho más extensa que la Ley de Protección de Datos, y se pueden destacar varias medidas, todas relacionados y referentes al uso de las herramientas informáticas, donde se refuerza el papel de la negociación colectiva. En primer lugar, con relación al uso de la tecnología, cabe mencionar las siguientes propuestas:

1. En supuesto de conflictos por el uso y control de la tecnología, «se garantizará la asistencia de la representación legal de las personas trabajadoras».
2. Se fomenta la realización de protocolos negociados entre empresas y representación para establecer los límites y también el uso de las tecnologías para el ámbito privado.
3. Que se regule en la negociación colectiva el uso de la representación legal y sindical de las herramientas tecnológicas y el uso de la red.

En segundo lugar, en un apartado concreto, ya se regula el derecho a la desconexión digital. En este supuesto concreto, además, se establecen propuestas de redactado de cláusulas para que se incorporen en los convenios colectivos.

1. Nuevamente se fomenta que se suscriban protocolos entre la empresa y la representación legal, a fin de que el derecho a la desconexión sea efectivo.

2. Las actuaciones de comunicación y sensibilización a la plantilla para realizar un uso razonable de las tecnologías y el respeto al descanso y a la conciliación de la vida personal y familiar.

V. Breve conclusión

El Sindicato entiende que la negociación colectiva, en relación con la libertad sindical, juega un papel muy importante en la regulación del uso de las tecnologías y de qué manera la empresa puede establecer mecanismos de control sin que estos vulneren la protección de datos e intimidad de los trabajadores. Pongamos de ejemplo el control de la jornada horaria, obligación empresarial de tener un registro, que debe negociarse con la representación la organización y documentación, pero no el sistema y la forma en que debe hacerse, y que, realmente, es lo que puede incidir en la protección de datos.

Merece, por lo tanto, realizarse una serie de cuestiones que dejo para el debate:

- ¿Realmente el legislador y la regulación que realiza busca que haya una participación efectiva de la representación legal o sindical?
- ¿Existe algún mecanismo efectivo para saber si la empresa no utiliza los datos para otros fines que no sean los estrictamente de control? Por ejemplo, para tener información para aplicar medidas colectivas como despidos o modificaciones, o ineptitudes sobrevenidas.
- ¿Realmente el debate y la legislación se debe centrar en cómo debe realizarse el control?, o ¿debería centrarse en plantearse si es necesario que haya un control constante sobre el trabajador si no es estrictamente necesario? Damos por hecho que debe utilizarse la tecnología para el control, ¿siempre es necesario?

Mesa redonda en materia de libertad sindical, protección de datos personales y negociación colectiva

ROSA MARIA PEIX QUINTANA

Letrada del gabinete jurídico de la UGT de Cataluña

Las normas sobre protección de datos de carácter personal y garantías digitales son aplicables al conjunto de la vida social y también en el contexto de las relaciones de trabajo.

La nueva Ley de Protección de Datos de carácter personal y garantías de los derechos digitales (LO 3/18, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales), viene a sustituir la anterior regulación, sin olvidar también lo regulado en la normativa europea y, en concreto, en el Reglamento Europeo de Protección de Datos (UE 2016/679).

Esta Ley Orgánica, que sustituye a la anterior, ha introducido nuevos conceptos y nuevos articulados tanto en el Estatuto de los Trabajadores (ET), incardinándolo el legislador como art. 20 bis, así como en el art.14 del Estatuto Básico del Empleado Público.

Es de ver como el art. 20 bis del ET, su enunciado es «Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión», y viene a decir lo siguiente:

«Art. 20 bis

Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.»

Nos preguntamos cómo el legislador lo ha incardinado justo detrás del art. 20 del ET que versa sobre Dirección y control de la actividad

laboral, y la explicación más plausible es por razón de lo que se regula en su apartado tercero de medidas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales.

El legislador intenta ponderar diferentes intereses en conflicto, el art. 20 y el 20 bis, es decir, las facultades de control y vigilancia empresarial con los derechos fundamentales del trabajador como son los derechos a la intimidad y secretos de comunicaciones, previstos también el art. 18 de la Constitución Española.

No hay que olvidar la normativa convencional, fruto de la negociación colectiva, que puede regular estas materias salvaguardando los mínimos establecidos por las leyes y normas legales.

No hay que perder de vista el derecho a la protección de datos personales que asiste al trabajador, que conecta con el derecho a la intimidad y su dignidad como persona (art. 4 E.T), el cual se ha de ponderar con el poder empresarial en sus facultades de control y vigilancia.

¿Cómo se realiza esta ponderación de intereses contrapuestos? Aplicando el principio de proporcionalidad, el cual se ha de ver en su triple dimensión, la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.

Tras la modificación operada por la LOPDGDD, y la creación del art. 20 bis en el Estatuto de los Trabajadores, se reconocen expresamente a los trabajadores y trabajadoras los siguientes derechos:

1. Derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador

Se han de establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales, vía negociación colectiva. Se puede prever su uso con fines privados por parte del trabajador, horarios para su uso, etc. En cualquier caso, los trabajadores deben ser informados de los criterios de su utilización. También se puede negociar la prohibición del uso de internet para fines personales. En cualquier caso, la plantilla ha de ser previa y debidamente informada de sus usos y limitaciones, respetándose en todo caso la privacidad y confidencialidad de las comunicaciones, así como el secreto de las mismas.

Conviene ver las sentencias dictadas por el TEDH, en los casos Barbulescu y López Ribalda, el primero es interesante porque trata sobre el secreto de las comunicaciones y, el segundo, por el ilícito de las grabaciones ocultas con carácter general.

2. Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral

El mismo está regulado en el art. 88 de la LOPDGDD, y viene a garantizar el respeto al trabajador de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como a su intimidad personal y familiar.

Queda sujeto también a la negociación colectiva en la que se han de definir las modalidades de dicho ejercicio de desconexión, como, por ejemplo, los horarios de apertura y cierre en dispositivos digitales como el móvil, las tablets, correo electrónico, WhatsApp, etc. Y como tema controvertido en toda negociación colectiva a estos efectos es la regulación mediante pacto de las «disponibilidades» de los mismos por parte del trabajador, así como su alcance obligacional más allá de su horario laboral. Se ha de hacer una sensibilización del personal sobre el uso razonable de las herramientas tecnológicas y digitales que evite el riesgo de fatiga informática.

3. Derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización (arts.89 y 90 de la LOPDGDD)

Según la nueva normativa, los empleadores podrán tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores y empleados públicos previstos legalmente.

Con carácter general, el empresario debe informar, con carácter previo, de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores y a sus representantes acerca de esta medida.

La utilización de sistemas de grabación de sonidos en el lugar de trabajo se admite únicamente cuando resulten relevantes riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas, respetando siempre el principio de proporcionalidad, intervención mínima y garantías. En el juicio del principio de necesidad se ha de ver si no existen otras medidas más moderadas para satisfacer el interés empresarial.

No se admiten cámaras en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores, tales como vestuarios, aseos, comedores o análogos.

Se debe informar de la finalidad de estas medidas de videovigilancia porque, si no, se vulnera el derecho a la protección de datos, es decir, se ha de informar expresamente de que se pueden utilizar las imágenes con fines sancionatorios. La imagen es un dato de carácter personal y como tal se ha de tratar.

En la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral se ha de informar a los trabajadores de forma expresa, clara e inequívoca acerca de la existencia y características de estos dispositivos. Se les ha de informar del derecho de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión.

En el ámbito judicial, se ha admitido la instalación por parte del empresario de un sistema GPS en el automóvil facilitado al trabajador para efectuar su seguimiento y control, pero se ha de informar de su colocación, si no, supone una injerencia en los derechos a la intimidad personal y protección de datos del mismo, y sería una ilicitud de la obtención de la prueba considerada como tal en acto de juicio.

A todo ello, y para finalizar, hay que recordar la intervención de los representantes de los trabajadores en esta materia que regula la nueva Ley de Protección de Datos de carácter personal y garantías digitales, que, como ya se ha mencionado, es relevante a la hora de la negociación colectiva en la que se han de compaginar los intereses legítimos de control y vigilancia por parte de las empresas, y los derechos de los trabajadores respecto a su intimidad en relación con el entorno digital y a su desconexión para hacerlos compatibles.

El art. 64, apdo. 5, letra f) del Estatuto de los Trabajadores regula que el comité de empresa, y por extensión los representantes de los trabajadores, tiene derecho a emitir informe, con carácter previo a su ejercicio, acerca de las medidas adoptadas por el empresario con relación a la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, en la que se entiende cualquier medio de control con carácter estable, duradero y estructural. Dicho informe no será vinculante, pero es preceptivo. Ello se ha de poner en relación con el art. 91 de la LOPDGDD, en la que el legislador traslada a la negociación colectiva la posibilidad de establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores.

Manifiestar que cualquier medida empresarial de control y vigilancia contrarias a los derechos fundamentales son nulas y, por tanto, ineficaces sus pruebas obtenidas, debiéndose mencionar expresamente esa ilicitud en el acto de juicio, en el caso de que nos encontremos ante estas situaciones.

Juzgar con perspectiva de género en la jurisdicción social

MARÍA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA

Magistrada del Tribunal Supremo. Sala Cuarta

I. Introducción

Juzgar con perspectiva de género quiere decir, y solo puede querer decir, hacerlo sin discriminación alguna, tanto a la hora del fallo como en la exposición de los argumentos o en la elección del lenguaje y la narrativa. Discriminación que no siempre es fácil de sentir y de observar. A menudo está enmascarada bajo actitudes profundas, hondamente interiorizadas, vinculadas a una lógica sexológica dominante y a una sexualidad normativa. Desigualdades que no se resuelven aludiendo verbalmente a los dos géneros —ciudadanos y ciudadanas, trabajadores y trabajadoras— ni denunciando algunos estereotipos visibles pero, por ello mismo, superficiales.

Juzgar con perspectiva de género conlleva el compromiso de observar cada sentencia bajo una mirada general, macroscópica, que trate de repasar los argumentos por si se ha cometido alguna discriminación clara y, a la vez, reflexionar en profundidad, con mirada microscópica, por si se ha colado en nuestro discurso alguna fuente de desigualdad en la que participamos sin darnos cuenta. No basta con formular un enunciado igualitario con mucha pompa y aspavientos, pues por esa vía se puede incurrir en el mismo pecado machista o falocéntrico que denunciaremos.

El peso de muchos siglos de sociedad viril y patriarcal ni se borran de la noche a la mañana ni dejan ver sus huellas fácilmente en nuestra propia mentalidad, por muy conscientes y rebeldes que seamos. Somos hijos de la naturaleza y de la cultura, y esta filiación nos hace herederos de una ideología masculina. La cultura es súbdita temporalmente de sus fuentes grecorromanas, y pocas sociedades han sido más fálicas y asimétricas que la que nos remite a Roma. Y la naturaleza, por su cuenta,

nos ofrece como mejor ejemplo el de las leonas que cazan para que el macho las aparte de un manotazo y se ponga en primera línea de mesa.

Lograr una perspectiva de género no es un hecho puntual, sino una tarea progresiva y constante que, una vez iniciada, no termina jamás. Al menos para nosotras, en el corto periodo de historia que ocupamos. Consiste en inspeccionar cada una de nuestras intervenciones para que todas contengan un grado mayor de igualdad y traten de incluir nuevos valores que se impongan sobre la conservadora media general.

Juzgar con perspectiva de género también quiere decir que vigilamos para que las relaciones de poder no corran siempre en la misma dirección sexual, es decir, de arriba abajo, de hombre a mujer, donde la mujer acepta el modelo que se le propone de pasividad y objeto de deseo. Nuestra tarea debe incluir la lucha a favor de una legislación distinta, para que la hegemonía masculina no se presente como un hecho natural, sino que se revele como una sinrazón social que prescribe arbitrariamente un modelo asimétrico de hombre y de mujer.

Ahora bien, la desigualdad puede ser muy notoria y fácil de detectar cuando la discriminación es salarial, en el campo de las relaciones laborales, o de violencia física en el dominio de las relaciones personales. Pero resulta más difícil de descubrir, demostrar o corregir cuando se trata de valorar la capacidad profesional, estimar la aspiración de liderazgo o de juzgar sobre la violencia psíquica en las relaciones de pareja. En estos casos el acoso laboral se puede confundir con las legítimas relaciones de poder que se establecen en la empresa, o con los inevitables ejercicios de poder que rodean al deseo y a las prácticas amorosas, ya sean sexuales, sentimentales o ambas dos.

Las relaciones de amor y de amistad son un combate, pacífico en el mejor de los casos —la *militia amoris* de los antiguos—, que debe regirse por un ideal de igualdad, pero que a veces concluye en una batalla campal donde es difícil distinguir a veces entre víctima y verdugo. En estos casos, actuar con perspectiva de género es apoyar al más débil, a sabiendas de que eliminado el dominio físico, donde el respeto debe ser absoluto, no siempre coinciden mujer y debilidad.

Juzgar con perspectiva de género ha de ser observado tanto por jueces como por juezas, por magistradas y magistrados.

La perspectiva de género no es algo privativo de las juezas y magistradas, por el contrario, ha de ser asumida por todo juzgador/a para que sus resoluciones sean justas y no discriminatorias.

Tal y como resulta del art. 2 de la LO 3/2007, de igualdad efectiva de mujeres y hombres, de 22 de marzo, trasponiendo la regulación conteni-

da en la Directiva de la Unión Europea, se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima, y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

El prescindir de la perspectiva de género en la interpretación y aplicación de las leyes, puede conducir a incurrir en una auténtica discriminación respecto a la mujer a la que se está aplicando la norma.

II. Antecedentes históricos

La igualdad entre mujeres y hombres es un principio jurídico universal, reconocido en diversos textos internacionales sobre derechos humanos, entre los que destacan:

- La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1979 y ratificada por España en 1983.
- La Conferencia Mundial sobre la Mujer de Nairobi de 1985.
- La Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia sobre la mujer, proclamada en diciembre de 1993 por la Asamblea General.
- Las resoluciones de la última Cumbre Internacional sobre la Mujer, celebrada en Pekín en septiembre de 1995.
- La resolución WH A 49.25 de la Asamblea Mundial de la Salud, declarando la violencia como problema prioritario de salud pública, proclamado en 1996 por la OMS.
- El informe del Parlamento Europeo de julio de 1997.
- La resolución de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1997.
- La Declaración de 1999 como Año Europeo de lucha contra la violencia de género.
- La Decisión 803/2004/CE del Parlamento Europeo, por la que se aprueba un programa de acción comunitario (2004-2008) para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre la infancia, los jóvenes y las mujeres, y proteger a las víctimas y grupos de riesgo

- (Programa Daphne II), fijando la posición y estrategia de los representantes de la ciudadanía de la Unión al respecto.
- El Convenio del Consejo de Europa —Convenio de Estambul— sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, abierto a la firma el 11 de mayo de 2011, que entró en vigor el 1 de agosto de 2014.

En el ámbito de la Unión Europea, la igualdad es así mismo un principio fundamental. El Tratado de Ámsterdam, que entró en vigor el 1 de mayo de 1999, proclamó, como uno de los objetivos que debe integrarse en todas las políticas y acciones de la Unión y de sus miembros, la igualdad entre mujeres y hombres y la eliminación de las desigualdades entre unas y otros.

Con amparo en el antiguo art. 111 del Tratado de Roma, se ha desarrollado un acervo comunitario sobre la igualdad de sexos, del que cabe destacar la Directiva 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, y la Directiva 2004/113 CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y a su suministro.

En nuestro ordenamiento jurídico, el principio de igualdad aparece recogido en el art. 14 de la Constitución, que, con toda rotundidad, proclama el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo, estableciendo el art. 9.2 la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas.

La LO 3/2007 de Igualdad efectiva de mujeres y hombres, de 22 de marzo, incorpora al ordenamiento interno las dos Directivas en materia de igualdad de trato anteriormente señaladas.

Objetivo

La LO 3/2007 tiene por objetivo conseguir la igualdad plena, efectiva entre hombres y mujeres, aquella «perfecta igualdad que no admita poder ni privilegio para unos ni incapacidad para otros», en palabras escritas por John Stuart Mill, hace casi ciento cuarenta años.

El art. 1 dispone que la Ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, me-

dian­te la eli­mi­na­ción de la dis­cri­mi­na­ción de la mu­jer, sea cual­qui­era su cir­cun­stan­cia o su con­di­ción, en cual­es­qui­era de los ámbi­tos de la vida y, sin­gular­men­te, en las es­fe­ras polí­ti­ca, ci­vil, la­bo­ral, eco­nó­mi­ca, so­cial y cul­tural, para al­can­zar una so­cie­dad más de­mo­crá­ti­ca, más jus­ta y más so­li­da­ria.

Si bien en nues­tro or­dena­mien­to está plenamen­te re­co­no­ci­da la igua­l­dad for­mal ante la Ley —art. 14 de la Con­sti­tu­ción— este re­co­no­ci­mien­to se ha de­mos­tra­do in­su­fi­cien­te, subsis­tiendo aún ma­ni­fes­ta­cio­nes de desigua­l­dad, como la vio­len­cia de gé­ne­ro, la dis­cri­mi­na­ción sa­la­ri­al, la dis­cri­mi­na­ción en las pen­sio­nes de viudedad, el ma­yor de­se­m­pleo fe­me­ni­no, la es­ca­sa pre­sen­cia de las mu­je­res en pue­stos de re­spo­n­sa­bi­li­dad polí­ti­ca, so­cial, cul­tural y eco­nó­mi­ca, o los pro­ble­mas de con­ci­lia­ción en­tre la vida per­so­nal, la­bo­ral y fa­mi­liar.

Por todo ello, es ne­ce­sa­ria una ac­ción nor­ma­ti­va di­ri­gi­da a com­batir to­das las ma­ni­fes­ta­cio­nes aún subsis­ten­tes de dis­cri­mi­na­ción di­rec­ta o in­di­rec­ta por ra­zón de sexo, y a pro­mo­ver la igua­l­dad real en­tre mu­je­res y hom­bres, con re­mo­ción de los ob­stá­cu­los y es­te­reo­ti­pos so­cia­les que im­pe­den al­can­zarla.

III. La trans­ver­sa­li­dad

La desigua­l­dad en­tre hom­bres y mu­je­res, subsis­ten­te en la ac­tualidad, aunque quizás de forma más lar­va­da su­til u oculta que en épocas an­te­rio­res —ac­tua­les dis­cri­mi­na­cio­nes in­di­rec­tas—, nos obli­ga a bus­car una re­spues­ta, in­te­gran­do la di­men­sión de gé­ne­ro en la ac­ti­vi­dad ju­rí­di­ca, in­cor­po­ran­do ele­men­tos en­ca­mi­na­dos a la equi­pa­ra­ción real de am­bos sexos y a evi­tar que con­ti­núe la subor­di­na­ción de las mu­je­res a través de los es­te­reo­ti­pos so­cia­les aso­cia­dos al sexo.

Aparece el prin­ci­pio de trans­ver­sa­li­dad de la di­men­sión de gé­ne­ro para lu­char con­tra la in­sti­tu­ci­o­naliza­ción de la dis­cri­mi­na­ción. Se su­pe­ra así el tra­di­ci­o­nal con­cep­to de igua­l­dad, que su­pone la com­pa­ra­ción de dos tér­mi­nos ho­mo­gé­neos para con­se­guir la efec­ti­va igua­l­dad de trata­do y opor­tunidades.

El art. 1 de la LO 3/200 ex­pre­sa­men­te dis­pone: «Esta Ley tiene por ob­je­to ha­cer efec­ti­vo el de­re­cho de igua­l­dad de trata­do y de opor­tunidades en­tre mu­je­res y hom­bres, en par­ti­cu­lar, me­diante la eli­mi­na­ción de la dis­cri­mi­na­ción de la mu­jer, sea cual fuere su cir­cun­stan­cia o con­di­ción, en cual­es­qui­era de los ámbi­tos de la vida y, sin­gular­men­te, en las es­fe­ras polí­ti­ca, ci­vil, la­bo­ral, eco­nó­mi­ca, so­cial y cul­tural para, en el de­sar­rol­lo

de los arts. 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria»

Por su parte, el art. 3 establece: «El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación directa o indirecta, por razón de sexo, y especialmente las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil».

El título IV se consagra a «El derecho al trabajo en igualdad de oportunidades», dedicando el capítulo I a «La igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral» —Programas de mejora de la empleabilidad de las mujeres y promoción de la igualdad en la negociación colectiva—, el capítulo II a «Igualdad y conciliación» —los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral—, el capítulo III a «Los planes de igualdad en las empresas» y el IV a «Distintivo empresarial en materia de igualdad».

La igualdad de trato supone la prohibición de toda discriminación directa o indirecta, en tanto la igualdad de oportunidades va más allá, supone una potenciación del derecho a la igualdad, haciéndolo real y efectivo a través de las medidas de acción positivas, de igualdad de oportunidades y de participación equilibrada.

La dimensión transversal de la igualdad, seña de identidad del moderno derecho antidiscriminatorio, aparece como principio fundamental de la Ley.

Las medidas que adopta la Ley pueden clasificarse en tres grandes grupos:

- a) La prevención de conductas discriminatorias.
- b) La previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad.
- c) La proyección del principio de igualdad sobre los diversos ámbitos del ordenamiento de la realidad social, cultural y artística en que pueda generarse o perpetuarse la desigualdad.

Este alcance horizontal del principio de igualdad se manifiesta en que la Ley se refiere a la generalidad de las políticas públicas en España, tanto estatales como autonómicas y locales.

El principio de transversalidad de la dimensión de género ha de aplicarse también en el ámbito de la actividad jurídica.

IV. La transversalidad en nuestro ordenamiento jurídico

Como se ha apuntado con anterioridad, la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, tiene como hilo conductor el principio de transversalidad, que aparece explícitamente contemplado en su Exposición de Motivos y en el art. 15.

En el apdo. III de la Exposición de motivos, consigna que «La mayor novedad de esta Ley radica, con todo, en la prevención de esas conductas discriminatorias y en la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad. Tal opción implica necesariamente una proyección del principio de igualdad sobre los diversos ámbitos del ordenamiento de la realidad social, cultural y artística en que pueda generarse o perpetuarse la desigualdad. De ahí la consideración de la dimensión transversal de la igualdad, seña de identidad del moderno derecho antidiscriminatorio, como principio fundamental del presente texto. La Ley nace con la vocación de convertirse en la Ley código de la igualdad entre mujeres y hombres».

El art. 15, bajo el epígrafe «Transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.», incardinado en el tít. II «Políticas públicas para la igualdad», dispone que «el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. Las Administraciones Públicas lo integrarán de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades».

El art. 14, por su parte, enumera los criterios generales de actuación de los Poderes Públicos:

- Compromiso con la efectividad del derecho constitucional de igualdad.
- Integración del principio de igualdad de trato y de oportunidades en el conjunto de las políticas económica, laboral, social, cultural y artística.
- La colaboración y cooperación entre las distintas Administraciones Públicas en la aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades.
- La participación equilibrada de mujeres y hombres en las candidaturas electorales y en la toma de decisiones.

- La adopción de las medidas necesarias para la erradicación de la violencia de género, la violencia familiar y todas las formas de acoso sexual y acoso por razón de sexo.
- Consideración de las dificultades de mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad, emigrantes, niñas, personas con discapacidad, mujeres mayores, viudas, víctimas de violencia de género.
- Protección de la maternidad, con especial atención a la asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia.
- Establecimiento de medidas que aseguren la conciliación de la vida laboral, personal y familiar de mujeres y hombres, y fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y atención a la familia.
- Fomento de cooperación entre Administraciones Públicas y agentes sociales, asociaciones de mujeres y otras entidades privadas.
- Fomento de la igualdad entre mujeres y hombres en las relaciones entre particulares.
- Implantación de lenguaje no sexista.
- Se promoverán todos estos puntos también en la política española de cooperación internacional.

Ante el tenor literal de las normas, hemos de concluir que el principio de integración de la dimensión de género vincula a todos los poderes del Estado: legislativo, ejecutivo y judicial.

La vinculación del poder judicial deriva de su sumisión al imperio de la ley, art. 117 de la Constitución, existiendo en nuestro ordenamiento una serie de normas antidiscriminatorias que contemplan diferentes aspectos.

Podemos destacar, en el ámbito orgánico, los juzgados especializados en violencia de género.

En materia procesal y procedimental, la orden de protección, las medidas cautelares, el carácter preferente y sumario de algunos procedimientos. De singular importancia se revelan las normas sobre distribución de la carga de la prueba en litigios sobre discriminación.

En el aspecto sustantivo, aparecen normas específicas como la prohibición de la discriminación directa o indirecta, medidas de acción positiva, derechos de maternidad y conciliación de la vida familiar, personal y laboral, y medidas de protección frente a la violencia de género.

El principio de transversalidad exige la integración de la dimensión de género en la aplicación de todas las normas.

V. Interpretación de las normas

Tal y como señala Fernando Lousada Arochena, en su artículo «La integración de la perspectiva de género en la aplicación e interpretación de las normas por la jurisdicción Social», la herramienta más trascendental, a los efectos de integrar la dimensión de género en la aplicación e interpretación de la totalidad de las normas jurídicas, se deriva de la consideración de la igualdad como valor supremo del ordenamiento jurídico, tal y como lo proclama, el art. 1 de la Constitución y del carácter de derecho fundamental que le reconoce el art. 14 de la Carta Magna.

El art. 4 de la LO 3/2007, bajo la rúbrica «Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas» establece: «La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y como tal se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas»

Señala el citado autor que la interpretación de las normas a la luz del principio de igualdad de sexos requiere considerar tanto el aspecto de la igualdad de trato entre mujeres y hombres como el aspecto de la igualdad de oportunidades, lo que conlleva que haya de realizarse bajo el prisma de la ponderación. En concreto:

- La interpretación y aplicación de las normas jurídicas bajo el principio de la igualdad de trato se aplica cuando surge una duda de derecho, y se aplica respecto a todas las normas, con independencia de que sean de derecho discriminatorio, sustantivo o procesal. No es necesario que haya sido planteada por alguno de los litigantes ya que en la aplicación de las normas rige el principio *iura novit curia*.
- La interpretación ha de hacerse a favor del principio de igualdad de trato y de oportunidades, a cuya diferencia ya nos referimos con anterioridad, y nos remitimos a la misma.
- La interpretación a favor de la igualdad es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, ha de ser el faro a cuya luz se interpreten las normas. Ha de aplicarse la ponderación que supone examinar cuál de las soluciones posibles hace más efectivo el principio de igualdad.
- Se han de evitar los efectos perversos de las normas jurídicas, como, por ejemplo, conceder pensión de viudedad al ex esposo condenado por violencia de género.

Ante la regulación existente en la materia, la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género —LMPVG— inicia la restricción de los derechos a pensión de viudedad de los agresores.

Su DA 1.^a, establece:

«Quien fuera condenado por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio, en cualquiera de sus formas o de lesiones, cuando la ofendida por el delito fuera su cónyuge o excónyuge, perderá la condición de beneficiario de la pensión de viudedad que le corresponda dentro del sistema público de pensiones para la víctima, salvo que, en su caso, medie reconciliación entre ellos».

Su antecedente es la OM de 13 de febrero de 1967, que establece que las prestaciones por muerte y supervivencia se extinguen «Por declaración en sentencia firme de culpabilidad en la muerte del causante».

Es muy criticada esta regulación, ya que solo contempla los supuestos extremos de homicidio y lesiones, y solo en los supuestos de cónyuges o excónyuges

La Ley 40/2007, de 23 de diciembre, reforma el precepto de la LMPVG, y queda redactado así:

«Quien fuera condenado por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio, en cualquiera de sus formas o de lesiones, perderá la condición de beneficiario de la pensión de viudedad que le corresponda dentro del sistema público de pensiones cuando la víctima de dichos delitos fuera la causante de la pensión, salvo que, en su caso, medie reconciliación entre ellos».

La Ley 26/2015, de 28 de julio, introduce en la LGSS los arts. 179 ter, quater, quinquies y sexties —actualmente 231 a 234 LGSS—, que regulan efectos específicos en los supuestos de condena por violencia de género, como la devolución de prestaciones en caso de condena o la suspensión cautelar del percibo de la pensión en el caso de resolución judicial de la que se deriven indicios racionales de responsabilidad del beneficiario.

VI. Función integradora

El art. 4 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, dispone, bajo la rúbrica «Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas»: «La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y como

tal se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas»

En este precepto se reconoce explícitamente la función integradora del principio de igualdad de trato y de oportunidades, al figurar en el epígrafe «Integración del principio...» y en el precepto «...se integrará...». Al ser un principio informador del ordenamiento jurídico, se aplica lo dispuesto en el art. 1.4 CC: «Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico».

La función integradora supone la ausencia de una norma aplicable al caso real, bien por inexistencia de regulación, bien por no considerar en la misma el valor de igualdad de sexos que debió haberse considerado —laguna axiológica—. En este último caso es más difícil la integración del valor igualdad, al existir una regulación positiva (supuesto de pensión de viudedad a favor del excónyuge de la víctima de violencia de género. Por ejemplo no la mata, pero la sume en una profunda depresión que la conduce al suicidio ¿Tendría derecho a pensión de viudedad?).

VII. Aplicación de la perspectiva de género

Resoluciones judiciales en las que se ha aplicado, aludiendo expresamente a la perspectiva de género:

Voto particular a la sentencia de 4 de junio de 2018, rec. 1739/2017, Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede Las Palmas).

La demandante es una camarera de pisos de un hotel, que lleva trabajando desde el año 1978, tiene 61 años y ha de limpiar 23 habitaciones diarias. Se le impuso una sanción por falta muy grave, por dejar de limpiar un día del mes de marzo una habitación, tres habitaciones ese mismo mes, y otro día de abril, dos habitaciones, si bien los clientes no requirieron limpieza. Había sido advertida con anterioridad el 15 de febrero por la comisión de falta muy grave por dejar de limpiar habitaciones en un total de 24 días entre julio 2016 y febrero 2017. El servicio de prevención de Asepeyo había realizado una evaluación ergonómica calificando como «tolerable» la carga de trabajo.

La sentencia de instancia desestimó la demanda. La sentencia de suplicación realiza unas consideraciones acerca de que, al estar en presencia de un recurso de suplicación que solo puede resolverse por unos

motivos tasados, ha de resolverse en los propios términos que el recurso plantea, sin que pueda ir más allá introduciendo debates jurídicos que no han sido objeto de censura jurídica.

La Sala entiende que ha habido un retraso o demora, que es falta leve, pero no un incumplimiento, por lo que, no existiendo intencionalidad ni perturbación importante en el servicio, no es falta muy grave y autoriza al empresario a imponer la sanción adecuada a la falta.

El voto particular señala que la perspectiva de género ha de integrarse en las sentencias, aun cuando las partes no lo soliciten expresamente, tal como resulta de la regulación normativa —recomendación general 33 sobre acceso de las mujeres a la justicia del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer; la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, art. 31.1; Constitución Española, art. 10.2 y 14; LO 3/2007, de 22 de marzo, arts. 4, 6.2, y 15. ET, art. 17.1, perspectiva aceptada por las sentencias del TC que cita. Parte de la realidad de un trabajo feminizado y de la asignación de una carga de trabajo impuesta unilateralmente por la empresa a partir de un estudio realizado sobre la actividad de dos camareras, cuya edad no consta, durante 62 minutos, en presencia de representantes de la empresa, no de los trabajadores, realizada después de haber sancionado a la hoy recurrente. Supone que la camarera dispone de 19,56 minutos para limpiar cada habitación. No hay correcta valoración de riesgos psicosociales para ponderar el riesgo de la carga de trabajo sobre la salud.

Sentencia de 3 de julio de 2018, rec. 260/2018, Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede Las Palmas), que aplica la perspectiva de género para resolver si la solicitante tiene derecho a la RAI, que le era denegada por el SEPE por haber transcurrido un dilatado periodo de tiempo desde que se extinguió la prestación por desempleo hasta que solicitó la RAI, entendiéndolo la Entidad Gestora que no se cumplían los requisitos previstos en el art. 2 del RD 1369/2006, de 24 de noviembre. Pone de relieve la sentencia el impacto de género que tiene la RAI, ya que existe una mayoría de desempleo femenino y la norma protege también a la víctima de violencia de género.

Sentencia de 22 de febrero de 2019, rec. 3317/2018, Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que aplica la perspectiva de género para reconocer una pensión de viudedad a favor de la actora, separada judicialmente el 8 de noviembre de 1985 y a la que no se había reconocido pensión compensatoria, únicamente alimentos para el hijo. La sentencia utiliza la técnica de la posicionalidad como método de enjuiciamiento de género para evitar el prejuicio de no creer a quien dice

ser víctima de violencia y a la vez enfrentarla a una prueba cuasi diabólica. La actora, en la demanda de separación, invocaba la existencia de malos tratos e injurias verbales habituales y graves, agresividad y malos tratos físicos. La sentencia de la Sala de lo Social razona que hay que situarse en el contexto de la época en la que se dictó la sentencia de separación —año 1985— en la que no estaba visibilizada la violencia de género, en la que la esposa no tenía posibilidades razonables de denunciar penalmente con éxito al esposo, por lo que acudió al proceso civil, donde obtuvo la sentencia de separación. Más de treinta años después se encuentra con la carga de probar el maltrato que entonces alegaba, con la dificultad que lógicamente acarrea el paso del tiempo, por lo que la sentencia concluye que existe un panorama indiciario que, conforme a un criterio racional y humano, sustentado en el art. 386 de la LEC, permiten tener acreditada la violencia de género, lo que conduce a reconocer la pensión de viudedad, en virtud de lo establecido en el art. 220.1, párrafo tercero, de la LGSS.

Resoluciones judiciales en las que se ha aplicado, sin aludir expresamente a la perspectiva de género, si bien se invocan los arts. 1.1, 4 de la LOIMH y la consecución de la igualdad efectiva

Sentencia de 21 de diciembre de 2009, rec. 201/2009, de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

La sentencia examina la acreditación de cotizaciones al extinguido régimen del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI) a efectos de completar el periodo mínimo de carencia que se exigía en el mismo para la adquisición del derecho a pensión. Más en concreto, lo que pretende la actora y recurrente en casación unificadora es que se le computen como cotizados, asimilados por parto, los 112 días de bonificación establecidos en la Disposición adicional cuadragésimocuarta (DA 44.^a) de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), introducida por el epígrafe veintitrés de la Disposición Adicional Decimioctava de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, cuyo contenido literal es el siguiente:

«Periodos de cotización asimilados por parto. A efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente de cualquier régimen de la Seguridad Social, se computarán, a favor de la trabajadora solicitante de la pensión, un total de 112 días completos de cotización por

cada parto de un solo hijo y de 14 días más por cada hijo a partir del segundo, este incluido, si el parto fuera múltiple, salvo si, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o, si el parto fuese múltiple, durante el tiempo que corresponda.»

La sentencia interpreta una norma de igualdad, y lo hace acudiendo a los específicos preceptos de la LO 3/2007, de 22 de marzo, arts. 1.1 y 4, y a la consideración de la transversalidad de la norma.

Resoluciones judiciales en las que se ha aplicado sin aludir expresamente a la perspectiva de género, si bien se invocan los arts. 1.1, 4 de la LOIMH

Sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2011, rec. 4587/2009, y 26 de septiembre de 2017, rec. 2445/2015, concediendo pensión de viudedad a mujeres divorciadas, sin pensión compensatoria, víctimas de violencia de género.

Resoluciones judiciales en las que se ha aplicado sin aludir expresamente a la perspectiva de género, si bien se invoca el art. 14 de la Constitución

Sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2015, rec. 104/2014 y de 10 de julio de 2018, rec. 2708/2016, despido individual de trabajadora embarazada en el seno de un despido colectivo ajustado a derecho. Se ha apreciado que existía causa para proceder al despido colectivo, pero se ha declarado nulo el despido de la trabajadora. La razón es que la empresa —a la que incumbía probar que su actuación obedeció a causas reales y objetivas absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales— no ha justificado qué criterio había seguido para la extinción del contrato de la trabajadora, cual era el motivo de que se prescindiera de ese concreto puesto de trabajo —subsistían varios de su misma categoría—, teniendo en cuenta la incidencia de las causas económicas en la supresión del mismo, debiendo añadirse que la empresa no había fijado los criterios de selección de los trabajadores afectados, a pesar de que había sido requerida por la Inspección de Trabajo.

Resoluciones que no han aplicado la perspectiva de género

STS, Sala Cuarta, de 18 de abril de 2011, rec. 2893/2010, despido de trabajadora embarazada en periodo de prueba, se resolvió que no se aplica a este supuesto la doctrina judicial sobre la nulidad del despido de la trabajadora embarazada. La sentencia tiene voto particular, suscrito por seis magistrados, de un total de trece que forman la Sala.

STC 173/13, de 10 de octubre de 2013, resuelve el recurso de amparo presentado por la trabajadora recurrente en el asunto anterior, recurso 2893/2010, denegando el amparo solicitado. Contiene el siguiente razonamiento: «En definitiva, la extinción del contrato durante el periodo de prueba será nula (como cualquier otra decisión extintiva) si se produce con vulneración de derechos fundamentales, como sucederá si la decisión empresarial es una reacción al embarazo de la trabajadora (STC 17/2007, de 12 de febrero). Ello sentado, y aplicando la doctrina constitucional en materia de discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas (por todas, STC 17/2003, de 30 de enero), entiende el Tribunal que en el presente caso no existían indicios de discriminación, pues no ha quedado acreditado que la empresa conociera el embarazo de la trabajadora».

Uno de los votos particulares de la sentencia consigna:

«[...] la regulación del art. 55 LET no es un plus infraconstitucional inspirado por el art. 14 CE; es, muy antes al contrario, la expresión o concreción de un imperativo de ese derecho fundamental. Una recalificación de la tutela antidiscriminatoria como la ahora defendida obliga a afirmar que el legislador, al limitar el alcance del art. 55 LET, ha dejado extramuros de su ámbito objetivo parte de los supuestos en los que la extinción del contrato de trabajo de las trabajadoras embarazadas ha de contar, por mandato directamente deducible del art. 14 CE, de una protección reforzada, entre los que se encuentra, precisamente, la extinción en periodo de prueba [...] los desistimientos contractuales decididos por el empresario durante el periodo de prueba, respecto de las mujeres embarazadas, disfrutaban de una tutela directa, sin necesidad de una previa intermediación legislativa, ya que aquella nace del contenido esencial del art. 14 CE.»

Hay que poner de relieve que el RDL 6/2019, de 1 de marzo, ha modificado el art. 14 ET, que regula el periodo de prueba.

En el apdo. 2 aparece: «Durante el periodo de prueba, la persona trabajadora...». En la redacción anterior figuraba: «Durante el periodo de prueba, el trabajador...»

Se añade un segundo párrafo del siguiente tenor literal:

«La resolución a instancia empresarial será nula en el caso de las trabajadoras por razón de embarazo, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere el art. 48.4, o maternidad, salvo que concurran motivos no relacionados con el embarazo o maternidad.»

La nueva redacción del precepto supone la recepción expresa en nuestro ordenamiento de la nulidad objetiva de la extinción del contrato en periodo de prueba cuando la trabajadora se encuentre embarazada, salvo que concurran motivos para dicha extinción ajenos al embarazo o maternidad. Dicha nulidad objetiva había sido defendida en los votos particulares de las STS de 18 de abril de 2011, rec. 2893/10, y STC 173/13, de 10 de octubre de 2013.

De esta forma, se equipara la protección dispensada a la trabajadora embarazada, cuyo contrato se extingue durante el periodo de prueba, con la regulación del despido objetivo y del disciplinario de la trabajadora embarazada contenido en los arts. 53.4 b) y 55.5 b) ET.

STS, Sala Cuarta, de 20 de noviembre de 2015, rec. 104/2015, despido colectivo de camareras de piso por externalización del citado servicio. Hoteles Meliá. La sentencia entendió que no existía discriminación indirecta, ya que la decisión de la empresa de externalizar dicho servicio —el 92 % de las trabajadoras son mujeres— no se encuentra directa o indirectamente relacionada con un tratamiento peyorativo de la mujer, pues dicha decisión es ajena al sexo de las trabajadoras afectadas. La sentencia tiene voto particular, suscrito por cuatro magistrados.

STJUE de 22 de febrero de 2018, Jessica Porras contra Bankia, C-103/16. En el despido colectivo de Bankia, que afectó a más de 3.000 trabajadores, se llegó a un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores que fijaron, fundamentalmente, como criterios de selección de los trabajadores afectados, el perfil profesional, la adaptación al puesto de trabajo y la calificación obtenida en una evaluación que se había efectuado un año antes del despido, de la que no se había dado traslado a los trabajadores —no pudieron oponerse a la calificación o formular alegaciones— ni se les había informado de la finalidad de la misma. La empresa procede a despedir a la actora, que estaba embarazada, comunicándole que cumple los criterios de selección.

El TJUE declara: 1) que el art. 10.1 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre, no se opone a una normativa nacional que per-

mite el despido de una trabajadora embarazada con motivo de un despido colectivo. 2) El apdo. 2 del citado artículo no se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a una trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo, siempre y cuando se indiquen los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados. 3) El art. 10.1 de la Directiva se opone a una normativa nacional que no prohíbe, en principio, con carácter preventivo, el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, y que establece únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando sea ilegal. 4) Dicho apdo. 1 no se opone a una normativa nacional que, en el marco de un despido colectivo, a efectos de la Directiva 98/59, no establece ni una prioridad de permanencia en la empresa ni una prioridad de recolocación en otro puesto de trabajo aplicables con anterioridad a ese despido.

VII. Violencia de género

1. La desigualdad mata

En estrecha relación con el objetivo examinado de la consecución de la igualdad real y no meramente formal, tenemos la protección contra la violencia de género.

El 29 de diciembre de 2004 apareció publicada, en el boletín Oficial del Estado, la Ley Orgánica 1/04 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

La misma ha sido calificada por la entonces vocal del Consejo General del Poder Judicial, D.^a Montserrat Comas d'Argemir, como una opción legislativa, necesaria, oportuna y con encaje constitucional, justificando la necesidad y oportunidad de la ley en la persecución de dos objetivos ineludibles, a saber, conseguir la igualdad entre hombres y mujeres y combatir la violencia de género, intentando lograr su plena erradicación.

La igualdad proclamada en el art. 14 de la Constitución, como derecho fundamental, la igualdad real, no meramente formal, entre hombres y mujeres, no ha sido aún lograda, por lo que se hace necesario impulsar políticas que incluyan medidas legislativas de «acción positiva» a favor de las mujeres, por encontrarse históricamente discriminadas.

En cuanto al segundo objetivo, la ley quiere incidir y actuar en relación con una auténtica lacra social, cual es la violencia de género, desarrollada en el ámbito familiar, en el que se produce una violencia de hom-

bres contra mujeres, fruto de las relaciones de poder, de dominio y de posesión que han ejercido históricamente sobre ellas.

A este respecto, se pueden citar las elocuentes estadísticas existentes en el momento de aparición de la Ley, elaboradas a partir de los datos suministrados por los juzgados de primera instancia e instrucción y de instrucción de nuestro país. En el año 2003, se presentaron en dichos juzgados un total de 76.267 denuncias de violencia doméstica, representando las mujeres el 90,2 % del número total de víctimas. En ese mismo año, el número de personas asesinadas ascendió a 103, de las que 81 eran mujeres, habiendo fallecido 65 a manos de sus parejas o exparejas.

En el año 2004, el número de denuncias fue de 100.079, de las cuales 91.600 fueron formuladas por mujeres, representando estas el 96 % de las víctimas.

Por último, la Ley tiene pleno encaje constitucional, porque se basa en el mandato dirigido a los poderes públicos, contenido en el art. 9.2 de la Constitución, que señala que corresponde a los poderes públicos remover los obstáculos que impiden que los derechos fundamentales de las personas sean reales y efectivos, entre ellos el derecho a no ser discriminadas en función del sexo.

El Tribunal Constitucional en sentencia 28/92 de 9 de marzo, recurso de amparo 1191/89, ha establecido lo siguiente: «por eso como ha dicho la STC 216/1991 “no puede reputarse discriminatoria y constitucionalmente prohibida —antes al contrario— la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes (públicos) emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente desprotegidos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial” (fundamento jurídico 3.º).

De este modo, la prohibición de la discriminación por razón de sexo admite la existencia de medidas singulares a favor de la mujer, que traten de corregir una situación desigual de partida, como son las medidas de acción positivas o similares.»

La ley pretende dar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres, apareciendo como una norma omnicompreensiva de todos los ámbitos en los que puede incidir dicha violencia. Por ello, abarca aspectos muy dispares, como son los preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas.

Establece medidas de sensibilización e intervención en el ámbito educativo, reforzando en el ámbito de la publicidad una imagen que res-

peta la igualdad y la dignidad de las mujeres. Prevé medidas de apoyo a las víctimas a través de reconocimiento de derechos, como el de información y asistencia jurídica gratuita, así como protección social y apoyo económico y sensibilización e intervención en el ámbito sanitario.

2. Incidencia en el ámbito laboral

Pero aún me adentro en otra visión, el hecho de juzgar con perspectiva de género no ha de ser observada únicamente en el ámbito penal, donde parece que su exigencia resulta más evidente, sino en todos los órdenes jurisdiccionales.

A este respecto, hay que señalar que la violencia de género no solo se ejerce en el ámbito regulado por la Ley Orgánica 1/04, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, que limita su objeto a «actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre estas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges, o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia» (art. 1.º, apdo. 1), sino que se extiende a otros ámbitos.

En efecto, tal como se cuida de señalar el apdo. I de la Exposición de Motivos de la precitada Ley Orgánica 1/04, la organización de Naciones Unidas, en la IV Conferencia Mundial de 1995 de Pequín, señaló que la violencia contra las mujeres es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres. Existe una definición técnica del síndrome de la mujer maltratada que consiste en «las agresiones sufridas como consecuencia de los condicionantes socioculturales que actúan sobre el género masculino y femenino, situándola en una posición de subordinación al hombre y manifestadas en los tres ámbitos básicos de relación de la persona: maltrato en el seno de las relaciones de pareja, agresión sexual en la vida social y acoso en el medio laboral».

La Ley Orgánica 1/04 aborda la violencia de género en el primero de los ámbitos señalados, el de las relaciones de pareja, ocupándose las normas laborales de prevenir y combatir la violencia de género que se produce en el medio laboral.

Se ha puesto de relieve que la violencia contra la mujer que se produce en el seno de las relaciones laborales ha de ser calificada de vio-

lencia de género, ya que obedece a los estereotipos sociales asociados al sexo de una persona, es decir, la violencia que sufre la mujer no obedece a las características físicas de su sexo, sino a los estereotipos sociales asociados a su sexo.

Las manifestaciones de esta violencia son el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.

Respecto al acoso sexual, tradicionalmente se ha venido manteniendo que no es una cuestión de sexualidad, sino de poder, constituyendo la primera teorización sobre la violencia de género que surgió en la década de los años setenta en Estados Unidos.

Como ya adelantábamos, la ley pretende dar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres y, en consecuencia, el ámbito de la ley abarca aspectos muy diferentes, como son los aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales, y de atención posterior a las víctimas, así como la normativa civil, que incide en el ámbito familiar o de convivencia, donde principalmente se producen las agresiones, enfocándose la violencia de género de un modo integral y multidisciplinar.

A los efectos que ahora nos interesan, destacamos el título II de la Ley, relativo a los derechos de las mujeres víctimas de la violencia de género y, dentro del mismo, el capítulo II, que regula los derechos laborales y prestaciones de la Seguridad Social.

En dicho capítulo se consagran tres artículos a tales derechos, el art. 21, que regula los derechos laborales y de Seguridad Social; el art. 22, que establece un programa específico de empleo, y el art. 23, consagrado a la acreditación de las situaciones de violencia de género ejercida sobre las trabajadoras.

Paralelamente al reconocimiento de estos derechos, se modifican la Ley del Estatuto de los Trabajadores y la Ley General de la Seguridad Social, a fin de adaptar su texto a las reformas introducidas por los precitados arts. 21 a 23 de la ley examinada, plasmándose tales modificaciones en las disposiciones adicionales séptima y octava, dedicándose la primera a la modificación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y, la segunda, a la modificación de la Ley General de la Seguridad Social.

Tales modificaciones desarrollan los principios rectores de la ley que, tal como señala el art. 2, articulan un conjunto integral de medidas encaminadas a alcanzar los fines que señala, destacando entre ellos el regulado en el apdo. d), destinado a garantizar derechos en el ámbito laboral que concilien los requerimientos de la relación laboral con las circunstancias de aquellas trabajadoras que sufran violencia de género.

El RDL 9/2016, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género, ha modificado el art. 23 de la LO 1/2014, de 28 de diciembre.

«Acreditación de las situaciones de violencia de género»:

«Las situaciones de violencia de género que dan lugar al reconocimiento de los derechos regulados en este capítulo se acreditarán mediante una sentencia condenatoria por un delito de violencia de género, una orden de protección o cualquier otra resolución judicial que acuerde una medida cautelar a favor de la víctima o bien por el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género. También podrán acreditarse mediante informe de los servicios sociales, de los servicios especializados o de los servicios de acogida destinados a víctimas de violencia de género de la Administración Pública competente o por cualquier otro título, siempre que ello esté previsto en las disposiciones normativas de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos.

El Gobierno y las Comunidades Autónomas, en el marco de la Conferencia Sectorial de Igualdad diseñan, de común acuerdo, los procedimientos básicos que permitan poner en marcha los sistemas de acreditación de las situaciones de violencia de género».

La DT Primera «Aplicabilidad de los medios de acreditación de las situaciones de violencia de género ejercidas sobre las trabajadoras previstos en el art. 23 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de MPIVG establece que los nuevos medios de acreditación de las situaciones de violencia de género serán aplicables solo con respecto a solicitudes de reconocimiento de derechos motivadas por situaciones de violencia de género que hayan tenido lugar con posterioridad a la entrada en vigor de este RDL, incluidas aquellas que, iniciadas con anterioridad al mismo, se mantengan tras este y sean acreditadas por alguno de los medios previstos en el mencionado art. 23.

Sentencias que han aplicado expresamente la perspectiva de género en el ámbito penal

STS, Sala Segunda, de 24 de mayo de 2018 casación 10.549/2017 P. Tentativa de asesinato a su pareja: le asesta ocho puñaladas, tres de ellas en el cuello, y la arrastra por el pasillo sin que ella pudiera hacer nada por evitarlo, dada la violencia empleada. Nulas posibilidades de

defensa por lo que concurre alevosía. Se aplica la perspectiva de género en la acción desplegada por el hombre sobre la mujer, con un mayor aseguramiento de la acción agresiva, siempre que del relato de hechos probados se evidencie esta imposibilidad de defensa de la víctima.

STS, Sala Segunda, de 13 de junio de 2018, casación 10776/2017. Tentativa de asesinato a su expareja. El agresor viaja desde otra localidad a la casa de los padres de la víctima, donde se había refugiado esta. Existen pruebas que evidencian la intención de matar —carta en el vehículo— a su expareja por su intención de separarse de él. Concurrencia de alevosía ante un ataque a su expareja en el que, pese a dispararle por la espalda, no consigue acabar con su vida, con perspectiva de género en la forma concreta como sucedieron los hechos. Matices diferenciadores a tener en cuenta en la declaración de la víctima de violencia de género como sujeto pasivo frente al testigo visual no víctima directa. Es testigo cualificado, que es al mismo tiempo la víctima del delito.

El apartado 64 del caso **Montero Mateos**: impacto en las relaciones laborales

IGNASI BELTRAN DE HEREDIA RUIZ

Profesor agregado y TU acreditado
Universitat Oberta de Catalunya (UOC)

Comunicación presentada a la Ponencia: «En la cultura de la temporalidad, en nuestra experiencia y con relación al modelo comunitario: De Diego Porras como paradigma»

1. Introducción

El régimen jurídico de las compensaciones económicas por finalización de un contrato temporal experimentó un inesperado sismo a propósito del caso De Diego Porras (1) (STJUE de 14 de septiembre de 2016, C-596/14). En efecto, tras ratificar que la indemnización es una «condición de empleo»¹ y entender que no existía una razón objetiva que justificara un trato diferenciado, el TJUE exigía para los contratos temporales la misma compensación en caso de extinción por motivos objetivos que la prevista para los contratos indefinidos².

Doctrina que fue posteriormente corregida por el propio TJUE, a través de las sentencias 5 de junio de 2018 (C-677/16 y C-574/16, casos **Montero Mateos** y **Grupo Norte Facility**), dando respuesta a dos cuestiones prejudiciales planteadas por el JS 33 de Madrid y TSJ de Galicia (respectivamente, sobre un contrato de interinidad y un contrato de relevo).

¹ En efecto, el TJUE, en la sentencia de 13 de marzo de 2014 (C-38/13), **Nierodzik**, ya había apuntado que, a efectos de la cláusula 4.^a de la Directiva 1999/70, no solamente el preaviso, sino también la indemnización por extinción del contrato es una «condición de trabajo».

² Aunque el TJUE no determinaba a qué compensación exactamente se refería, como se sabe, la mayor parte de la doctrina judicial entendió que se refería a la prevista para la resolución por causas de empresa.

En efecto, manteniendo que la indemnización es una «condición de trabajo», a la luz de la nueva doctrina (y sin que el TJUE argumente los motivos de su giro interpretativo) debe entenderse que existe una razón objetiva que justifica un trato diferenciado en los importes indemnizatorios entre temporales e indefinidos (especialmente, porque las expectativas no son homogéneas)³.

No obstante, el TJUE, a través del apdo. 64 del caso *Montero Mateos*, emplazaba al juzgado remitente a examinar «si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo».

El contenido de este apartado ha suscitado una extraordinaria controversia judicial, muy especialmente, con relación al personal del sector público laboral y funcionarial. Y, en particular, en lo relativo a qué debe entenderse por «imprevisibilidad de la finalización» y «duración inusualmente larga» y cuáles deben ser los efectos jurídicos derivados de la concurrencia de ambos factores.

El objeto de este estudio es abordar estas cuestiones, tanto desde el punto de vista de la propia doctrina del TJUE como de la interpretación y reacciones judiciales que, en la jurisdicción social, se han llevado a cabo al respecto.

2. La literalidad del apdo. 64 y su encaje con la doctrina del TJUE

El contenido del citado apartado es como sigue:

«En el caso de autos, la Sra. *Montero Mateos* no podía conocer, en el momento en que se celebró su contrato de interinidad, la fecha exacta en que se proveería con carácter definitivo el puesto que ocupaba en virtud de dicho contrato, ni saber que dicho contrato tendría una duración inusualmente larga. No es menos cierto que dicho contrato finalizó debido a la desaparición de la causa que había justificado su celebración. Dicho esto, incumbe al juzgado remitente examinar **si, habida cuenta de la imprevisi-**

³ Criterio que, con relación a otros casos relativos al derecho interno, ha ratificado posteriormente en los casos *De Diego Porras (2)* (sentencia de 21 de noviembre de 2018, C619/17), *Sindicato Nacional de CCOO de Galicia* (auto del TJUE de 19 de marzo de 2019, C239/18) y *Cobra Servicios Auxiliares* (sentencia de 11 de abril de 2019, C-29/18, C-30/18 y C-44/18).

bilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo» [la negrita es mía].

Lo cierto es que, en el marco de la propia doctrina comunitaria, el contenido de este apartado plantea algunas dudas interpretativas.

En particular, porque en un caso reciente (sentencia de 28 de febrero 2018, C-46/17, John⁴) el TJUE ha admitido que la sujeción a una cláusula de jubilación forzosa prevista normativamente permitía que el contrato fuera calificado como temporal. De hecho, entiende que un contrato sometido a un término de estas características, en realidad, otorga una gran estabilidad en el empleo (pues, puede durar décadas —hasta el término de la vida laboral del trabajador—). Lo que le lleva a concluir que una disposición de esta naturaleza (y que es controvertida) no favorece una utilización sucesiva de contratos temporales que propicie abusos para los trabajadores. Fundamentación que, quizás, podría contradecir lo apuntado en el citado apdo. 64 del caso Montero Mateos.

3. La literalidad del apdo. 64 y su interpretación a nivel interno

La literalidad del apdo. 64 habilita un criterio hermenéutico para posibilitar una conversión de los contratos temporales lícitos a indefinidos al margen de los supuestos (y requisitos) descritos en el art. 15.5 ET y la DA 15.^a ET.

En concreto, es posible calificar como indefinida una relación si se dan dos elementos: que *ab initio* sea imprevisible y que sea inusualmente larga⁵.

Factores que, *a priori*, y teniendo en cuenta sus específicas características, podrán darse en dos tipologías de contratos temporales: los interinos por vacante del sector público y los contratos de obra y servicio vinculados a la duración de una contrata formalizados con carácter pre-

⁴ Extensamente al respecto, BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I., «Jubilación forzosa y Directiva 1999/70 (caso John): ¿un término en la contratación indefinida?», 2018. Blog del autor, <https://ignasibeltran.com/2018/03/01/jubilacionforzosaaydirectiva199970casojohnunterminoenlacontratacionindefinida/>.

⁵ STSJ Castilla y León, Valladolid, de 11 de junio de 2018 (rec. 833/2018). De hecho, se trata de un pronunciamiento ciertamente referencial.

vio al RDL 10/2010⁶ (lo que, en este segundo caso, puede plantear las dudas sobre la posible aplicación de la doctrina entre privados).

3.1. Finalización imprevisible

En cuanto a este primer factor, la doctrina judicial⁷ ha entendido que se refiere a la imposibilidad de «inducir con el nivel mínimo de certeza exigible» la fecha en la que, en el instante de la formalización del contrato de trabajo temporal, podía identificarse el momento de extinción.

Es importante tener en cuenta que, aunque se conozca el hecho concreto que precipitará la ineficacia del contrato (por ejemplo, la cobertura reglamentaria de la plaza o el fin de la contrata), lo determinante en este caso es que, en el mismo instante de la formalización, no pueda anticiparse en qué momento se producirá⁸. Especialmente porque, como apunta la STSJ de Madrid 26 de junio 2018 (rec. 56/2018), «si la finalización es realmente imprevisible para el trabajador, no hay previsibilidad de extinción y, por lo tanto, surge una expectativa legítima de estabilidad de la relación».

Así, por ejemplo, la mera referencia a la vinculación de la plaza a una oferta de empleo público (OPE) hecha en el momento de la contratación debe calificarse como insuficiente como para que el trabajador afectado pueda conocer la fecha en la que el contrato llegará a su fin.

⁶ Pues en estos casos no se existe un límite temporal al contrato de obra y servicio [como sí se prevé hoy en el art. 15.1.a) ET].

⁷ STSJ Castilla y León, Valladolid, de 11 de junio de 2018 (rec. 833/2018). Doctrina seguida, entre otras, por SSTSJ Castilla y León, Valladolid, de 5 de diciembre de 2018 (rec. 1308/2018), 29 de octubre 2018 (rec. 1489/2018) y (2) 12 de julio de 2018 (rec. 1066/2017 y rec. 982/2018), y Cantabria, de 23 de noviembre de 2018 (rec. 641/2018).

⁸ Como apunta la STSJ Asturias de 11 de diciembre de 2018 (rec. 2391/2018), lo determinante es «Que la causa pactada no consista en una fecha cierta o en un hecho o acontecimiento que por sus propias características permita determinar desde el inicio con suficiente precisión la fecha de extinción». Y, a mayor abundamiento, la STSJ CLM de 26 de junio de 2018 (rec. 410/2018) entiende que «la imprevisibilidad de la terminación tiene su natural repercusión en la calificación de la extinción de la relación laboral concertada, lo cual no debe confundirse con que, siendo previsible la causa de dicha terminación, sea por ello susceptible de integrar una causa de contratación temporal al amparo del art. 15 del ET. Ahora bien, también pueden concurrir causas de terminación imprevisibles ab initio, distintas a las que justificaron la contratación temporal, que por ello obliguen a recurrir al despido objetivo en el caso de un trabajador temporal. Por otro lado, los contratos temporales pueden incorporar en su inicio una cierta imprevisibilidad, al menos referida al momento de su terminación, sin que por ello se altere su naturaleza».

3.2. Duración inusualmente larga

En estas condiciones de imprevisibilidad de la fecha en la que se produciría el acontecimiento extintivo, entra en juego el segundo factor: la duración «inusualmente» larga. Esto es, «debe existir un umbral de duración para aquellos contratos temporales cuya fecha no haya sido fijada con precisión»⁹. Y este umbral, parece referirse a la «duración normal o habitual» o «si se evidencia una permanencia incompatible con la temporalidad propia de la duración determinada»¹⁰ (sin que la sentencia Montero Mateos especifique qué debe entenderse por tal).

De hecho, el marco normativo interno tampoco describe cómo debe concretarse este factor. Como expone la STSJ Castilla y León, Valladolid, de 11 de junio 2018 (rec. 833/2018), no parece razonable que este elemento quede fijado en función de la realidad sociológica de la contratación temporal («determinando estadísticamente cuál es la duración habitual de los contratos temporales»), «porque puede dar lugar a resultados muy disímiles por territorios o sectores». No obstante, sin seguir un criterio estadístico, en algún caso¹¹, se ha hecho la evaluación comparando la duración con la habitual en otros supuestos como excedencias forzosas por conciliación o incapacidad temporal.

Así pues, *a priori*, parece que cabrían dos posibles opciones¹²: por un lado, el periodo de 2 años (en un marco temporal de 30 meses) del art. 15.5 ET¹³; y, por otro lado, el periodo de 3 años que aparece en di-

⁹ STSJ Castilla y León, Valladolid, de 11 de junio de 2018 (rec. 833/2018). Pronunciamiento que además, añade que «Observa la Sala que diferentes versiones lingüísticas del párrafo 64 de la sentencia Montero (*'ungewöhnlich lange Laufzeit'*; *'durée inhabituellement longue'*, *'unusually long duration'*, *'durata insolitamente lunga'*, *'duração anormalmente longa'*...), proporcionan el mismo significado que la versión española, esto es, una duración que excede lo que es habitual o normal. Lo que no define la sentencia Montero es cuál sea el parámetro de lo habitual o normal».

¹⁰ STSJ Madrid de 26 de junio de 2018 (rec. 56/2018).

¹¹ STSJ Cataluña de 24 de enero de 2019 (rec. 5958/2018).

¹² Entre otras, SSTSJ Castilla y León, Valladolid, de 11 de junio 2018 (rec. 833/2018); Asturias, de 11 de diciembre de 2018 (rec. 2391/2018), y Cataluña, de 8 de noviembre de 2018 (rec. 4210/2018).

¹³ Lo que, como apunta el propio TSJ Castilla y León, evidencia la incoherencia del marco normativo interno, pues, «parece absurdo que se establezca un límite de veinticuatro meses cuando se encadenan dos o más contratos temporales (con posibles hiatos temporales entre ellos, por lo cual se establece un límite de cómputo de treinta meses consecutivos) y sin embargo, un único contrato temporal pueda exceder los veinticuatro

versas normas vigentes (DA 1.ª Ley 43/2006, art. 15.1.a ET y art. 70.1 EBEP).

No obstante, algunos pronunciamientos no plantean la cuestión en términos disyuntivos, considerando que el único plazo posible es el de 3 años¹⁴.

Sobre esta cuestión, lo cierto es que la doctrina, hasta la fecha, está optando por el plazo de 3 años. De hecho, salvo error u omisión, no se tiene constancia de ningún pronunciamiento que haya calificado la relación como inusualmente larga con una duración entre 2 y menos de 3 años¹⁵.

No obstante, esta interpretación suscita algunas controversias, especialmente, porque, centrándose en el objeto de este estudio, compromete la posibilidad de que la negociación colectiva amplíe en 12 meses los 3 años de duración máxima de un contrato de obra y servicio determinado vinculado al fin de una contrata (ex art. 15.1.a ET).

De hecho, si bien es cierto que el establecimiento de un término bien delimitado tiene la virtud de dar mayor certeza a los operadores jurídicos (aspecto no menor, atendiendo a los precedentes y a la propia complejidad de la cuestión), lo cierto es que la doctrina del TJUE parece enmarcar dicha evaluación respecto de cada situación en concreto, esto es, *ad casum*. De modo que, siempre que se evidencie una permanencia incompatible con la temporalidad propia de la duración determinada, podría declararse la relación como indefinida. Por consiguiente, podrían tenerse en cuenta otras duraciones (superiores o inferiores a los 3 años). No obstante, no puede obviarse que este enfoque podría proyectar una disparidad de resultados superior a la que sería deseable.

meses y llegar a durar, como ocurre en este caso, siete años y medio o incluso varias décadas».

¹⁴ Por ejemplo, SSTSJ Cantabria de 31 de octubre de 2018 (rec. 592/2018); 8 de marzo de 2018 (rec.114/2019), 1, 4 y 13 de febrero de 2019 (rec. 873/2018; rec. 7/2019; rec. 26/2019), 18 de enero de 2019 (rec. 840/2018), y 12 de diciembre de 2018 (rec. 745/2018);

¹⁵ Así, son diversos los pronunciamientos que entienden que si no se ha superado este término no cabe aplicar el citado apartado 64. Entre otras, SSTSJ Madrid de 5 de octubre de 2018 (rec. 357/2018); 16 de julio de 2018 (rec. 370/2018); Andalucía, Granada, de 5 de julio de 2018 (rec. 248/2018); Andalucía, Málaga, de 14 de noviembre de 2018 (rec. 1363/2018); Castilla y León, Valladolid, de 21 de febrero de 2019 (rec. 1962/2018), y Cantabria de 18 de enero de 2019 (rec. 838/2018).

3.3. El caso específico del art. 70.1 EBEP: ¿cómo se computa el plazo de 3 años?

La jurisprudencia ha entendido que el EBEP establece un plazo máximo que permite entender que la relación laboral de un interino por vacante deviene indefinida cuando se supera el límite temporal máximo de tres años para la cobertura de la plaza previsto en el art. 70.1¹⁶.

No obstante, un sector de la doctrina administrativa¹⁷ ha entendido que del contenido del art. 70.1 EBEP,

«no queda claro si el improrrogable plazo de tres años opera únicamente como plazo máximo para convocar el proceso selectivo, en el caso de que no se fije otro plazo en la OEP [Oferta de Empleo Público]. O si, como parece desprenderse del tenor de este art., dentro de este plazo improrrogable debe desarrollarse todo el proceso selectivo, incluyendo convocatoria y resolución del proceso convocado. Por otra parte, surge la duda de cuál es la consecuencia jurídica derivada del incumplimiento de este plazo improrrogable».

Recientemente, la STS C-A de 10 de diciembre de 2018 (rec. 129/2016) ha aclarado algunos aspectos al respecto, al entender:

- por un lado, que el art. 70.1 EBEP es aplicable a OEP anteriores a la entrada en vigor del EBEP, porque lo determinante es la fecha de la convocatoria del proceso selectivo; y,
- por otro lado, que el citado plazo de 3 años es esencial, de modo que, transcurrido el mismo, la OEP caduca (aspecto sobre cuyos efectos volveré más tarde).

No obstante, siguiendo de nuevo a la doctrina administrativa¹⁸, quedan muchas incógnitas por resolver sobre la naturaleza de este plazo y

¹⁶ SSTS de 14 de julio de 2014 (rec. 1847/2013); 15 de julio de 2014 (rec. 1833/2013), y 14 de octubre de 2014 (rec. 711/2013).

¹⁷ CORVINOS BASECA, P. y AGÜERAS ANGULO, J. M., «Sobre la caducidad de las ofertas de empleo público», 2018. Blog del autor, <http://pedrocorvinosabogado.es/sobrelacaducidaddelasofertasdeempleopublico/>

¹⁸ CORVINOS BASECA, P., «El improrrogable plazo de tres años para ejecutar la oferta de empleo público es esencial», 2018, Blog del autor, <http://pedrocorvinosabogado.es/elimprorrogableplazodetresanosparaejecutarlaofertadeempleopublicoesesencial/>.

los efectos del incumplimiento del mismo (de hecho, se han admitido 3 recursos de casación relacionados con el art. 70.1 EBEP que, al cierre de este ensayo, están pendientes de resolución)¹⁹.

Por otra parte, el apdo. 64 del caso Montero Mateos y la necesidad de concretar qué debe entenderse por duración inusualmente larga, entre las diversas opciones posibles (tal y como describe entre otras la STSJ Castilla y León, Valladolid, de 11 de junio 2018, rec. 833/2018), ha atribuido al art. 70.1 EBEP un mayor protagonismo si cabe.

Estos factores describen un marco particularmente controvertido, debiéndose resolver las siguientes cuestiones:

- a. ¿A qué sistemas de cobertura de vacante se refiere el art. 70.1 EBEP?
- b. ¿A partir de qué momento es aplicable el art. 70.1 EBEP?
- c. ¿Qué incidencia ha tenido el apdo. 64 del caso Montero Mateos?
- d. ¿A partir de qué momento empieza a computar el plazo de 3 años del art. 70.1 EBEP? (¿son realmente 3 años?)
- e. ¿El hecho de que el plazo sea «esencial» tiene algún efecto sobre el contrato de interinidad por vacante?
- f. ¿El plazo de 3 años es prorrogable o improrrogable?

No obstante, antes de proceder a su análisis, es oportuno reproducir la literalidad del precepto en cuestión:

«Las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso, serán objeto de la oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años».

¹⁹ De hecho, la doctrina en suplicación (entre otras, STSJ Madrid, de 29 de marzo de 2019, rec. 1474/2018 y 14 de septiembre de 2018, rec. 25/2018), adoptando un criterio muy controvertido, está «tratando de limitar el alcance de la caducidad de las ofertas y la invalidez de las convocatorias», declarando «la posibilidad de subsanar este vicio de anulabilidad mediante un Decreto». CORVINOS BASECA, P., «Consecuencias de la caducidad de las ofertas de empleo público», 2019. Blog del autor, <http://pedrocorvinosabogado.es/consecuencias-de-la-caducidad-de-las-ofertas-de-empleo-publico/>.

a. ¿A qué sistemas de cobertura de vacante se refiere el art. 70.1 EBEP?

La doctrina judicial social ha entendido (al menos, como se apuntará, hasta el cambio de doctrina que el apdo. 64 del caso Montero Mateos provoca), que el plazo de 3 años establecido en el art. 70.1 EBEP no se refiere a todos los sistemas de cobertura de vacantes.

Siguiendo las SSTSJ Madrid de 8 de mayo de 2017 (rec. 87/2017) y 1 y 23 de febrero de 2018 (rec. 812/2017 y rec. 1173/2017), pueden distinguirse los siguientes:

- El plazo de 3 años se refiere a las formas de provisión para incorporación de personal de nuevo ingreso en las Administraciones Públicas (oferta de empleo público u otro instrumento similar de gestión); y por otro lado,
- Quedan fuera del art. 70.1 EBEP otros sistemas de cobertura de vacantes como es son la promoción interna, traslados o de consolidación de empleo (SSTSJ Madrid de 12 de noviembre de 2018, rec. 1009/2018, y 8 de mayo de 2017, rec. 87/2017).

No obstante, no existe unanimidad al respecto, pues, para las SSTSJ Andalucía, Granada, de 21 de enero de 2019 (rec. 2035/2018) y 20 de diciembre 2018 (rec. 1876/2018), el traslado sí quedaría subsumido en el art. 70.1 EBEP.

En los casos de consolidación (siguiendo el criterio de la STSJ Madrid de 8 de mayo de 2017, rec. 87/2017), esto implicaría que,

Primero, «el marco temporal de tres años para el desarrollo de esos procesos de selección de personal de los que habla el art. 70.1 EBEP no es aplicable a un proceso especial de consolidación de empleo». Segundo, este proceso especial está regulado en la DT 4ª EBEP, cuyo apdo. 1.º establece lo siguiente:

«Las Administraciones Públicas podrán efectuar convocatorias de consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías, que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005».

Y, tercero,

«estos procesos de consolidación de empleo se desarrollan en varias fases, lo cual, correlativamente, afecta a la duración del plazo de provisión de vacantes vinculadas a los mismos, sin que tengan preestablecida una duración predeterminada en el EBEP»²⁰.

El efecto de esta doctrina recién sintetizada es relevante, en la medida que, al no aplicarse el art. 70.1 EBEP a estos casos, el TSJ de Madrid ha entendido que tales trabajadores interinos por vacante no pueden ser calificados como indefinidos no fijos (INF); y, por otra parte, que, en virtud del art. 4.2.b) del Decreto 2720/1998, la cobertura de la vacante describe un motivo extintivo válido. Creo que es relevante añadir que esta doctrina se articula estando vigente la doctrina De Diego Porras (1) (lo que, a la luz de la misma, implica el reconocimiento de 12 días de indemnización y no de los 20 días ex STS de 28 de marzo de 2017, rec. 1664/2015).

No obstante, como se apuntará posteriormente, esta doctrina ha sido objeto de matización (al menos, en el TSJ de Madrid) a raíz del apdo. 64 del caso Montero Mateos.

b. ¿A partir de qué momento es aplicable el art. 70.1 EBEP?

Una derivada de la doctrina anterior (y siguiendo de nuevo con la STSJ de Madrid de 8 de mayo de 2017, rec. 87/2017), es que el plazo establecido en el art. 70.1 EBEP no es aplicable a relaciones iniciadas una vez ha entrado en vigor el EBEP. O, cuanto menos, a aquellas a las que han acumulado desde su inicio un periodo de 3 años con anterioridad a la entrada en vigor del EBEP:

«No podemos admitir que el EBEP tenga efecto retroactivo, ni siquiera en grado mínimo, que permita su aplicación a efectos futuros desde su entrada en vigor, aunque estos efectos provengan de relaciones jurídicas surgidas con anterioridad. El hecho de que sea precisamente una disposición transitoria de esa ley la que establece el indicado sistema de consolidación de empleo para cobertura de puestos o plazas de carácter estructural que se encontrasen desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005 sin ajustarlo al sistema de su art. 70 es claramente revelador de la voluntad del legislador de que este precepto que

²⁰ Siguiendo esta doctrina, entre otras, STSJ Andalucía, Málaga, de 20 de junio de 2018 (rec. 615/2018).

se acaba de citar quede excluido de la regulación de dicho sistema especial. De no ser así, dicha disposición transitoria cuarta sería manifiestamente contradictoria.»

c. ¿Qué incidencia ha tenido el apdo. 64 del caso Montero Mateos?

La doctrina descrita en el apartado anterior se ha mantenido, incluso, estando vigente el apdo. 64 del caso Montero Mateos²¹.

Aunque también es cierto que (como se ha avanzado) el propio TSJ de Madrid, en otros pronunciamientos²² ha adaptado la fundamentación a esta doctrina del TJUE, argumentando que:

«Desde esta nueva perspectiva deviene indiferente la fecha de suscripción del contrato (antes o después del EBEP) y el proceso de cobertura (ordinario o extraordinario) seguido para la cobertura de la plaza porque lo relevante, se reitera, es que el legislador de una u otra manera ha venido considerando que, sin perjuicio de determinadas peculiaridades como el supuesto de la interinidad por sustitución, de las cadenas contractuales contempladas en el art. 15.5 ET o de cualesquiera otros casos específicos existentes con límite mayor o menor, tres años es la regla general que opera como límite de la temporalidad a partir del cual se produce el abuso en la contratación temporal. Buena muestra de ello es, como decimos, el contenido del art. 70.1 EBEP».

Y añade (en una extensa cita, pero particularmente ilustrativa),

«Ciertamente, existe jurisprudencia como la recogida en la STS de 19 de julio de 2016, rec. 2258/2014, que se hace eco de otra más antigua que señalaba que “la demora, razonable o irrazonable en el inicio del procedimiento reglamentario de selección solo constituye el incumplimiento de un deber legal, del cual no deriva que el interino se convierta en indefinido, pues la conclusión contraria no sería conciliable con el respeto a los principios que regulan las convocatorias y selección del personal en las Adminis-

²¹ STSJ Madrid, de 19 de julio de 2018 (rec. 185/2018).

²² Entre otras, sentencias 26 de junio de 2018 (rec. 56/2018), 26 y 30 de octubre de 2018 (rec. 1058/2017 y rec. 1066/2017), 27 de noviembre de 2018 (rec. 381/2018), y (2) 18 de enero de 2019 (rec. 764/2018 y rec. 752/2018).

traciones Públicas y generaría perjuicio a cuantos aspiraran a participar en el procedimiento de selección” (aparte de las que en ellas se citan, STS 14/03/97, rcud. 3660/96; y 09/06/97, rcud. 4196/96).

Y en todo caso, la reacción frente a tales posibles irregularidades debe abordarse en cada caso ante las denuncias que en este sentido se formulen, sin olvidar el recurso a las pretensiones que tengan por objeto la puesta en marcha de los procesos de selección a través de las oportunas convocatorias (SSTS 12/07/06, rec. 2335/05; y 29/06/07, rcud. 3444/05). 2. Precisamente, esto es lo que se hace en el presente supuesto: abordar las irregularidades cometidas en el supuesto analizado sin que estimemos que en el caso la conversión del contrato en indefinido no fijo no resulta conciliable con el respeto a los principios que regulan las convocatorias.

El proceso de selección y su resultado no se ve afectado por la declaración que se establece por cuanto el contrato ha sido extinguido y la extinción aceptada (e incluso aunque no lo fuera) pero sin que se destruya la evidencia de que ha existido el comportamiento abusivo o fraudulento que es el riesgo que la propia STS de 18 de julio de 2016 advierte y pone de relieve cuando afirma que “la exclusión del plazo temporal en la duración de las relaciones de interinidad por vacante puede producir comportamientos abusivos o fraudulentos en la utilización de este tipo contractual”. Este abuso o fraude que el propio Tribunal Supremo reconoce, no puede quedar exento de sanción porque así lo impone nuestro propio ordenamiento y el comunitario. La sanción es la conversión del contrato en indefinido no fijo».

d. ¿A partir de qué momento empieza a computar el plazo de 3 años del art. 70.1 EBEP? (¿son realmente 3 años?)

Como punto de partida, como se ha apuntado en la doctrina judicial²³, se trata de un plazo de aplicación general para todas las Administraciones Públicas, indisponible por parte de las disposiciones convencionales, ni tampoco puede dejarse de aplicar porque no lo prevean explícitamente.

En términos generales, son muchas las sentencias que se refieren al plazo de 3 años sin más (aunque también es cierto que, en la mayor parte de casos, la relación sobrepasa, con mucho, este plazo, y hace innecesario precisar el método de cómputo).

²³ SSTSJ Madrid de 26 y 30 de octubre de 2018 (rec. 1058/2017 y rec. 1066/2017) y 27 de noviembre de 2018 (rec. 381/2018).

No obstante, algunos pronunciamientos han hecho algunas propuestas al respecto. En efecto, siguiendo el planteamiento de la STSJ Castilla y León, Valladolid, de 6 de julio 2018 (rec. 941/2018)²⁴:

«si existe un puesto cubierto por un trabajador interino en la modalidad indicada es porque existe una plaza vacante dotada presupuestariamente y, por tanto, conforme al art. 70 indicado del Estatuto Básico del Empleado Público, debe ser obligatoriamente convocada para procedimiento de selectivo de ingreso de personal, siendo objeto de la siguiente oferta de empleo público anual, que debe ser ejecutada en el plazo máximo de tres años. Por tanto, a partir del día primero del año natural siguiente a la contratación de interinidad por vacante se deben computar esos tres años y si al cabo de los mismos no se ha cubierto la plaza, entonces se habrá superado el plazo máximo de duración del contrato temporal previsto por el Real Decreto 2720/1998, con las consecuencias previstas para estos supuestos en el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores, esto es, la conversión del contrato en indefinido».

En todo caso, para otro sector de la doctrina judicial²⁵, el plazo de 3 años no se supera si entre las convocatorias sucesivas de ascenso, traslado y turno libre previstas en el convenio colectivo, no han transcurrido entre cada una de ellas un espacio temporal superior a tres años.

e. ¿El hecho de que el plazo sea “esencial” tiene algún efecto sobre el contrato de interinidad por vacante?

El impacto de la STS C-A de 10 de diciembre 2018 (rec. 129/2016) podría ser notable en la cuestión objeto de este análisis. En efecto, si efectivamente el plazo es esencial y la OPE puede caducar, quizás deba evaluarse si ello tiene alguna incidencia sobre el contrato de trabajo del interino y, en tal caso, con qué efectos.

Por ejemplo, si la caducidad afecta a la validez de todo el proceso selectivo, será difícil entender que se ha producido una cobertura «reglamentaria» de la plaza y, por consiguiente, que efectivamente exista un

²⁴ Seguida, entre otras, por las SSTSJ Castilla y León, Valladolid, de 21 de febrero de 2019 (rec. 1962/2018) y 20 de diciembre 2018 (rec. 1643/2018).

²⁵ SSTSJ Extremadura 14, (2) de 24 de enero de 2019 (rec. 731/2018, rec. 747/2018 y rec. 761/2018) y 15 de noviembre de 2018 (rec. 580/2018).

motivo que justifique la extinción del interino por vacante. En tal caso, parece que, si no se alega una causa que la motive, en la medida en que no puede llevarse a cabo una «amortización simple», lo oportuno será la declaración de improcedencia o nulidad, según el número de trabajadores afectados (ex STS de 24 de junio de 2014, rec. 217/2013).

En todo caso, entiendo que si la OPE caduca, sería difícil entender que tiene un efecto extintivo automático sobre el interino por vacante (y, si lo tuviera, no podría calificarse como un «término», forzando a la administración a justificar la medida, en tanto que ya no puede acudir a la «amortización simple»). De hecho, es probable que aunque haya caducado, el interino por vacante siga prestando servicios (en cuyo caso, si la invalidez del proceso de selección efectivamente extinguía la relación, la administración tendría a una persona prestando servicios sin causa de temporalidad, y por consiguiente, parece que debería ser calificado como INF).

f. ¿El plazo de 3 años es prorrogable o improrrogable?

Como se acaba de exponer, la STS C-A de 10 de diciembre 2018 (rec. 129/2016) ha entendido que el plazo de 3 años del art. 70.1 EBEP es esencial, lo que implica que la OPE caduca si no se ejecuta en este plazo.

No obstante, en la jurisdicción social, a los efectos del reconocimiento de la condición de INF, se está manteniendo la posible suspensión del plazo de 3 años del art. 70.1 EBEP.

En concreto, entre otras, la STSJ Andalucía, Sevilla, de 7 de marzo 2019 (rec. 87/2017), entiende que el contenido de las sucesivas leyes de Presupuestos Generales del Estado (Ley 2/2012, de PGE para 2012; Ley 17/2012, de PGE para 2013; Ley 22/2013, de PGE para 2014, y Ley 36/2014, de PGE para 2015) tienen una relevancia destacada porque vetaron el ingreso de nuevo personal al servicio de las administraciones públicas (salvo las excepciones que contienen las de 2014 y 2015).

En definitiva, defiende que el plazo del art. 70.1 EBEP opera en situaciones de normalidad pero no en situaciones en las que la posibilidad que asistía a la Administración contratante para la aprobación de la OPE se encontraba limitada por los mandatos imperativos de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los años 2012, 2013, 2014 y 2015.

Lo que tendría una doble consecuencia,

- Por un lado, el plazo de 3 años del art. 70.1 EBEP quedaría en suspenso desde 2012 a 2015 (por imposibilidad legal de contrata-

ción). Lo que tendría un efecto directo en la posibilidad de declarar el carácter INF de un interino por vacante formalizado con anterioridad a la entrada en vigor de estas leyes; salvo que ya acumulara 3 años con anterioridad a 2012²⁶.

- Por otro lado, en el caso de que efectivamente se haya formalizado un contrato de interinidad por vacante durante los años 2012 a 2015, en los que la incorporación no fuera posible (y no concurriera ninguna condición especial), dicho contrato temporal debe ser calificado como fraudulento y, por consiguiente, calificado como INF.

Teniendo en cuenta que, a partir de la STS de 13 de marzo de 2019 (rec. 3970/2016), que da respuesta al caso De Diego Porras, parece que ya no es posible reconocer una indemnización a la extinción por cobertura de vacante de los interinos que no sean calificados como INF (lo que no deja de describir un trato desigual difícilmente justificable, al menos, ex arts. 20 y 31.1 CDFUE), estas precisiones pueden tener un notable efecto para los trabajadores que no sean calificados como INF.

No obstante, aunque la Administración estuviera limitada durante estos periodos, es controvertido que esto desnaturalice (o «desactive») el hecho de que la relación del interino por vacante efectivamente tenga un fin imprevisible y una duración inusualmente larga. En efecto, teniendo en cuenta lo apuntado en el apartado anterior, esta situación podría prolongarse más de 7 años: más de 3 años ex art. 70.1 EBEP y 4 años suspendidos por LPGE.

A pesar de esta duración inusualmente larga, de acuerdo con esta doctrina mantenida en suplicación (principalmente por el TSJ de Andalucía), la calificación de INF («no temporal») no sería posible, a pesar de lo proclamado por el apdo. 64 del caso Montero Mateos. Aunque, ciertamente, no veo cómo puede evitarse la aplicación de la misma.

Así pues, esto plantearía un nuevo problema, pues, si no pueden ser calificados como INF, pero tampoco pueden ser calificados como «temporales» (a resultas del caso Montero Mateos), surge la duda con relación a la naturaleza jurídica que debería atribuírsele (¿«Temporales con duración inusualmente larga que no son “INF” pero son “indefinidos” — o “no temporales”—?»).

²⁶ SSTSJ Andalucía, Sevilla, (2) de 20 de marzo de 2019 (rec. 597/2018 y rec. 711/2018); 7 y 14 de febrero de 2019 (rec. 458/2018 y rec. 538/2018); 16 de enero de 2019 (rec. 3264/2017) y 31 de octubre de 2018 (rec. 3019/2017), y Asturias de 12 de marzo de 2019 (rec. 19/2019).

Al margen de los (indeseables) efectos que se derivarían de la creación de una nueva figura que esta línea interpretativa provocaría, conviene tratar de reiterar un argumento ya expuesto con anterioridad: si estos contratos, efectivamente, ya no pueden ser calificados como «temporales», es dudoso que la cobertura de la plaza, aunque no haya caducado la OPE, produzca un efecto extintivo válido. En cuyo caso, no veo cómo puede evitarse que la extinción no sea calificada como improcedente si la Administración no aporta una justa causa (extremo que será abordado en el epígrafe que sigue).

4. Las reacciones internas al caso Montero Mateos

A raíz del apdo. 64 del caso Montero Mateos, la discrepancia jurisdiccional sobre el importe de la indemnización de los contratos temporales de fin imprevisible y duración inusualmente larga se ha centrado, principalmente, en los interinos por vacante del sector público y su extinción por cobertura reglamentaria de la plaza. En cambio, las controversias alrededor de los contratos por obra y servicio vinculados a la duración de una contrata han tenido una menor «recepción» en los Tribunales.

Veámoslos de forma separada.

4.1. Interinos por vacante del sector público

En cuanto a los interinos por vacante, una vez constatada la existencia de una finalización imprevisible y una duración inusualmente larga, los importes reconocidos oscilan entre²⁷:

— reconocer 20 días por equiparación con el art. 53.1.b ET²⁸; o bien,

²⁷ Para más detalles, véase, Beltran de Heredia Ruiz, I., «Guía práctica (2) para el seguimiento de la doctrina del TJUE sobre contratos temporales: de «Montero Mateos» a «De Diego Porras 2», (2019, 2). Blog del autor, <https://ignasibeltran.com/2018/11/08/guiapracticaparaelseguimientodeladoctrinadeltjuesobrecontratostemporalesdemonteromateosadediegoporras2/>.

²⁸ SSTSJ Castilla y León, Valladolid, de 5 de diciembre de 2018 (rec. 1308/2018), 29 de octubre de 2018 (rec. 1489/2018) y (2) 12 de julio de 2018 (rec. 1066/2017, rec. 982/2018), 11 de junio de 2018 (rec. 833/2018); Castilla y León, Burgos, de 17 y 24 de enero de 2019 (rec. 873/2018 y rec. 898/2018); Madrid de 14 de septiembre de 2018 (rec. 235/2018); Galicia de 11 de diciembre de 2018 (rec. 3105/2018); Cantabria de 8 y 23 de noviembre de 2018 (rec. 610/2018 y rec. 641/2018), 31 de octubre de 2018 (rec. 598/2018) y 26 de junio

- reconocer 20 días en aplicación de la doctrina de la STS de 28 de marzo de 2018 (rec. 1664/2015)²⁹; o bien,
- reconocer 8 días (ex Huétor Vega y Montero Mateos) al entenderse que no puede acudir a esta última sentencia porque han dejado de ser indefinidos en virtud de la STS de 2 de abril de 2018 (rec. 27/2017)³⁰.
- Reconocer 45 días³¹.

También son numerosos los supuestos en los que no se ha reconocido indemnización alguna (aunque por motivos dispares):

- No reconocer indemnización alguna porque (de forma controvertida) no se ha detectado irregularidad alguna en la contratación³².

de 2018 (rec. 291/2018); Cataluña de 9 de julio de 2018 (rec. 1862/2018); SJS/3 Badajoz de 25 de junio de 2018 (núm. 291/2018), y SSJS/4 Valladolid de 20 de junio de 2018 (núm. 245/2018) y 10 de agosto de 2018 (núm. 280/2018).

²⁹ SSTSJ Cantabria de 31 de octubre de 2018 (rec. 592/2018), 8 de marzo de 2018 (rec.114/2019), 1, 4 y 13 de febrero de 2019 (rec. 873/2018, rec. 7/2019, rec. 26/2019), 18 de enero de 2019 (rec. 840/2018) y 12 de diciembre de 2018 (rec. 745/2018); Asturias de 11 de diciembre de 2018 (rec. 2391/2018); Cataluña de 8 de noviembre de 2018 (rec. 4210/2018) y 27 de septiembre de 2018 (rec. 745/2018); Andalucía, Granada, de 5 y 12 de julio de 2018 (rec. 7/2018 y rec. 280/2018) y 21 de junio de 2018 (rec. 363/2018); Castilla-La Mancha de 5 de noviembre de 2018 (rec. 32/2018) y 26 de junio de 2018 (rec. 410/2018); Madrid de 23 de noviembre de 2018 (rec. 506/2018), 8, 16, 26, 30 y 31 de octubre de 2018 (rec. 32/2018, rec. 78/2018, rec. 475/2018, rec. 1066/2017, rec. 592/2018), 7 de septiembre de 2018 (rec. 207/2018), 20 de julio de 2018 (rec. 224/2018) y 8, 19, 21, (2) 26 y 29 de junio de 2018 (rec. 843/2018, rec. 922/2017, rec. 879/2017, rec. 56/2018, rec. 607/2018, rec. 152/2018); Galicia de 27 de junio de 2018 (rec. 896/2017), y SJS/33 Madrid de 28 de junio de 2018 (núm. 260/2018).

³⁰ SSTSJ Andalucía, Sevilla, de 25 de octubre de 2018 (rec. 3737/2017) y (2) 5 de diciembre de 2018 (rec. 4313/2017 y rec. 4099/2017).

³¹ En este sentido, antes de que se pronunciara el TJUE en el caso Montero Mateos, se pronuncia la STSJ País Vasco de 24 de octubre 2017 (rec. 1853/2017).

³² Con relación a interinos por sustitución, SSTSJ de Cantabria de 17 de diciembre de 2018 (rec. 754/2018); País Vasco de 10 de julio de 2018 (rec. 1296/2018); Extremadura de 27 de septiembre de 2018 (rec. 485/2018); Galicia de 20 de septiembre de 2018 (rec. 1584/2018), y Andalucía, Sevilla de 6 de junio de 2018 (rec. 84/2018). Y, con relación a interinos por vacante, SSTSJ Andalucía, Sevilla de 28 de junio de 2018 (rec. 2050/2017), Málaga de 7 de noviembre de 2018 (rec. 1404/2018) y 18 de julio de 2018 (rec. 794/2018), (2) 4 de julio de 2018 (rec. 485/2018, rec. 706/2018), 6, 13, (3) 20 y 27 de junio de 2018 (rec. 519/2018, rec. 639/2018, rec. 583/2018, rec. 615/2018, rec. 616/2018 y rec. 660/2018); Madrid de 10 y 17 de septiembre de 2018 (rec. 335/2018 y rec. 603/2018) y 2 y (4) 19 de julio de 2018 (rec. 235/2018, rec. 1432/2017, rec. 1499/2017, rec. 79/2018 y rec. 1345/2017), y País Vasco de 10 y 19 de julio de 2018 (rec. 1164/2018 y rec. 185/2018). Y, como mero apunte, en la jurisdicción CA:

- No reconocer indemnización porque, sin solución de continuidad, se ha producido una nueva contratación³³.
- No reconocer indemnización porque la duración no es «inusualmente larga» y Montero Mateos no reconoce indemnización a interinos ni en contrato de relevo³⁴.

Volviendo a los casos en los que se ha optado por abonar una indemnización de 20 días, la fundamentación resulta especialmente controvertida, pues, desde la STS de 2 de abril de 2018 (rec. 27/2017), el Alto Tribunal ha vuelto a calificar a los INF como «temporales». Lo que significa que estos contratos «temporales» tienen un trato diferenciado (¿justificado?) con respecto al resto de temporales (pues, a partir de las doctrinas Montero Mateos y Grupo Norte Facility, no tienen derecho a percibir la misma indemnización que los indefinidos). Aspecto del que emergen otros aspectos que abordaré con algo más de detalle con posterioridad.

Personalmente, creo que abonar la indemnización por despido improcedente es lo más adecuado. Y los motivos para sustentar esta afirmación, básicamente, son los siguientes:

con relación al personal eventual, STSJ, CA País Vasco de 18 de diciembre de 2018 (rec. 171/2017) y, con relación a funcionarios interinos, STSJ, CA Aragón 25 de enero 2019 (rec. 75/2018), 4 y 30 de octubre de 2018 (rec. 107/2018, rec. 63/2018), 19 de septiembre de 2018 (rec. 41/2018), 19 de junio de 2018 (rec. 60/2018) y 3 y 13 de julio de 2018 (rec. 67/2018, rec. 64/2018); SAN CA de 20 de septiembre de 2018 (rec. 19/2018).

33 Con relación a interinos por vacante, STSJ Madrid de 17 de octubre de 2018 (rec. 735/2018) y 21 de junio de 2018 (rec. 888/2017). En contra, STSJ Madrid de 22 de junio de 2018 (rec. 878/2017): extinción de interino por vacante por cobertura reglamentaria de la plaza calificado como indefinido no fijo tras 12 años. Se le reconoce indemnización de veinte días a pesar de que ha sido contratado de nuevo sin solución de continuidad.

34 *Interinos por sustitución*: SSTSJ Cataluña de 24 de enero 2019 (rec. 5958/2018), 7 de septiembre de 2018 (rec. 3668/2018), 17 de julio de 2018 (rec. 2013/2018) y 11 de junio de 2018 (rec. 3436/2018); Madrid de 5 de octubre de 2018 (rec. 357/2018) y 16 de julio de 2018 (rec. 370/2018); Castilla-La Mancha (2) de 25 de octubre de 2018 (rec. 1345/2017 y rec. 1346/2017); Andalucía, Granada, de 5 de julio de 2018 (rec. 248/2018), Málaga, de 4 de julio de 2018 (rec. 708/2018); Galicia (2) de 26 y (2) 29 de junio de 2018 (rec. 4242/2017, rec. 5182/2017, rec. 891/2018 y rec. 4627/2017); Asturias de 29 de junio de 2018 (rec. 998/2018), y País Vasco de 27 de noviembre de 2018 (rec. 2129/2018), 2, 3 y 10 de julio de 2018 (rec. 1197/2018, rec. 1255/2018 y rec. 1297/2018) y 11, (2) 12, (3) 19 y 26 de junio de 2018 (rec. 1118/2018, rec. 1118/2018, rec. 992/2018, rec. 1160/2018, rec. 1111/2018, rec. 1152/2018 y rec. 1182/2018). *Interinos por vacante*: SSTSJ Castilla y León, Valladolid, de 21 de febrero 2019 (rec. 1962/2018); Cantabria de 18 de enero 2019 (rec. 838/2018) y 17 de diciembre de 2018 (rec. 645/2018); SJS Gijón de 13 de julio de 2018 (núm. 312/2018). *Contrato de relevo*: SSTSJ Andalucía, Málaga, de 14 de noviembre de 2018 (rec. 1363/2018); Madrid de 28 de septiembre de 2018 (rec. 271/2018).

- Si por aplicación del apdo. 64, el contrato de un interino por vacante se califica como «fijo», la cobertura reglamentaria de la plaza no puede erigirse en un motivo que provoque la ineficacia contractual, porque al ser un contrato «fijo», obviamente, deja de ser «temporal» y, por lo tanto, deja de estar sometido a término (no pudiéndose extinguir por su cumplimiento)³⁵.
- Algo parecido sucede en el encadenamiento («sin solución de continuidad») de contratos temporales ilícitos y lícitos: la formalización de un contrato ilícito no queda «depurada» por la posterior celebración de contratos temporales lícitos. De modo que, extinguido el último (por ejemplo, una interinidad por sustitución con reserva de puesto de trabajo lícita), el término no es suficiente para justificar la extinción, calificándose como improcedente.

Así pues, a la luz de lo expuesto, creo que existen argumentos sólidos para extender esta doctrina a los interinos por vacante sujetos al citado apdo. 64.

Finalmente, el criterio defendido por el TS describe una situación de trato desigual injustificado en el caso de los interinos por vacante del sector público cuya relación se ha extinguido por cobertura reglamentaria de la plaza:

- Si la duración de la relación no puede ser calificada como «inusualmente larga» ex apdo. 64 del caso Montero Mateos (por ejemplo, porque no superan el plazo de 3 años del art. 70.1 EBEP

³⁵ De hecho, desde este punto de vista, se reforzaría la idea de reconducir la naturaleza de los INF (e interinos por vacante) a contratos sometidos a condición. (como sostuvo la jurisprudencia hasta la STS de 24 de junio 2014, rec. 217/2013), pero sujeta a las siguientes reglas: primero, la cobertura reglamentaria de la plaza (de INF e interinos por vacante) opera como una condición de ineficacia contractual válida (salvo que tengan una duración inusualmente larga). No obstante, en virtud de la doctrina comunitaria (Huétor Vega), ante la inexistencia de una norma específica que prevea una medida contra el uso abusivo de esta modalidad contractual, en caso de extinción se le debe anudar la indemnización prevista en el art. 49.1.c) ET (recuérdese que esta opción fue defendida por la jurisprudencia, incluso de oficio). Esto es, una indemnización de 12 días; segundo, entender que la «amortización simple» es una condición «abusiva» y, por consiguiente, no válida, exigiéndose en tal caso el respeto a las reglas que disciplinan la resolución «por causas de empresa» (para los INF, STS de 8 de julio 2014, rec. 2693/2013, y para los interinos por vacante, STS de 24 de junio 2014, rec. 217/2013). Las SSTSJ Andalucía, Sevilla, de 25 de octubre de 2018 (rec. 3737/2017) y (2) 5 de diciembre de 2018 (rec. 4313/2017 y rec. 4099/2017) también sostienen que los INF están sometidos a condición (aunque sin anudar la consecuencia de la improcedencia en caso de extinción por cobertura de vacante).

- siempre que se acabe confirmando este criterio temporal como válido—), en virtud de la nueva doctrina del Tribunal Supremo, no tienen derecho a indemnización alguna.
- Ahora bien, si la duración del contrato de estos interinos por vacante es calificada como «inusualmente larga» y se les atribuye la condición INF, en virtud de la doctrina de la STS de 28 de marzo de 2017 (rec. 1664/2015), tendrán derecho a una indemnización de 20 días.

Estarán conmigo en que esta situación evidencia una disparidad indemnizatoria difícilmente justificable (pues no parece que una diferencia basada en el tiempo —en el extremo, de 1 día— sea una razón objetiva suficiente)³⁶.

4.2. El contrato de obra y servicio vinculado a la duración de una contrata

La complejidad asociada al contrato de obra y servicio vinculado a la duración de una contrata excede del objeto de este estudio³⁷. A la explícita validez de esta «figura», ratificada recientemente por la STS de 9 de enero de 2019 (rec. 108/2018), aunque sin unanimidad (pues, se formula un VP firmado por 5 magistrados), debe sumársele la incertidumbre derivada del apdo. 52³⁸ de la STJUE de 11 de abril de 2019 (C-29/18, C-30/18

³⁶ En tal caso, en hipótesis, parece que el Tribunal Supremo, en un futuro, tendrá que optar por alguna de estas opciones: podría decidirse equiparar a la baja la indemnización de los INF en caso de cobertura reglamentaria de la plaza (en tal caso, también se plantearía la cuestión si la misma afectaría a todos los INF por igual o solo aquellos que previamente habían sido interinos por vacante, en cuyo caso, también se plantearían dudas respecto de la razonabilidad de este trato diferenciado entre trabajadores que participan de idéntica calificación); podría decidirse equiparar al alza la indemnización a los interinos por vacante no calificados como INF. En tal caso, podrían plantearse dudas sobre la razonabilidad de este trato diferenciado con respecto al resto de trabajadores temporales (y, en especial, al resto de interinos). Lo que, de nuevo, podría volver a cuestionar la necesidad de equiparar a todos los temporales (incluidos los INF) a la baja (12 días) o al alza (20).

³⁷ Extensamente al respecto, BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I., «Extinción de contrato de obra y servicio vinculado a la duración de una contrata: contornos de una posible discriminación a la luz de la Directiva 1999/70», *Revista de Trabajo y Derecho*, 2019. Pendiente de publicación.

³⁸ «Corresponde al tribunal remitente examinar si, habida cuenta de que los contratos de trabajo por obra o servicio de que se trata en los litigios principales estaban vinculados a la duración de la contrata y esta se resolvió anticipadamente, es preciso considerar que se puso fin a dichos contratos de trabajo, antes del vencimiento del plazo que les había sido asignado, por una de las causas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores

y C-44/18), Cobra Servicios Auxiliares. En este caso, y en el marco de las reacciones al caso De Diego Porras (1), el TJUE resuelve las cuestiones prejudiciales presentadas por el TSJ de Galicia, a propósito de las diferencias indemnizatorias en caso de fin de contrata entre un contrato de obra y servicio vinculado a una contrata y un contrato indefinido³⁹.

A la espera de que se disipen las dudas que esta controversia suscita (teniendo muy presente la falta de unanimidad en el seno del Alto Tribunal), lo cierto es que el TS parece estar, al menos, «redefiniendo» los contornos de esta modalidad de contratación temporal. Y las SSTs (4) 19 de julio 2018 (rec. 823/2017, rec. 824/2017, rec. 972/2017 y rec. 1037/2017) son ilustrativas de este proceso.

En efecto, hasta entonces, la doctrina jurisprudencial entendía que «mientras el mismo contratista es titular de la contrata, sea por prórroga o por nueva adjudicación, no puede entenderse que haya llegado a su término la relación laboral».

Pues bien, a partir de estas cuatro sentencias (aunque sin seguir un discurso argumentativo idéntico), se exige que, en los casos en los que se haya formalizado un único contrato, las mutaciones de las contrata deban acreditar de nuevo la autonomía y sustantividad propia (de otro modo, debe entenderse que contrato es indefinido)⁴⁰. No obstante, debe advertirse que el efecto de esta doctrina es, por decirlo de algún modo, «menor», pues, solo es aplicable a los contratos de obra celebrados con anterioridad al RDL 10/2010

Por otra parte, teniendo en cuenta que las relaciones se formalizan en enero de 1999, en uno de los pronunciamientos (rec. 823/2017, ponente: magistrado A. V. Sempere) se excluye que deba acudir al citado apdo. 64 del caso Montero Mateos, pues entiende que la Directiva 1999/70 no es aplicable a relaciones preexistentes a su entrada en vigor. No obstante, cabe hacer dos precisiones:

y si, por consiguiente, procede conceder a los interesados la indemnización prevista en el artículo 53, apartado 1, letra b), de dicho Estatuto».

³⁹ En efecto, en la medida en que el apartado 52 de la sentencia no cierra la puerta a que pueda someterse la extinción al régimen jurídico del art. 52 ET, *de facto* parece que implicaría que dejaría de ser un contrato temporal. Extensamente, BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I., «Contrato de obra y servicio vinculado a una contrata: ¿el TJUE abre la puerta a su calificación como indefinido? (casos C-29/18, C-30/18 y C-44/18, Cobra Servicios Auxiliares)», 2019. Blog del autor. <https://ignasibeltran.com/2018/11/08/guiapracticaparaelseguimientodeladoctrinadeljuesobrecontratostemporalesdemonteromateosadediegoporras2/>

⁴⁰ Criterio que se reitera en las SSTs de 11 de octubre de 2018 (rec. 1295/2017) y 5 de marzo de 2019 (rec. 1128/2017).

- En primer lugar, en los rec. 824/2017 y rec. 972/2017 (ponentes: L. Arastey y J. M. López García, respectivamente) se habla, sin citar el caso Montero Mateos, de «expectativa de finalización del mismo se torna excepcionalmente remota dado el mantenimiento inusual y particularmente largo». Y en el rec. 823/2017 (ponente: magistrado A.V. Sempere) se habla (sin citar tampoco este caso en este estadio) de: «prologada duración de la colaboración empresarial, la expectativa de finalización del mismo se torna excepcionalmente remota». Al margen de la discusión alrededor de si la Directiva 1999/70 y, por ende, la doctrina del caso Montero Mateos, serían aplicable entre privados y/o a relaciones preexistentes (como apunta al inicio de su fundamentación el rec. 823/2017, ponente: magistrado A. V. Sempere), podría entenderse que todas ellas se «aproximan» sustancialmente a la fundamentación del célebre apdo. 64 de dicho caso (al menos, en los términos empleados)⁴¹.
- En segundo lugar, la STS 11 de octubre 2018 (rec. 1295/2017), en un caso muy similar y reproduciendo prácticamente en su literalidad la fundamentación de este último recurso de casación citado, también sostiene (de forma controvertida y sin justificación) que la Directiva no es aplicable pese a que la relación se ha formalizado en 2010 y finaliza en diciembre de 2014. Esto es, después de 3 años y casi 7 meses (y, tratándose de una relación entre privados, tampoco hace mención alguna al posible juego de la interpretación conforme). En concreto, la sentencia entiende

«cabe preguntarse si un contrato válidamente celebrado como temporal por estar vinculado a la contrata mantiene esa naturaleza cuando, ante la prologada duración de la colaboración empresarial [en

⁴¹ No obstante, se dan motivos para dudar de que, el Tribunal Supremo persiga efectivamente este objetivo. Repárese que en el rec. 823/2017 (ponente: magistrado A.V. Sempere), obiter dicta, se afirma: «el caso resuelto es diverso al que surge cuando aparece una obra o servicio con duración excepcionalmente larga, sin prórrogas o novaciones del inicial acuerdo de colaboración entre empresas. En tal supuesto, seguramente, el abuso de temporalidad solo puede marcarlo el legislador, puesto que los agentes económicos que conciertan la colaboración entre sí omiten pactos adaptativos posteriores». Es razonable pensar que este «apunte» se refiere al contenido de la reforma de 2010. No obstante, si no estuviera acotada en el tiempo, esta afirmación podría plantear algunos problemas de encaje, a la luz del apartado 64 de esta sentencia del TJUE.

este caso, 3 años y 7 meses], la expectativa de finalización del mismo se torna excepcionalmente remota»⁴².

La lectura de este apartado sugiere las siguientes valoraciones:

- En primer lugar, se estaría confirmando la idea de que el TS, de algún modo, está poniendo coto al contrato de obra y servicio vinculado a la duración de una contrata (aunque, como se ha apuntado, ha ratificado su validez a través de la STS de 9 de enero de 2019, rec. 108/2018);
- En segundo lugar, repárese que, teniendo en cuenta la duración del contrato (3 años y casi 7 meses), el propio contenido del art. 15.1.a) ET, habilitando a la negociación colectiva a extender la duración del contrato de obra y servicio hasta los 4 años, se vería parcialmente comprometido (lo que podría tener importantes efectos); y
- En tercer lugar, téngase en cuenta que esta duración estaría por encima de la que se ha estado barajando en suplicación como «inusualmente larga»: esto es, como se acaba de apuntar, entre los 2 y los 3 años. No obstante, en la medida que en esta sentencia el TS no estaría sosteniendo este criterio de forma explícita, no creo que pudieran descartarse estas interpretaciones mantenidas por la doctrina judicial.

5. Valoración final

En una valoración superficial, podría pensarse que la controversia suscitada alrededor del caso De Diego Porras (1 y 2) ha sido resuelta a partir de la STS de 13 de marzo de 2019 (rec. 3970/2016), al no reconocerse (de forma muy discutible⁴³) indemnización alguna a los contratos de interini-

⁴² Extensamente al respecto, Beltran de Heredia Ruiz, I., «Contrato de obra y servicio vinculado a la duración de una contrata: ¿3 años y 7 meses describen una duración inusualmente larga? (STS 11/10/18)», 2018. Blog del autor. <https://ignasibeltran.com/2018/12/12/contratodeobrayserviciovinculadoaladuraciondeunacontrata3anosy7mesesdescribenuna-duracioninusualmentelargasts111018/>

⁴³ Extensamente al respecto, Beltran de Heredia Ruiz, I., «Finalmente, los interinos no tienen derecho a indemnización: el viaje de ida y vuelta del caso De Diego Porras (STS 13/3/19)», Revista de Derecho Vlex, núm. 179, 2018.

dad. De hecho, en la medida que, a partir de los casos *Montero Mateos* y *Grupo Norte Facility*, el TJUE está manteniendo de forma constante su doctrina (casos *De Diego Porras* (2), *Sindicato Nacional de CCOO de Galicia* y *Cobra Servicios Auxiliares*) es razonable pensar que estos criterios se mantendrán en las diversas cuestiones prejudiciales relacionadas con nuestro derecho interino y que todavía están pendientes de resolución.

No obstante, el escenario resultante de este viaje de ida y vuelta es, lejos de esta primera apreciación, particularmente alambicado. La disparidad interpretativa alrededor del apdo. 64 del caso *Montero Mateos* es, como se ha expuesto, muy superior a la que sería deseable. Y estas discrepancias que se ven particularmente amplificadas cuando se combinan con otras doctrinas jurisprudenciales todavía vigentes (como, por ejemplo, con el reconocimiento de una indemnización de 20 días en caso de cobertura de vacante a los INF, y no a los interinos). Sin olvidar que la concreción de los efectos del apdo. 52 del caso *Cobra Servicios Auxiliares* también podría abrir un nuevo frente de conflicto.

La lectura conjunta de todos estos elementos arroja una realidad que no ha variado desde septiembre de 2016, cuando se dictó la sentencia en el caso *De Diego Porras* (1): la segmentación de nuestro mercado de trabajo es patológica y se ha cronificado. Y, en el sector público (incluido el funcional —aunque no ha sido objeto específico de atención en este ensayo) es particularmente acusada—. La «cultura» de la temporalidad está profundamente arraigada y, lo que ha evidenciado la mejora económica, es que la atipicidad está en expansión.

Son muchas las voces que, desde hace tiempo, claman por una respuesta legislativa que moldee las poderosas inercias que imperan. Es una muestra de absoluta irresponsabilidad política pretender que sean los tribunales los encargados de llevar a cabo las intervenciones correctoras que nuestro modelo de relaciones laborales precisa. Los efectos colaterales de esta inacción legislativa son intolerables.

Problemática de la utilización de la prueba digital en el acto de juicio oral

MARÍA DOLORES PÉREZ MARTÍNEZ

Letrada de la Administración General de la Seguridad Social

Introducción

En el procedimiento laboral es ya frecuente la aportación de pruebas o evidencias de origen digital o electrónico con el fin de acreditar hechos o incumplimientos laborales cometidos tanto por los trabajadores como por las propias empresas, denominándose por ello prueba digital. La mayoría de las prestaciones laborales se desarrolla en entornos digitales, ya sea a través de la generación, almacenamiento y tratamiento de la información digital (*software*, servidores informáticos, archivos digitales, *log*, etc.), ya sea a través del uso de sistemas de comunicación electrónica (correo electrónico, sms, aplicaciones de mensajería instantánea, como Line, WhatsApp, Yahoo Messenger, chats, etc.).

La duda es si este tipo de pruebas o evidencias digitales tienen suficiente amparo normativo en nuestro ordenamiento jurídico para considerarlas válidas y eficaces como medio de prueba en un juicio, y en caso de ser así, cuál será la forma correcta de aportar judicialmente estos documentos electrónicos, cómo acreditar su validez y qué valor probatorio pueden adquirir en el procedo judicial.

Normativa relacionada con la prueba digital

Con carácter previo a analizar el concepto de evidencia o prueba digital, debemos partir de la definición que nos ofrece de «documento electrónico» el art. 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica, por la cual, se considerará «documento electrónico la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte elec-

trónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado».

Así mismo, la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, regula materias directamente relacionadas con la prueba digital, al incidir, en su art. 6, en el consentimiento del afectado en la utilización de sus datos personales.

En el derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales en el ámbito laboral, al fijar, en su art. 87.2, que el empleador podrá acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos, debiendo establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando, en todo caso, los estándares mínimos de protección de su intimidad, de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente, y en su elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores. El acceso por el empleador al contenido de dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su uso con fines privados, requerirá que se especifiquen de modo preciso los usos autorizados y se establezcan garantías para preservar la intimidad de los trabajadores, tales como, en su caso, la determinación de los periodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados. A tales efectos, los trabajadores deberán ser informados de los criterios de utilización a los que se refiere este apartado.

Derecho de los trabajadores y los empleados públicos a la desconexión digital, a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar. Las modalidades de ejercicio de este derecho se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores (art. 88 LO 3/2018).

Derecho a la intimidad frente a uso de dispositivos de videovigilancia y de grabaciones de sonido en el lugar de trabajo que el empleador utilice en las funciones de control prevista en el art. 20.3 del ET, siempre que se informe con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida. En ningún caso se admitirá la instalación de sistemas de grabación de sonidos ni de videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análo-

gos. Se admitirá únicamente cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo y siempre respetando el principio de proporcionalidad, el de intervención mínima y las garantías previstas legalmente (art. 89 LO 3/2018).

Derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral, en el que, con carácter previo, los empleadores habrán de informar de forma expresa, clara e inequívoca a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de la existencia y características de estos dispositivos. Igualmente deberán informarles acerca del posible ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión (art. 90 LO 3/2018).

Derechos a que en los convenios colectivos puedan establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral (art. 91 LO 3/2018).

Prueba digital como medio de prueba en la jurisdicción social

El art. 90.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, regula la admisibilidad de los medios de prueba, disponiendo que las partes, previa justificación de la utilidad y pertinencia de las diligencias propuestas, podrán servirse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la ley para acreditar los hechos controvertidos o necesitados de prueba, incluidos los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos, que deberán ser aportados por medio de soporte adecuado y poniendo a disposición del órgano judicial los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia de autos.

Debiendo aportar a la vista oral los soportes multimedia y medios de reproducción para hacer efectiva la prueba (art. 90 LRJS, art. 384.1 LEC) «medios, procedimientos o instrumentos que permitan archivar, conocer y reproducir la información digital» (arts. 299.2 y 384.3 LEC).

El art. 90.2 de la misma norma procesal añade que no se admitirán pruebas que tuvieran su origen o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas. Esta cuestión podrá ser suscitada por cualquiera de las partes o de oficio por el tribunal en el

momento de la proposición de la prueba, salvo que se pusiese de manifiesto durante la práctica de la prueba una vez admitida. A tal efecto, se oír a las partes y, en su caso, se practicarán las diligencias que se puedan practicar en el acto sobre este concreto extremo, recurriendo a diligencias finales solamente cuando sea estrictamente imprescindible y la cuestión aparezca suficientemente fundada. Añade el precepto que contra la resolución que se dicte sobre la pertinencia de la práctica de la prueba y, en su caso, de la unión a los autos de su resultado o del elemento material que incorpore la misma, solo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, se dará traslado a las demás partes y se resolverá oralmente en el mismo acto del juicio o comparecencia, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en el recurso que, en su caso, procediera contra la sentencia.

A su vez, completa esta regulación el art. 90.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, al establecer que, cuando sea necesario a los fines del proceso el acceso a documentos o archivos, en cualquier tipo de soporte, que puedan afectar a la intimidad personal u otro derecho fundamental, el juez o tribunal, siempre que no existan medios de prueba alternativos, podrá autorizar dicha actuación, mediante auto, previa ponderación de los intereses afectados a través del juicio de proporcionalidad y con el mínimo sacrificio, determinando las condiciones de acceso, las garantías de conservación y aportación al proceso, obtención y entrega de copias e intervención de las partes o de sus representantes y expertos, en su caso.

La normativa citada no es sino desarrollo y determinación en el ámbito del proceso social de lo que establece el art. 11.1 de la LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635)

al disponer, tras indicar que en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe, que «no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales». Como cabe observar, en el ámbito del proceso laboral ya no es que se indique que no producen efecto las pruebas que hayan vulnerado derechos fundamentales, sino que incluso no deben admitirse esas pruebas, sin duda pensando el legislador que debe evitarse la contaminación del juez o magistrado que deba resolver el asunto, si ha estado en contacto con un material probatorio que, en definitiva, vulnera los derechos fundamentales de los implicados en el proceso. Similar regulación se contiene en el art. 287 de la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892).

La prueba digital, además de estar sometida a las normas de pertinencia y utilidad prevista en los arts. 87.1 y 87.2 de la LRJS, art. 283 LEC, es decir referida a los hechos sobre los que no hubiere conformidad salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes, siempre que aquellas sean útiles y directamente pertinentes a lo que sea el objeto del juicio y a las alegaciones o motivos de oposición previamente formulados por las partes en el trámite de ratificación o de contestación de la demanda, También deberá ajustarse al test de proporcionalidad, es decir, necesidad, proporcionalidad e idoneidad, desarrollado, entre otras, en la SSTCo 14/1984 y 201/2004).

Sobre la admisión de la prueba digital es relevante hacer referencia a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 14 de diciembre de 2018, JUR 2019/35764, al establecer que no procede inadmitir un medio de prueba por la ilicitud de un medio de prueba como el propuesto por vulneración de derechos fundamentales en el acto del juicio sin haber resuelto en la vista sobre la licitud o no del mismo, con las garantías y trámites que prevé el citado art. 90.2 LRJS. Pues tal trámite del art. 90.2 LRJS para decidir sobre la licitud o no del medio de prueba permite a las partes formular alegaciones expresamente sobre tal particular y, asimismo, la práctica de las diligencias que sean necesarias para resolver sobre tal extremo, lo que, en su caso, podría incluso exigir el visionado en todo o parte tal grabación, pues en ocasiones puede resultar complicado determinar la licitud de un medio de prueba sin conocer su contenido; debiendo, por lo demás, resolverse oralmente en la vista, cabiendo así mismo recurso de reposición también a resolver oralmente. La inadmisión del medio de prueba sin haber resuelto en la vista sobre la licitud daría lugar a retrotraer las actuaciones al señalamiento del acto de juicio, para su nueva celebración, sin perjuicio de que, en el mismo, en el caso de que así se alegue o lo estime necesario de oficio, proceda el magistrado de instancia, siguiendo los trámites del art. 90.2 LRJS, a resolver con libertad de criterio sobre la licitud o no del citado medio de prueba.

Validez probatoria de una evidencia digital

Los cuatro requisitos básicos para asegurar la validez probatoria de una evidencia digital son:

1. La prueba electrónica se debe obtener de manera lícita.

2. Se debe respetar el derecho a las comunicaciones, a la intimidad y a cualquier otro derecho fundamental.
3. Hay que respetar la cadena de custodia de la prueba digital. Asegurar que las pruebas no han sido manipuladas durante el proceso de obtención, análisis y presentación.
4. Cuando sea necesario probarse la autenticidad e integridad de la prueba electrónica por medio de un perito ingeniero en informática colegiado.

La autenticidad y la integridad del mensaje son dos conceptos distintos, aunque íntimamente relacionados. El presupuesto de autenticidad del mensaje significa la concordancia del autor aparente con el autor real. Por su parte, la integridad del mensaje como presupuesto de admisibilidad se refiere a la concordancia de la copia, testimonio o certificación con el mensaje original.

No es necesaria la acreditación de la autenticidad ni de la integridad del mensaje cuando la prueba no ha sido impugnada por la parte contraria o cuando exista un acto de reconocimiento expreso de la conversación y de su contenido. Así se pronunció la sentencia 159/2014, de la secc. 3.ª de la Audiencia Provincial de Córdoba de 2 de abril de 2014 (JUR 2014, 168647): «es, además, llamativo que se impugne por la defensa dicha documental cuando el propio acusado ha llegado a reconocer en el acto del juicio [...] haber remitido uno de los mensajes de WhatsApp». En caso contrario, la carga de probarlo corresponderá a quien lo aporta. En tal situación, la jurisprudencia viene admitiendo diversos medios de prueba para acreditar la validez del mensaje.

La relevante sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 2 de abril de 2014, admitió el acta del letrado de la Administración de Justicia sobre el contenido de los mensajes con su transcripción, y su correspondencia con el teléfono y con el número correspondiente: «el Secretario Judicial, según consta en la diligencia extendida por el mismo [...] procedió a la “transcripción xerográfica de los mensajes recibidos por doña Dolores en el terminal número NUM003”. Por tanto, [...] resulta que quien ostentaba la fe pública judicial, [...] dejó constancia de un hecho con trascendencia procesal. Nada hay que objetar a un acto consistente en reflejar, merced a una serie de fotocopias de las diversas pantallas del terminal presentado por la denunciante, determinados mensajes a través de WhatsApp asociados a un usuario con nombre “José Miguel, el del denunciado».

La jurisprudencia también admite otros medios de prueba sobre la autenticidad como: (i) el acta notarial relativa al contenido de la conversación; (ii) la exhibición o cotejo con el otro terminal implicado (sentencia 143/2014 de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 7 de mayo de 2014: «dado que se trata de una conversación vía WhatsApp [...], la misma puede llegar a conocerse a través de ambos terminales. Y el Sr. Gustavo entregó el suyo voluntariamente y con carácter previo, incluso, a la solicitud de información a las compañías telefónicas»); y (iii) la práctica de una prueba pericial informática que acredite la autenticidad y el envío de los mensajes, la más adecuada para aquellos casos en que exista contradicción entre las partes en litigio (Sentencia núm. 51/2013 de la Sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de septiembre de 2013: “no existiendo [...] prueba que avale su declaración, pues los mensajes [...] no han sido reconocidos por el acusado, ni se ha practicado sobre los mismos prueba pericial informática que acredite su autenticidad y su envío”)).

Lo expuesto anteriormente se refiere únicamente a la validez como medio de prueba y no a la trascendencia probatoria de su contenido. Así se pronunció la sentencia 486/2016, de la secc. 4.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 6 septiembre de 2016: «Este Tribunal considera que existen riesgos tales como el de la supresión de mensajes de WhatsApp de la secuencia de mensajes de una conversación, el de la incorporación de mensajes reenviados, etc. Y de ahí las cautelas en la incorporación al proceso como medio de prueba de este tipo de pruebas».

Por lo tanto, una cosa es que las partes presenten la transcripción de unos presuntos mensajes y otra distinta es que la valoración del contenido de tales mensajes, para lo cual debe quedar acreditada, previamente, la realidad de la emisión y recepción de los mensajes por las partes, a cargo de la parte que presenta el medio de prueba. Además, de acuerdo con la sentencia 276/2017 de la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, de 25 abril de 2017: «lo habitual será la valoración conjunta del material probatorio: no únicamente lo que resulte del contenido de los mensajes de WhatsApp, sino del resto de pruebas existentes y practicadas: declaraciones de las partes y testificales».

La cadena de custodia aplicada a una prueba es el procedimiento mediante el cual se conserva la integridad física y lógica de una prueba. Esta conservación se extiende desde la identificación y recolección de la prueba, pasando por su registro y almacenamiento, su posterior traslado y el análisis final de la misma, hasta su destrucción (si procede).

Para que una cadena de custodia sea considerada válida como tal, un fedatario público debe atestiguar, mediante documento elevado a público, el estado de la prueba antes de su análisis, para que, una vez que se haya producido este, sea posible determinar que la prueba no ha sido contaminada y que su estado es el mismo que el anterior al análisis. En España, las únicas figuras de fedatarios públicos existentes son el notario y el letrado de la Administración de la Seguridad Social. El fedatario únicamente puede dar fe y atestiguar el estado de una prueba cuando esta llega a sus manos, pero no puede garantizar el estado de la misma antes de que esta haya llegado a él ni, por tanto, que la prueba no haya sufrido modificaciones previas.

Se pondrán algunos ejemplos gráficos: un ordenador incautado por la policía a un criminal y encendido antes de ser enviado al fedatario público ya no es una prueba en la que se pueda considerar que se haya conservado la cadena de custodia, puesto que el sistema operativo ya ha modificado y accedido a determinados ficheros. Así mismo, aunque el ordenador no haya sido encendido, tampoco se podría garantizar «estrictamente» la conservación de la cadena de custodia si el fedatario no estaba presente en el momento de la incautación, puesto que cualquier fichero informático es susceptible de ser modificado mediante *software*, así como también pueden ser alterados los diversos registros existentes en el sistema operativo para aparentar que no ha habido accesos, por lo que, en principio, un ordenador aparentemente no encendido o un disco no accedido, en realidad, puede que sí lo fueran. Se entrecomilla la palabra *estrictamente* debido a que, cuando la Policía o la Guardia Civil incautan material informático y lo almacenan, aunque aún no se haya dado fe pública del contenido de los discos, en teoría sí se conserva a nivel judicial la cadena de custodia, debido a que el almacenaje se presupone seguro, de tal forma que nadie podría acceder, dentro de las dependencias policiales, al material incautado; pero, a nivel técnico estricto, si alguien muy experto lograra acceder a dicho material y alterarlo sin dejar huella, sería virtualmente imposible demostrar, en este último ejemplo, que el ordenador sí fue encendido o el disco accedido, por lo que la duda sobre la inviolabilidad de la cadena de custodia ya estaría sembrada, siempre y cuando se pudiese demostrar que la custodia de la prueba no fue ortodoxa.

En conclusión, para que se mantenga la cadena de custodia de una prueba informática, es siempre necesario que esté presente el fedatario en la incautación o intervención del material informático a los criminales, para realizar clonados públicos de los discos. Así, el fedatario público podrá dar fe del estado de la prueba en ese preciso instante.

Según indican los peritos informáticos colegiados, muchas veces se confunde el término «cadena de custodia» y se le asocia un significado de «no modificación de la prueba». Esto que, en un principio, pudiera parecer lo mismo, realmente no lo es. La conservación de la cadena de custodia siempre implica una no modificación de la prueba, pero una no modificación de la prueba no implica que se pueda garantizar ante un Tribunal que se ha conservado la cadena de custodia. Por ejemplo, si un cliente le entrega a un perito un disco duro o un dispositivo móvil, el perito pondrá todo su empeño en la conservación de la cadena de custodia y en la no modificación de la prueba, pero, si no eleva ante notario el estado de la prueba en el momento preciso de su entrega por parte del cliente, no se podrá garantizar ante un Tribunal que la mencionada cadena de custodia se haya conservado y, aun así, solo se podrá garantizar la cadena de custodia desde que el cliente le entregó la prueba al perito, no antes. Esto quiere decir que, el cliente, por su cuenta, podría haber modificado la prueba para «colocar» o «retirar» de la misma las evidencias que le interesen, con o sin la ayuda de expertos. Será labor, en este caso, del perito informático, determinar y plasmar en el informe pericial, tras el análisis de la prueba, qué posibilidades hay de que esto haya sido posible teniendo en cuenta la dificultad inherente a la eventual alteración de las pruebas. Por ejemplo, no es lo mismo encontrarse una fotografía o video comprometidos dentro de un disco duro en el que no se ha conservado la cadena de custodia (algo relativamente sencillo de realizar para alguien con unos conocimientos informáticos mínimos, puesto que solo tiene que colocar el archivo en el disco), que un correo electrónico comprometido, enviado o recibido, que se encuentre borrado dentro de un fichero de carpetas personales (algo con una complejidad más elevada).

Para garantizar la cadena de custodia debería haber un protocolo informático en el que: estén presentes los representantes de los trabajadores, el trabajador afectado o notario, perito o testigo acreditado que lo ratifique; se extraiga el disco duro de la terminal ante notario, con precinto y depósito en la Notaría Pericial informática, copia del disco duro ante notario y traslado de la copia al laboratorio informático para analizar los resultados (algoritmos y conclusiones periciales / palabras clave ciegas) sin control de emisor/destinatario del correo electrónico.

Sobre la copia del disco duro original, que se precinta notarialmente y se le da un número, solo se debe permitir rescatar lo que interesa (STS de 8 de febrero de 2018, Social, u.d. 1121/2015).

Medios de prueba digital

La evidencia digital se puede aportar al proceso, de acuerdo con las normas procesales de admisión de prueba (arts. 90 y ss. LRJS), como un documento privado o mediante un documento público, en función del origen e intervención en el propio documento; a través de la aportación de un informe pericial de expertos, o también mediante la constatación directa del propio juzgado, a través del denominado reconocimiento judicial, si bien, como veremos, no todas estas fórmulas tendrán el mismo valor probatorio, quedando su valoración sometida a las reglas de la sana crítica del juez.

Por lo tanto, la evidencia digital, dentro del proceso judicial, incluye cualquier información, documento, archivo o dato, almacenado en un soporte electrónico y susceptible de poder ser tratado e identificado digitalmente para su posterior aportación en un proceso judicial.

La prueba «electrónica» puede ser practicada mediante la aportación como un mero documento privado, como la impresión directa del equipo informático particular sin la intervención de un fedatario público, o la impresión de un correo electrónico o el pantallazo de un mensaje de WhatsApp. Aunque, esta forma puede generar dudas sobre su autenticidad y, en consecuencia, disminuir su valor probatorio, obligando al juez a valorar esa prueba en conjunto con el resto del ramo probatorio presentado por las partes, como puede ser el propio interrogatorio de la parte o declaraciones de otros testigos (STSJ Madrid, Sala de lo Social, 10 de junio de 2015, rec. 817/2014), o incluso puede llevar a denegar su consideración como documento en sí mismo (STSJ Galicia, Sala de lo Social, 28 de enero de 2016, rec. 4577/2015).

El documento electrónico es prueba documental en formato electrónico cuya firma acredita al autor, no el contenido según el reglamento UE 910/2014, por lo que la constatación de hechos digital debe acreditarse por prueba pericial, porque no cualquier «captura» de imagen o impresión de correo electrónico o WhatsApp es válida si se impugna de contrario (art. 90.1 LRJS, LEC arts. 299.2 y 382 a 384, valoración sana crítica, art. 382.3 LEC)

En lo que respecta a la posibilidad de impugnación de los documentos privados presentados, una vez aportado el documento en la fase probatoria del juicio, y en el supuesto de que alguna de las partes dude sobre su autenticidad o integridad, deberá impugnarlo y proponer prueba sobre su autenticidad a través del llamado «cotejo pericial de letras». En la práctica, es habitual manifestar la falta de reconocimiento del do-

cumento por la parte que no lo ha propuesto, ya que el reconocimiento expreso tiene el valor de plena prueba en el proceso, tanto del contenido como de la fecha e identidades que constasen en dicho documento reconocido por ambas partes. Igualmente, si el documento no es impugnado expresamente, la valoración judicial suele tender a presumir su autenticidad salvo prueba en contrario (*iuris tantum*).

A diferencia de los documentos privados, los documentos públicos a priori no son susceptibles de impugnación salvo que se tenga la seguridad de que sea una falsificación, en cuyo caso se solicitará su cotejo con el original (matriz notarial si se trata de una escritura pública) o bien la ratificación del funcionario que intervino el documento.

Si se opta por incorporarlo a un documento público, dicha aportación se podrá efectuar mediante un acta notarial (fe pública notarial), en la cual se constatará por el notario (fedatario público) la existencia de dichos mensajes, otorgando fe pública del acceso a la cuenta de correo o del dispositivo móvil donde esté instalada la aplicación de mensajería, y procediendo a imprimir los mensajes elegidos incorporándolos finalmente al acta notarial. En el acta de protocolización de los mensajes, además, se incluirá la dirección de correo electrónico o el número de teléfono desde los que se hayan enviado o recibido los mensajes, las fechas de los referidos mensajes, así como las identidades de los intervinientes que figuren en los textos protocolizados.

El mismo valor probatorio de documento público tendrán las diligencias de constancia realizadas en el propio juzgado a petición de los interesados (fe pública judicial). En este caso, será el letrado de la Administración de Justicia (anteriormente el secretario judicial) el que levante acta del contenido del concreto correo electrónico o mensaje de WhatsApp, identidades que figuren en dichos mensajes, así como del dispositivo móvil utilizado.

Adicionalmente a las anteriores fórmulas de aportación de pruebas electrónicas, y como un plus de garantía de autenticidad y no manipulación, se presenta la posibilidad de practicar una prueba pericial informática sobre el contenido de los mensajes electrónicos, y en general sobre cualquier otro contenido almacenado digitalmente, como pueden ser ordenadores, dispositivos móviles, páginas web, redes sociales o similares.

En este caso, el trabajo del perito informático consistirá principalmente en el desarrollo de procedimientos encaminados a «preservar» las evidencias digitales que se puedan derivar del contenido electrónico que se pretenda aportar en juicio. Esta preservación se obtiene a través de la realización de copias forenses «exactas» de la información digital alma-

cenada, dando lugar a un código alfanumérico de dicha información (código *hash*). Dicha copia se realiza por duplicado, depositando una de ellas ante notario, y quedando la segunda copia en poder del perito para su posterior análisis técnico. Las técnicas utilizadas en este análisis suelen ser de carácter selectivo, es decir, solo se busca aquella información que resulte necesaria para la investigación, a través, por ejemplo, de búsquedas «ciegas», evitando con ello posibles injerencias en datos o informaciones de carácter íntimo o privado del trabajador investigado.

Finalmente, los resultados de la investigación se trasladarán a un informe pericial técnico que será el que se aporte en juicio. Es frecuente en la práctica que acuda el perito el día del juicio para ratificar el informe, evitando con ello posibles impugnaciones de la parte contraria.

Para finalizar, me parece de utilidad exponer los criterios que actualmente están aplicando los tribunales para considerar válida la aportación judicial de la prueba de mensajería instantánea, en particular la referida a la prueba de mensajes de WhatsApp. Siguiendo las consideraciones efectuadas por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en su reciente sentencia de 28 de enero de 2016, mencionada anteriormente, y en lo que respecta a los «pantallazos», para «considerar una conversación de WhatsApp como documento —a los fines del proceso laboral—, sería preciso que se hubiese aportado no solo la copia en papel de la impresión de pantalla o, como se denomina usualmente, “pantallazo” —que es lo único que cumple el actor—, sino una transcripción de la conversación y la comprobación de que esta se corresponde con el teléfono y con el número correspondientes. Esto podría haberse conseguido a través de la aportación del propio móvil del Sr. Abel y solicitando que, dando fe pública, el LAJ [actual Letrado de la Administración de Justicia] levante acta de su contenido, con transcripción de los mensajes recibidos en el terminal y de que este se corresponde con el teléfono y con el número correspondiente; o, incluso, mediante la aportación de un acta notarial sobre los mismo extremos».

En definitiva, como señala el Tribunal, para que se pueda aceptar como documento una conversación o mensaje de este tipo (algo diferente de su valor probatorio) se establecen cuatro supuestos: a) cuando la parte interlocutora de la conversación no impugna la conversación; b) cuando reconoce expresamente dicha conversación y su contenido; c) cuando se compruebe su realidad mediante el cotejo con el otro terminal implicado (exhibición), o, finalmente, d) cuando se practique prueba pericial que acredite la autenticidad y envío de la conversación, para un supuesto diferente de los anteriores.

En conclusión, la elección de la fórmula concreta de presentación o aportación de una prueba digital, por otro lado extremadamente usual en nuestros días, será capital a la hora de acreditar con visos de seguridad y fiabilidad los hechos y/o la información que puedan estar almacenados en cualquier tipo de soporte digital, y cometer un error en esta fase de preparación de la prueba puede marcar definitivamente el éxito o fracaso en un proceso judicial.

En cuanto a la aportación como medio de prueba de los soportes digitales, es relevante la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias 2530/2017, de 14 noviembre, que valora la eficacia probatoria a los correos electrónicos e incluye en la crítica los archivos digitales del ordenador a los que accedió la empresa con la ayuda del perito. Afirma que, por sus características como archivos digitales o documentos electrónicos, tienen el mismo valor en el proceso judicial que los documentos privados, y la sentencia procedió a valorar los correos y archivos digitales como partes de un conjunto más amplio de fuentes de convicción y esta actividad constituye una correcta manifestación de las amplias facultades reconocidas a la Juzgadora de instancia en la legislación procesal y no vulnera los límites de la función encomendada, que no le exigen una exposición exhaustiva sobre cada uno de los medios de prueba por separado. Además, aun los documentos privados no autenticados pueden constituir medios probatorios eficaces y, en este sentido, el art. 326.2 párrafo segundo de la LEC establece que cuando no se pudiere deducir su autenticidad o no se hubiere propuesto prueba alguna al respecto, el tribunal valorará el documento privado conforme a las reglas de la sana crítica.

En cuanto a la valoración de los soportes digitales como un medio de prueba, la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos 169/2018, de 4 abril, JUR 2018\186525, también hace referencia a la valoración directa del juez al indicar que, como recuerda la STS 7/2014, de 22 de enero (RJ 2014, 887), «carece de sentido cuestionar la autenticidad de las voces y echar en falta una prueba pericial que asegure la autenticidad de lo grabado. Conviene tener presente —decían las SSTS 75/2012, de 28 de septiembre, 412/2011, de 11 de mayo (RJ 2011, 3749) y 593/2009, 8 de junio (RJ 2009, 4710), entre otras— que la validez de las escuchas telefónicas no exige como presupuesto constitutivo el aval de un informe pericial que dictamine acerca de la coincidencia entre la voz registrada y la de aquella persona a la que esa voz se atribuye por la investigación. La posibilidad de alcanzar una convicción judicial sin necesidad de un dictamen pericial previo ha sido ya defendida por la jurisprudencia de esta Sala (cfr. STS 1286/2006, de 30 de noviembre (RJ 2007, 446)), que también ha proclamado la no

exigencia, con carácter general, de una comparecencia previa al juicio oral, con la correspondiente audición, con el fin de que los imputados pudieran reconocer o negar como propia la voz que había sido objeto de grabación (cfr. STS 537/2008, de 12 de septiembre (RJ 2008, 6954)). Es cierto que el órgano de enjuiciamiento no puede albergar duda alguna respecto de la autenticidad y la atribuibilidad de las voces. Pero su convicción no tiene por qué obtenerse necesariamente mediante el formato de una pericial o una comparecencia previa de audición». La falta de iniciativa procesal a la hora de aportar cualquier elemento probatorio que pudiera respaldar su reproche obliga a rechazar tal línea argumental. Mas el TS, en auto de inadmisión del recurso de casación de 26 de marzo de 2016, afirma en correspondencia a lo aquí acontecido que «[...] a mayor abundamiento, en las sentencias de esta Sala con referencia 406/2010 y 210/2012, hemos dicho que cuando el material de las grabaciones está a disposición de las partes, que bien pudieron en momento procesal oportuno solicitar dicha prueba y no lo hicieron, reconocieron implícitamente su autenticidad, sin olvidar, se reitera, que la identificación de la voz de los acusados puede ser apreciada por el Tribunal en virtud de su propia y personal percepción y por la evaluación ponderada de las circunstancias concurrentes».

Peligros de la manipulación de la prueba digital

En Google Play Store tenemos a nuestro alcance y de forma gratuita aplicaciones como «WhatsFake» o «Fake Chat». Estas aplicaciones permiten sustituir o suplantar una conversación real de WhatsApp. Un pantallazo, es una imagen que cualquiera podría modificar con PhotoShop o cualquier otro programa de edición de imágenes. Así que no parece que sea una prueba sólida la presentación de un pantallazo de una conversación de WhatsApp como medio de prueba en juicio.

La autenticidad del contenido es complicada, pues hay aplicaciones para su modificación (WhatsApp Toolbox, Fake SMS Sender, etc.). La STS, Sala Penal, de 19 de mayo de 2015 (rec. cas. 2387/2014) dice: «la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria» (pericial sobre el origen, destinatarios y contenido). «La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas, forma parte de la realidad de las cosas», STSJ Aragón de 23 de junio de 2014.

Desarrollo jurisprudencial de la prueba digital

1. DVD, CD, disco duro, USB, tablet

Es importante para la constitución como medios de prueba de estos soportes electrónicos que los mismo tengan la firma electrónica con certificado de entidad reconocida (Ley 59/2003 y art. 326.3 LEC). No son documentos electrónicos los correos electrónicos sin firma electrónica. Dado que el correo electrónico necesita de un soporte informático (ordenador, tablet, etc.), accederá al proceso normalmente por medio de copia impresa, pero nada impide el reconocimiento judicial del soporte en el acto de la vista, acompañando transcripción (art. 384 LEC). A fin de dar validez a los documentos con firma electrónica, con certificado de la entidad, la impugnación temeraria de la firma digital podrá llevar aparejada, a criterio del juez, multa de 120 a 600 euros.

En cuanto a la plasmación documental de esta prueba digital la sentencia 2658/2017, de 21 noviembre, AS 2017\2186, del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, valora que un reportaje fotográfico plantea varios problemas. Las fotografías que contiene, en realidad fotocopias de imágenes impresas en papel obtenidas a partir de archivos digitales, no son documentos en sentido estricto, pues en estos la escritura ha de ser la única o al menos la principal forma de representación, como se desprende de los arts. 265 y siguientes, 273 a 280, 299, 300, 317 a 323 y 333 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34) y 1216 a 1224 y 1225 a 1230, excepto el derogado 1266, del Código Civil (LEG 1889, 27). Las fotografías presentadas son medios de reproducción de imágenes y, por eso, están comprendidos en el art. 299.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en apartado distinto a los documentos (art. 299.1 LEC). En el recurso de suplicación no son medios de prueba con aptitud para modificar las premisas fácticas de la sentencia [art. 193 b) y 196.3 LJS].

Los denominados documentos electrónicos y su regulación en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre (RCL 2003, 2975), de firma electrónica, justifican las dudas sobre si puede mantenerse el concepto estricto y clásico de documento antes indicado. Pero, en cualquier caso, para la toma en consideración de las fotografías no bastaría con la aportación de la imagen impresa en papel, sino que deberían figurar incorporados, y no lo están, los archivos digitales de los que se obtuvo la impresión en papel, sin los cuales falta el soporte imprescindible para su valoración como medio de prueba.

2. En cuanto a las páginas web, se ha admitido el correo electrónico impreso como prueba documental y, por ende, con valor para la revisión fáctica en suplicación, lo que constituye un acicate a su impresión, salvando así el obstáculo que para el acceso al recurso de suplicación presentan los medios de reproducción de sonido o imagen o la prueba de instrumentos de los arts. 382 a 384 LEC, STSJ de Aragón 822/2010, de 17 de noviembre [AS 2011\136]. «La página web puede ser una modalidad de prueba electrónica consistente en un documento informático al que se puede acceder por vía de internet previa identificación de un enlace». Base jurídica: art. 384 LEC (ejemplo, «capturas» o «pantallazos» reconocidos). En vía penal se consideran como documentos privados (Facebook, WhatsApp, Twitter o Skype), pero en vía laboral son prueba de instrumentos según parte de la doctrina judicial (90.4 LRJS y 384 LEC).

Los videos en Facebook colgados por una trabajadora, de forma accesible a terceros, como prueba lícita: STSJ de Castilla-León, de 30 de abril de 2014 (R. 491/2014). Una trabajadora colgó en su perfil de Facebook dos videos obtenidos de la cámara de seguridad de la tienda donde prestaba servicios como encargada, en los que se refleja la caída al suelo de dos cajas, lo que provocó comentarios jocosos de otros usuarios. Fue despedida por tal conducta, medida que el Juzgado de lo Social calificó de procedente. En suplicación, la trabajadora denuncia que la decisión judicial se basa en una prueba obtenida con vulneración de su derecho fundamental a la protección de los datos personales. La sentencia desestima el recurso, argumentando 1.º) que las imágenes no eran propiedad de la actora, sino de la empresa, y 2.º) que la demandante las difundió en una red social accesible, en el que no consta que exista un control de seguridad al efecto, posibilitando así que las viesen una pluralidad de personas, alguna de las cuales las hizo llegar a la empresa, y perjudicando el derecho al honor y a la intimidad de sus compañeras.

Los contenidos en Twitter (impreso, es prueba documental): aceptado en casos de extinción por vía del art. 50 ET por *mobbing* (STSJ de Galicia, de 26 de septiembre de 2013, AS 2013\2948); indicio en procesos de vulneración de DF (STSJ de Cataluña, de 29 de abril de 2013, AS 2013/2994); despidos (STSJ de Madrid, de 26 de enero de 2015, JUR 2015/7398). «No se considera vulnerada la intimidad de la trabajadora al haber sido obtenidas las fotografías de páginas de Facebook sin necesidad de utilizar clave ni contraseña alguna» (STSJ de Asturias de 14 de junio de 2013, JUR 2013/245751).

No tiene la misma trascendencia una opinión vertida en un perfil de acceso libre o público que otra realizada en un perfil cerrado o de acce-

so restringido (STSJ Andalucía-Málaga de 22 de mayo de 2014, R.º 509/2014, despido por insultos y amenazas vs. otra compañera vía Facebook en perfil abierto —muro—); o por el número de «amigos» o «seguidores» que tenga el usuario, en la medida en que incide en el eventual comentario, suele ser objeto de valoración, cuando se trata de críticas sobre la empresa (STSJ de Navarra de 21 de febrero de 2014, R.º 44/2014, improcedencia de un despido porque, a pesar de que la cuenta tenía acceso libre, no se constata la repercusión de los comentarios, habida cuenta del (escaso) número de seguidores en Twitter que tenía el autor, parecido criterio en STSJ de Madrid de 10 de marzo de 2015, R.º 919/2014).

3. WhatsApp y Correo electrónico: “Para que una conversación de WhatsApp tenga plena validez ante un juez, debe estar certificada y autenticada, por lo que necesita ser aportada con prueba pericial que identifique el origen real de la conversación, la identidad de los interlocutores y la integridad del contenido

Un perito informático se encarga de 1) extraer conversaciones originales de WhatsApp (o cualquier otra aplicación); 2) certificar y 3) custodiar la cadena de custodia.

En este sentido, debe traerse a colación la sentencia 2047/2015 de 19 de mayo de 2015, que aunque es de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, es trasportable a la jurisdicción social. Según la mencionada sentencia: «una prueba de comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. La posibilidad de manipular los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas, forma parte de la realidad de las cosas. El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo. De ahí que la impugnación de la autenticidad de cualquiera de las conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria. De modo que será indispensable la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y la integridad de su contenido».

Los mensajes de WhatsApp pueden ser prueba en el procedimiento, como muestran la siguientes sentencias: STSJ de Cantabria, de 18 junio de 2014, que confirma la sentencia de instancia y declara procedente el

despido de un conductor de autobús que enviaba mensajes de WhatsApp mientras conducía, STSJ de Galicia, de 25 abril de 2014, en la que se indica que no vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones de una empleada (despedida) la utilización por parte de la empresa de la transcripción de una conversación de WhatsApp, llevada a cabo entre la recurrente y una interlocutora que era compañera de trabajo, pues el mencionado secreto no rige entre los comunicantes, dado que fue la otra trabajadora la que informó a la empresa de su contenido, STSJ de Cataluña de 15 de julio de 2014, que declara la nulidad de actuaciones por no haber sido admitida por el Juzgado de Instancia, la «prueba documental» consistente en la reproducción de varias conversaciones de WhatsApp, STSJ de La Rioja de 22 de enero de 2016: la entrega de los WhatsApp a la empresa por un compañero de trabajo receptor de estos, no vulnera el secreto de las comunicaciones (no hay secreto para aquel a quien se dirige la comunicación) «la difusión a terceros por parte de una de las partícipes en el chat de WhatsApp del contenido de los mensajes, no vulnera el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones» (STSJ de Andalucía 22 de noviembre de 2017). STSJ de Galicia de 28 de enero de 2016, rec. 4577/2015 (conversaciones apps y redes sociales): para considerar una conversación WhatsApp como documento —a los fines del proceso laboral—, sería preciso que se hubiese aportado no solo la copia en papel de la impresión de pantalla o, como se denomina usualmente, «pantallazo», sino una transcripción de la conversación y la comprobación de que esta se corresponde con el teléfono y con el número correspondientes o cuando la parte interlocutora de la conversación no la impugna o cuando la reconoce expresamente, o bien cuando se compruebe su realidad mediante el cotejo con el otro terminal implicado (a través de la exhibición) y la sana crítica, o también cuando una pericial acredita la autenticidad y el envío de la conversación o, por último, aportar el terminal al letrado de la Administración de Justicia o un notario para que levante acta de su contenido, los números de teléfono involucrados y la hora y la fecha de la conversación.

Con relación a los correos electrónicos como medios de prueba, es imprescindible hacer mención a la sentencia de 5 de septiembre de 2017 del TEDH 2017/61, caso *Barbulescu contra Rumania*, en aplicación del art. 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en la que se establece que, para dar valor probatorio a estos correos, es necesario comprobar concretamente si el empleador ha notificado previamente al demandante la posibilidad de que sus comunicaciones en Yahoo Messenger van a ser controladas y,

por otro, haberle informado de la naturaleza y alcance de la vigilancia a la que va a ser sometido, así como del grado de intrusión en su vida privada y en su correspondencia. Por otra parte, fijar qué motivos concretos justifican la introducción de las medidas de control, en segundo lugar, si el acceso al contenido de las comunicaciones sería posible sin su conocimiento.

Tras dicha sentencia, el Tribunal Supremo dictó sentencia 119/2018, de 8 de febrero, RJ 2018\666, en la que manifestaba su conformidad con la bases sentadas en la referida sentencia del TEDH, pero haciendo los siguientes matices: «Consideremos, finalmente, que “se examinó el contenido de ciertos correos electrónicos de la cuenta de correo corporativo del actor, pero no de modo genérico e indiscriminado, sino tratando de encontrar elementos que permitieran seleccionar que correos examinar, utilizando para ello palabras clave que pudieran inferir en qué correos podría existir información relevante para la investigación, [y atendiendo a la] proximidad con la fecha de las transferencias bancarias” [así, en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, pero con valor de HDP: recientes, SSTS 02/06/16, rco. 136/15 (RJ 2016, 4879); 22/06/16, rco. 250/15 (RJ 2016, 2946), y SG 26/10/16 (RJ 2016, 5448), rcud. 2913/14]; y sin que dejen de ser relevantes dos circunstancias: a) que el contenido extraído se limitó a los correos relativos a las transferencias bancarias que en favor del trabajador le había realizado —contrariando el Código de Conducta— un proveedor de la empresa, y b) que —además y según se indica en la misma resolución del J/S— el control fue ejercido sobre el «correo corporativo del demandante, mediante el acceso al servidor alojado en las propias instalaciones de la empresa; es decir, nunca se accedió a ningún aparato o dispositivo particular del demandante...; a lo que se accedió es al servidor de la empresa, en la que se encuentran alojados los correos remitidos y enviados desde las cuentas corporativas de todos y cada uno de los empleados».

Siendo ello así, no cabe duda: a) Que el hallazgo «casual» de la referida prueba documental excluye la aplicación de la doctrina anglosajona del «fruto del árbol emponzoñado», en cuya virtud al juez se le veda valorar no solo las pruebas obtenidas con violación de un derecho fundamental, sino también las que deriven de aquellas (sobre ello, SSTC 98/2000, de 10 de abril (RTC 2000, 98); 186/2000, de 10 de julio (RTC 2000, 186); 29/2013, de 11 de febrero (RTC 2013, 29); y 39/2016, de 3 de marzo (RTC 2016, 39). Y SSTS de 5 de diciembre de 2003 (RJ 2004, 313), rec. 52/03; 7 de julio de 2016, rcud. 3233/14 (RJ 2016, 4434); SG de 31 de enero de 2017 (RJ 2017, 1429), rcud. 3331/15; y 20/06/17 (RJ

2017, 3195), rcud. 1654/15); b) Que la clara y previa prohibición de utilizar el ordenador de la empresa para cuestiones estrictamente personales nos lleva a afirmar —como hicimos en uno de nuestros precedentes— que “si no hay derecho a utilizar el ordenador para usos personales, no habrá tampoco derecho para hacerlo en unas condiciones que impongan un respeto a la intimidad o al secreto de las comunicaciones, porque, al no existir una situación de tolerancia del uso personal, tampoco existe ya una expectativa razonable de intimidad y porque, si el uso personal es ilícito, no puede exigirse al empresario que lo soporte y que además se abstenga de controlarlo” (STS SG 06/10/11 (RJ 2011, 7699), rco 4053/10); c) Que el ponderado examen del correo electrónico que se ha descrito en precedente apartado, utilizando el servidor de la empresa y parámetros de búsqueda informática orientados a limitar la invasión en la intimidad, evidencia que se han respetado escrupulosamente los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional y se han superado los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad».

4. Videovigilancia

En materia de videovigilancia, debido a la escasa regulación legal se ha producido jurisprudencia vacilante.

La STCO 39/2016, de 3 de marzo, donde se indica que es suficiente con «distintivos» de zona video vigilada en los centros de trabajo (Instrucción AEPD 1/2006) para que los mismos sean admitidos o la STCO 29/2013 y SSTS 31 de enero de 2017, u.d. 3331/2015 y 2 de febrero de 2017, u.d. 554/2016 más exigentes en la que se requiere de información previa de uso «laboral» de las imágenes, proporcionalidad, necesidad, idoneidad.

La STSJ de MADRID, de 25 de enero de 2019 (rec. 971/2018, exige que la instalación de cámaras de seguridad es una medida justificada por razones de seguridad (control de hechos ilícitos imputables a empleados, empleados, clientes y terceros), apta para el logro de ese fin y necesaria y proporcionada al fin perseguido, razón por la que estaba justificada la limitación de los derechos fundamentales en juego, máxime cuando, tal y como consta acreditado, la representación legal de los trabajadores tiene pleno conocimiento de la instalación del sistema de vigilancia, así como que se informa a toda la plantilla en el sistema de información de la empresa y se expuso en los tablones de anuncios de los centros de trabajo.

La STEDH 28 de noviembre de 2017, asunto Nevenka Antovic y Jovan Mirkovic vs. Universidad de Montenegro (School of Mathematics) sobre monitorización de clases («anfiteatros anfiteatros») con cámaras de videovigilancia (*camera surveillance*) no justificada ni proporcionada, en las que se vulnera vida privada e intimidad de los dos profesores (art. 8 CEDH).

Si una empresa quiere instalar cámaras de videovigilancia, debe informar a sus trabajadores de ello (si la cámara se instala de modo permanente y/o prolongado) (SSTSJ de Cataluña, de 19 de febrero de 2018, rec. 6637/2017 y 16 de marzo de 2018, rec. 154/2018; STSJ de Granada, de 10 de noviembre de 2018, rec. 2260/2017, y STSJ de Madrid, de 28 de septiembre de 2018, rec. 275/2018) y de la existencia de un fichero con datos de carácter personal (la imagen lo es), así como de que las grabaciones podrán ser utilizadas para justificar un incumplimiento (transparencia informativa). Si la cámara solo se instala durante pocos días (los necesarios para confirmar la sospecha previa) y solo graba alrededor del puesto de trabajo (sin grabar a nadie más ni en lugares controvertidos), puede defenderse la proporcionalidad, idoneidad y necesidad de la medida.

La STSJ de Galicia de 24 de julio de 2018 (rec. 993/2018) declara la ilicitud de la prueba videográfica obtenida porque, aunque un conductor de autobús despedido (siendo calificado de nulo el despido) conociera la implantación de cámaras de seguridad, no se le había informado de las características y alcance del tratamiento de los datos obtenidos, es decir, cuándo podían ser examinadas las grabaciones, durante cuánto tiempo y con qué propósitos, sin explicación concreta del posible uso sancionador disciplinario de incumplimientos laborales.

La STSJ de Asturias de 22 de enero de 2019 (rec. 2361/2018), indica que «la instalación de una sistema de grabación de esa naturaleza no queda a la conveniencia de la empresa ni puede justificarse solo por la circunstancia de tener atribuida la facultad de dirección y control del cumplimiento del contrato de trabajo, pues en la medida que supone una injerencia en el ámbito de derechos fundamentales de la trabajadora, debe cumplir rigurosamente los requisitos que habilitan para afectar esa esfera protegida de la trabajadora», añade que «la grabación y visionado de las imágenes de la demandante en el puesto de trabajo es una prueba inadmisibles, que no puede surtir efectos —art. 11.1 LOPJ y 90.2 LRJS—», pero, al ser la única prueba en que la empresa basó el despido acordado, indica que el mismo debe calificarse como improcedente «sobre la base de la ineficacia de la grabación como prueba de cargo y la

inexistencia de otras pruebas acreditativas de los incumplimientos laborales imputados en la carta de despido “».

La grabación de sonidos en el lugar de trabajo se admitirá únicamente cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo, y siempre respetando el principio de proporcionalidad, el de intervención mínima y las garantías legales. Los datos serán suprimidos en el plazo máximo de un mes desde su captación, salvo cuando hubieran de ser conservados para acreditar la comisión de actos que atenten contra la integridad de personas, bienes o instalaciones, en cuyo caso las imágenes deberán ser puestas a disposición de la autoridad competente en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que se tuviera conocimiento de la existencia de la grabación. SJS 3 de Pamplona, de 18 de febrero de 2019 (Roj: SJSO 281/2019, JUR 2019/80406).

Para intentar resumir la doctrina del TS, TCO y TEDH sobre videovigilancia, me remito a la valoración conjunta que realiza el Juzgado de lo Social núm. 3 de Pamplona (Comunidad Foral de Navarra), sentencia núm. 52/2019 de 18 febrero, AS 2019/1014, al analizar la evolución de la jurisprudencia en esta materia «Fijando los hitos más característicos, y la incidencia del Reglamento 2016/679 (LCEur 2016, 605)

del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, y de la regulación de la videovigilancia en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre (RCL 2018, 1629), de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales».

Fijando como elementos más importantes: «a) La doctrina constitucional hasta las SSTC 29/2013 y 39/2016; b) Vigilancia y protección de datos: el deber informativo en la doctrina de las SSTC 29/2013 y 39/2016; c) La prohibición de la videovigilancia encubierta en la doctrina de la STEDH de 9 de enero de 2018 (caso López Ribalda y otras vs. España); d) El deber informativo como requisito imprescindible para la validez de las grabaciones audiovisuales y de los otros medios tecnológicos de control empresarial y la incidencia del Reglamento 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, y e) El deber informativo en la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales».

En los casos citados, el TC resolvió el conflicto entre el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE) y las facultades de control empresarial de la actividad laboral con la aplicación estricta del principio de proporcionalidad. Pero la doctrina va a ser corregida en la STC 29/2013, de 11 de febrero, que establece condiciones adicionales para la validez de la

utilización de las cámaras de vigilancia en los centros de trabajo, exigiendo con rigor el cumplimiento del deber de información previo a los trabajadores para admitir las grabaciones como prueba.

Sin embargo, esta doctrina del TC va a ser modificada en la STC 39/2016, de 3 de marzo (RTC 2016, 39), delimitando el alcance del deber informativo a los trabajadores, que considera cumplido cuando la empresa coloca los distintivos informativos en las condiciones que establece la instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la AEPD. Parece evidente que el Pleno del TC ha cambiado la doctrina de la STC 29/2013.

Pero las nuevas regulaciones, distinguiendo forma destacada, la reciente LO 13/2015, de 5 de octubre (RCL 2015, 1523, 1895), que modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16) para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, exigiendo en la adopción de las mismas el respeto de los principios de idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, y la aprobación de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, que regula la videovigilancia en el ámbito de las relaciones laborales, adecuan los requisitos de la videovigilancia, la exigencia informativa en esta materia conforme resulta de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, sentencia de 9 de enero de 2018, caso López Ribalda), que consagra con carácter general la prohibición de los sistemas de videovigilancia ocultos o encubiertos. El deber informativo como requisito imprescindible para la validez de las grabaciones audiovisuales y de los otros medios tecnológicos de control empresarial. Incidencia del Reglamento 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 27 de abril de 2016, que no excepciona el deber informativo en supuestos de videovigilancia. Ante la posible disyuntiva entre la última doctrina del TC y el TEDH, parece que no sería necesario que el juez plantee una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC ni una cuestión prejudicial ante el TJUE. Podrá simplemente inaplicar la norma nacional que no respeta el derecho originario de la Unión Europea (Carta) y el derecho derivado dotado de eficacia directa y primacía en las relaciones verticales y en las horizontales (RGPD).

5. Geolocalización. La LO 3/2018, en su artículo 90 ya establece como requisitos necesarios para la geolocalización que los empleadores habrán de informar de forma expresa, previa, clara e inequívoca, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de la existencia y características de estos dispositivos, e igualmente deberán informarles acerca del posible ejercicio de los derechos

de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión de datos obtenidos (TCo STCO 241/2012, de 17 de diciembre). El secreto de las comunicaciones y a la intimidad no se ve afectado en un caso en que la empresa accede a los ficheros informáticos en que quedaban registradas las conversaciones mantenidas entre dos trabajadoras a través de un programa de mensajería, instalado por ellas mismas en un ordenador de uso común y sin clave de acceso; conversaciones de carácter íntimo descubiertas por casualidad por un trabajador que dio cuenta a la empresa (TCo STCO 170/2013, de 7 de octubre). Basta que un convenio colectivo sancione el uso de herramientas informáticas y correo electrónico para usos diversos al profesional para considerar que la empresa puede controlar los correos electrónicos de los empleados, empleados, sin aviso previo a estos y sin que ello vulnere su derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad.

La carga de la prueba de la intromisión ilícita corresponde a quien sostiene la ilicitud (art. 217 LEC); sin perjuicio de la modulación de tal carga por el principio de disponibilidad probatoria Sala 2.^a TS y Sala 2.^a TS e-mail STS, Sala Penal, de 16 de junio de 2014 (rec. 2229/2013).

En todo caso, no existe ninguna posibilidad ni por la titularidad empresarial de la herramienta comunicativa (ordenador, teléfono, etc., propiedad de tercero ajeno al comunicante), ni del carácter del tiempo en el que se utiliza (jornada laboral) ni, tan siquiera, de la naturaleza del cauce empleado («correo corporativo»), para excepcionar la necesaria e imprescindible reserva jurisdiccional en la autorización de la injerencia. Tampoco una supuesta «tácita renuncia» al derecho por parte del trabajador.

El uso de dispositivos digitales facilitados por el empleador a los trabajadores (art. 87 LO 3/2018, de 5 de diciembre), supone la obligación empresarial de información previa sobre el uso privado permitidos de los mismos (tiempo y forma de utilización), pudiendo ser legítimo el control de los mismos (arts. 22, 24 y 89) a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos (art. 87.2). Entre los dispositivos digitales se incluye ordenador, móvil y tablets, STS Social, 8 de febrero de 2018 (u.d. 1121/2015).

Conclusiones

Analizando toda la normativa, jurisprudencia de aplicación y doctrina sobre los soportes digitales como prueba en el procedimiento laboral, me

permite concluir que la aportación en juicio de este tipo de pruebas es una realidad que debemos aceptar pero que debe afrontarse con la intención clara de que la misma sea veraz e idónea.

La especialización de los conocimientos en informática que requiere la valoración de estos soportes electrónicos, muy dispares a su vez de la disciplina jurídica, obliga por parte de los juristas a ser conscientes de la necesidad de formarnos en las técnicas de creación, extracción y cadena de custodia de estos medios.

Entiendo que debemos ser muy cautelosos ante los posibles riesgos que genera la manipulación informática, teniendo en cuenta el inicial desconocimiento y la realidad del tráfico informático. La facilidad de los operadores informáticos para transformar la realidad es uno de los peligros acreditados por los peritos informáticos. Existe en la actualidad un mercado subred, llamado «internet profunda», con protocolos de encriptación y navegadores anónimos, difíciles de identificar, que se encargan de extraer y traficar con correos ajenos, desde los que se pueden manipular contenidos de correo electrónico. También se producen suplantaciones de páginas webs, que pueden arrojar informaciones que no se corresponden con la realidad del emisor. En el ámbito de los WhatsApp, cuentas falsas, cuentas alquiladas, manipulaciones sobre terminales ajenos de fácil acceso.

Es relevante el enfoque limitante del uso de estos medios en el proceso laboral a la que tiende la jurisprudencia actual, en especial las sentencias del TEDH, que incluso han hecho una llamada de atención con relación a la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre el limitado alcance del deber informativo en materia de videovigilancia, imponiendo, por el contrario, el carácter absoluto del deber informativo vinculado a las garantías propias del derecho a la protección de datos en los términos que establecía el art. 5 de la Ley 15/1999, y actualmente el art. 11

de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, sobre Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y en los arts. 12, 13 y 14 del Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, sobre tratamiento de datos personales y su libre circulación (RGPD).

La necesidad de la aportación de la prueba digital, como nueva realidad laboral, comporta mecanismos de consolidación de su autenticidad que deben crearse por nuestro sistema judicial y normativa legal. Por ello, entiendo que los juristas deberíamos formarnos específicamente en la materia, a los juzgados debería proveerse de periciales informá-

ticas adscritas al propio juzgado, por su especialidad e imparcialidad, y debería reforzarse las medidas coercitivas ante las prácticas ilícitas en la obtención de este tipo de pruebas.

Referencias

- Rojas Rosco, Raúl, «La prueba digital en el ámbito laboral ¿son válidos los “pantallazos”?», en: Oliva León, R. y Valero Barceló, S. (coords.), *La prueba electrónica, validez y eficacia procesal*, Juristas con Futuro, Desafíos Legales, #RetoJCF, 2016
- Morales Váñez, Concepción, *La prueba electrónica en el proceso laboral y en el control de los medios tecnológicos por el empresario* Sepin, 2018
- Alemán Páez, Francisco, «El derecho a la desconexión digital», *Revista de Trabajo y Derecho*, 30 (2017).
- Barrios Baudor, Guillermo Leandro, «El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral español: primeras aproximaciones», *Aranzadi Doctrinal*, 1 (2019).
- Miñarro Yanini, Margarita, «La “Carta de derechos digitales” para los trabajadores del Grupo Socialista en el Congreso: un análisis crítico ante su renovado interés», *Estudios Financieros*, 424, RTSS- CEF (2018).
- García Pañeda, Xaviel y Melendi Palacio, David, *La Peritación Informática un enfoque práctico*, Colegio Oficial de Ingenieros en Informática, 2008.



Títols de la col·lecció

#1 Protocol d'Istanbul. Manual per a la investigació i la documentació de la tortura
(Drets humans i intervenció penitenciària, vol. 1)

#2 Regles penitenciàries i Codi ètic europeu per al personal penitenciari (Consell d'Europa)
(Drets humans i intervenció penitenciària, vol. 2)

#3 Lobbys: el marc regulador dels grups d'interès

#4 El nou marc legal del règim jurídic del sector públic i del procediment administratiu comú: documents per aplicar-los

#5 XXIX Jornades Catalanes de Dret Social
Noves tecnologies i relacions laborals

#6 Jornadas Catalanas de Derecho Social
Trabajo, protección, mujer e igualdad