

Anuario 2025 de Jurisprudencia Laboral

(Estudio de 100 casos relevantes)

Consejo de Redacción

ARETA MARTÍNEZ, María (Secretaria)
ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel (Subdirector)
BALLESTER PASTOR, Inmaculada
CASAS BAAMONDE, María Emilia
CAVAS MARTÍNEZ, Faustino
GALLEGO MOYA, Fermín
GARCÍA ROMERO, Belén
GÓMEZ GARRIDO, Luisa María
LASAOSA IRIGOYEN, Elena
LOUSADA AROCHENA, José Fernando
MARTÍNEZ MOYA, Juan
MONEREO PÉREZ, José Luis
NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena
PALOMO BALDA, Emilio
RIVAS VALLEJO, María Pilar
RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana
ROJO TORRECILLA, Eduardo
SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (Director)
VILA TIerno, Francisco A.

ANUARIO 2025 DE JURISPRUDENCIA LABORAL

(ESTUDIO DE 100 CASOS RELEVANTES)

Autores

ARETA MARTÍNEZ, María (Secretaria)
ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel (Subdirector)
BALLESTER PASTOR, Inmaculada
CASAS BAAMONDE, María Emilia
CAVAS MARTÍNEZ, Faustino
GALLEGO MOYA, Fermín
GARCÍA ROMERO, Belén
GÓMEZ GARRIDO, Luisa María
LASAOSA IRIGOYEN, Elena
LOUSADA AROCHENA, José Fernando

MARTÍNEZ MOYA, Juan
MONEREO PÉREZ, José Luis
NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena
PALOMO BALDA, Emilio
RIVAS VALLEJO, María Pilar
RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana
ROJO TORRECILLA, Eduardo
SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (Director)
VILA TIerno, Francisco A.

Primera edición: febrero de 2026

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas
por los autores de los originales publicados

- © AEBOE por la presente edición
- © Los autores por sus respectivos comentarios jurisprudenciales



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas
4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

NIPO AEBOE (papel): 144-24-017-4

NIPO AEBOE (PDF): 144-24-018-X

ISBN: 978-84-340-3116-6

ISSN: 2660-8944

Depósito Legal: M-16295-2020

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54 - 28050 Madrid

PRESENTACIÓN

A lo largo del año 2025, la *Revista de Jurisprudencia Laboral* (RJL) ha publicado, por entregas y de forma telemática, los comentarios a 100 resoluciones judiciales dictadas por distintos órganos judiciales de varias jurisdicciones. Todos ellos se aglutinan ahora en este *Anuario de Jurisprudencia Laboral* (AJL) editado dentro de la Colección de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la AEBOE.

En su séptimo año de singladura, la RJL sigue cumpliendo el objetivo de alcanzar el número redondo de cien pequeños estudios divulgativos. Decisión caprichosa o elección premeditada, lo cierto es que el guarismo simboliza algunos rasgos que definen tanto a la Revista cuanto a su hermano mayor, este Anuario que ahora presentamos. Como enseñan las matemáticas, cien es el sumatorio de los diez primeros números primos, los cuales son diversos y diversas son también las cuestiones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social analizadas por un grupo plural de autores. El deseo de los Consejos (de Redacción y Asesor), así como del Equipo de Dirección, es que la RJL llegue cada vez a más público, convirtiéndose así en una herramienta útil para quienes muestran interés y/o desarrollan su quehacer profesional en este sector del ordenamiento jurídico. Cien es el número de años de un siglo y manifestación de longevidad, siendo también longeva y fructífera la trayectoria que deseamos para la RJL.

Resumir un año del laboralismo en un centenar de resoluciones judiciales es tan convencional como hacerlo con cualquier otro número de ellas, por lo que en modo alguno se ha pretendido ni la exhaustividad, ni la especialidad.

La selección y contenidos son libre decisión de quienes integran el Consejo de Redacción, aunque es obvio que siempre se ha pretendido abordar cuestiones de importancia y actualidad. La similar estructura de todas las entradas del Anuario pretende que quien se acerca al mismo pueda moverse con familiaridad en cualquiera de los comentarios.

Es de justicia dejar constancia que este Anuario no hubiera sido posible sin el trabajo riguroso y generoso de los miembros del Consejo de Redacción de la RJL, sin el soporte técnico e infraestructura de la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, y sin la atención y seguimiento de quienes lo consultan.

Desde aquí trasladamos nuestro sincero agradecimiento y el compromiso de mantener esta tarea mientras nos siga siendo encomendada.

Madrid, 19 de diciembre de 2025

Antonio V. Sempere Navarro (Director)

Ángel Arias Domínguez (Subdirector)

María Areta Martínez (Secretaría)

ÍNDICE PRINCIPAL

§1.	La justicia europea declara que también es obligatorio registrar la jornada diaria del personal al servicio del hogar familiar. STJUE (Sala Séptima) de 19 de diciembre de 2024 (C-531/23). <i>Faustino Cavas Martínez</i>	17
§2.	Derecho de las madres biológicas de familias monoparentales a la ampliación del permiso por nacimiento y cuidado de menor para poder disfrutar del que le hubiera correspondido al otro progenitor. STC (Pleno) 140/2024, de 6 de noviembre. <i>Belén García Romero</i>	27
§3.	Cómputo restrictivo de la cuantía defraudada a la Seguridad Social. STS-PEN 1115/2024, de 4 de diciembre. <i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	39
§4.	La vulneración del derecho fundamental de huelga en los supuestos de pluralidad de empleadores vinculados: Externalización y grupos de empresas y alcance de la responsabilidad indemnizatoria por daños y perjuicios. STS-SOC (Pleno) 1246/2024, de 14 de noviembre. <i>José Luis Monereo Pérez</i>	49
§5.	El empresario debe escuchar al trabajador antes de proceder a su despido disciplinario: un inesperado giro jurisprudencial y un aluvión de incógnitas por despejar. STS-SOC (Pleno) 1250/2024, de 18 de noviembre. <i>Emilio Palomo Balda</i>	59
§6.	Acceso a las direcciones de correo electrónico de la plantilla por la representación del personal y derecho a la protección de datos. STS-SOC 1302/2024, de 21 de noviembre. <i>Pilar Rivas Vallejo</i>	69
§7.	Pueden compatibilizarse dos pensiones de IPT sucesivas generadas en Regímenes diferentes y usando cotizaciones del otro Régimen siempre que las cuotas no se superpongan. STS-SOC 1303/2024, de 27 de noviembre. <i>Inmaculada Ballester Pastor</i>	77
§8.	Derecho a prestación económica por cuidado de menor afectado de enfermedad grave. Interpretación finalista del requisito de ingreso hospitalario. STS-SOC 1308/2024, de 3 de diciembre. <i>Eduardo Rojo Torrecilla</i>	85
§9.	Aplicación al contrato a tiempo parcial de las cláusulas convencionales que limitan el trabajo en fines de semana y festivos. SAN-SOC 160/2024, de 29 de noviembre. <i>Elena Lasaosa Irigoyen</i>	93
§10.	¿Los representantes legales de los trabajadores pueden acceder al registro de jornada en cualquier momento y de manera inmediata? SAN-SOC 168/2024, de 9 de diciembre. <i>María Areta Martínez</i>	101
§11.	El TEDH, la libertad de expresión, y los códigos morales normativizados destinados a disciplinar el desarrollo de una actividad profesional. STEDH (Sección Primera) de 13 de febrero de 2025 (Demanda núm. 56310/15). <i>Luisa María Gómez Garrido</i>	109

	Página
§12. La valoración del hecho global en la calificación del acoso laboral penalmente relevante. STS-PEN 101/2025, de 6 de febrero. <i>Juan Martínez Moya</i>	119
§13. ¿Cómo castigar la conducta delictiva en materia de prevención de riesgos que desemboca en lesiones? STS-PEN 121/2025, de 13 de febrero. <i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	129
§14. Los servicios mínimos fijados en una huelga de transporte aéreo son «máximos» para la empresa. Inexistencia de indemnización automática derivada de la lesión del derecho fundamental de huelga. STS-CON 28/2025, de 16 de enero. <i>Magdalena Nogueira Guastavino</i>	139
§15. El concepto tiempo de trabajo no alcanza a las guardias no presenciales sin efectiva prestación del servicio de un empleado del cuerpo de bomberos. STS-CON 29/2025, de 16 de enero. <i>Susana Rodríguez Escanciano</i>	149
§16. Recurso de Casación por unificación de doctrina y despido disciplinario: los límites del (relativamente nuevo) «interés casacional objetivo». STS-SOC 37/2025, de 16 de enero. <i>Ángel Arias Domínguez</i>	159
§17. ¿Ha cambiado la jurisprudencia en orden a la responsabilidad por recargo de prestaciones de la empresa principal en el marco de una contrata de servicios? STS-SOC 48/2025, de 23 de enero. <i>José Fernando Lousada Arochena</i>	169
§18. Procedimiento de despido y nulidad alegada en la demanda y no en conciliación. STS-SOC (Pleno) 49/2025, de 23 de enero. <i>Francisco A. Vila Tierno</i>	177
§19. La presunción de laboralidad del art. 156.3 LGSS no «protege» la crisis cardíaca si los síntomas del infarto de miocardio se localizan en momento previo al desarrollo de un trabajo que no se considera factor desencadenante. STS-SOC (Pleno) 85/2025, de 3 de febrero. <i>Fermín Gallego Moya</i>	185
§20. El permiso retribuido por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización de un familiar [artículo 37.3.b) ET]. ¿La persona trabajadora debe acreditar su condición de conviviente o de cuidador efectivo del familiar para poder disfrutar del permiso? SAN-SOC 15/2025, de 31 de enero. <i>María Areta Martínez</i>	193
§21. Ponderación de la protección de datos personales y la propiedad intelectual y secreto comercial en la aplicación del derecho a conocer la lógica del algoritmo. STJUE (Sala Primera) de 27 de febrero de 2025 (C-203/22). <i>María Pilar Rivas Vallejo</i>	203
§22. ¿Desde cuándo obliga la presencia equilibrada a los Colegios Profesionales? STS-CON 1707/2024, de 30 de octubre. <i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	213
§23. Deber de información del uso de dispositivos de vigilancia y sistema de garantías de los derechos a la protección de datos personales y derechos digitales. De nuevo sobre la prueba de videovigilancia. STS-SOC 23/2025, de 14 de enero. <i>José Luis Monereo Pérez</i>	223

	Página
§24. Nulidad del acuerdo por el que se admite el voto telemático en las elecciones a representantes de los trabajadores. STS-SOC 102/2025, de 5 de febrero. <i>Faustino Cavas Martínez</i>	241
§25. La parábola del ojo de la aguja y el motivo de revisión de sentencias laborales firmes previsto en el art. 86.3 LRJS. STS-SOC 114/2025, de 18 de febrero. <i>Emilio Palomo Balda</i>	249
§26. Inexistencia de despido colectivo. Falta de acción al no producirse extinción de contratos. STS-SOC (Pleno) 120/2025, de 19 de febrero. <i>Eduardo Rojo Torrecilla</i>	259
§27. Subsidio por riesgo durante la lactancia natural. ¿Cuál es la fecha de efectos económicos cuando la trabajadora se acoge a permisos y vacaciones mientras reclama judicialmente frente a la denegación del derecho por parte de la Mutua, y finalmente este es reconocido? STS-SOC 160/2025, de 27 de febrero. <i>Belén García Romero</i>	265
§28. Variación unilateral por la empresa del porcentaje de teletrabajo y modificación sustancial de condiciones de trabajo. SAN-SOC 23/2025, de 13 de febrero. <i>Elena Lasaosa Irigoyen</i>	275
§29. Discriminación por enfermedad y nulidad del despido. En caso de desistimiento empresarial del periodo de prueba. STSJ-SOC Baleares 21/2025, de 23 de enero. <i>María Emilia Casas Baamonde</i>	283
§30. Cabe reconocer el desempleo a las empleadas de hogar que no cotizaron por impedirlo la normativa discriminatoria anterior al RD-ley 16/2022 gracias a la aplicación directa por los Tribunales de la STJUE de 24 de febrero de 2022. STSJ-SOC Navarra 78/2025, de 20 de febrero. <i>Inmaculada Ballester Pastor</i>	295
§31. El aspirante a trabajar como «consumidor». STJUE (Sala Quinta) de 20 de marzo de 2025 (C 365/23). <i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	303
§32. No discrimina a la mujer trabajadora calcular su pensión de incapacidad permanente por accidente laboral computando el salario correspondiente a la reducción de jornada por cuidado de hijo percibido al tiempo de sufrirlo. STJUE (Sala Sexta) de 10 de abril de 2025 (C-584/23). <i>Fermín Gallego Moya</i>	313
§33. El Tribunal Constitucional ante las implicaciones latentes y no explicadas de la obligación de aportar la carta de despido junto con la demanda. STC (Sala Segunda) 55/2025, de 10 de marzo. <i>Luisa María Gómez Garrido</i>	321
§34. Condena a un despacho jurídico por vulneración del derecho a la intimidad por exposición accesible en una carpeta digital compartida de una demanda laboral de una de sus trabajadoras. STS-CIV 383/2025, de 13 de marzo. <i>Juan Martínez Moya</i>	329
§35. Calificación como accidente de trabajo de una dolencia preexistente que se agrava como consecuencia de la lesión sufrida en tiempo y lugar de trabajo. STS-SOC 189/2025, de 12 de marzo. <i>Faustino Cavas Martínez</i>	341

	Página
§36. Ingreso Mínimo Vital. Límite de ingresos para causar derecho: problemática del cómputo de las pensiones de alimentos. Requisitos de orden público procesal del escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina. STS-SOC 201/2025, de 25 de marzo. <i>José Luis Monereo Pérez</i>	347
§37. ¿Qué se puede poner, y qué no, en un acuerdo de teletrabajo? STS-SOC 267/2025, de 2 de abril. <i>José Fernando Lousada Arochena</i>	361
§38. La negociación del convenio colectivo de franja y el margen de libertad para las partes negociadoras. SAN-SOC 45/2025, de 25 de marzo. <i>Francisco A. Vila Tierno</i>	371
§39. ¿Hay algún caso en que el disfrute acumulado del permiso por cuidado de lactante continúe supeditado a los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo individual alcanzado con la empresa? SAN-SOC 49/2025, de 4 de abril. <i>María Areta Martínez</i>	379
§40. La modificación del relato de hechos probados en procedimientos de incapacidad permanente y la literosuficiencia de los documentos públicos aportados. STSJ-SOC Cataluña 1661/2025, de 25 de marzo. <i>Ángel Arias Domínguez</i>	391
§41. El complemento de brecha de género también es discriminatorio. STJUE (Sala Décima) de 15 de mayo de 2025 (C-623/23). <i>José Fernando Lousada Arochena</i>	399
§42. ¿A qué orden jurisdiccional corresponde conocer de la impugnación de la resolución administrativa que admite la denuncia por acoso en el trabajo contra un funcionario, formulada por personal a su cargo, cualquiera que sea la naturaleza de la relación que le vincule con la Administración empleadora? Doctrina general y su discutible aplicación al caso. STS-CON 478/2025, de 24 de abril. <i>Emilio Palomo Balda</i>	409
§43. El fuero en las elecciones de los Cuerpos de Seguridad Autonómicos. STS-CON 579/2025, de 19 de mayo. <i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	419
§44. Complemento de pensiones por aportación demográfica solicitado por un varón que fue inicialmente denegado. No procede el abono de intereses moratorios sustantivos. STS-SOC (Pleno) 290/2025, de 8 de abril. <i>Belén García Romero</i>	429
§45. El dilema de la persona teletrabajadora: ¿Dónde demandar? Centro de trabajo adscrito vs. lugar real de prestación de la actividad. STS-SOC (Pleno) 365/2025, de 24 de abril. <i>Magdalena Nogueira Guastavino</i>	437
§46. Pensión de viudedad de pareja de hecho. Estimación del recurso de revisión en aplicación de jurisprudencia del TEDH. STS-SOC (Pleno) 359/2025, de 23 de abril. <i>Eduardo Rojo Torrecilla</i>	445
§47. Libertad de empresa: no ampara decisiones unilaterales discriminatorias o contrarias a derechos fundamentales y legales. ¿Está realmente afectado el derecho fundamental a la libertad de empresa? STS-SOC 383/2025, de 6 de mayo. <i>María Emilia Casas Baamonde</i>	451

	Página
§48. Nuevo pronunciamiento sobre retribución del permiso parental en el marco del empleo público. SJCON-ADM núm. 4 Murcia 76/2025, de 25 de marzo. <i>Susana Rodríguez Escanciano</i>	467
§49. ¿Movilidad funcional torpe o modificación sustancial dirigida a lesionar derechos fundamentales? Extralimitación en la dirección empresarial constitutiva de acoso laboral. STSJ-SOC Canarias 169/2025, de 28 de febrero. <i>Fermín Gallego Moya</i>	473
§50. Proceso de incapacidad temporal por enfermedad común que, tras agotar el plazo de duración de 365 días, finaliza por alta de la inspección médica del INSS. ¿Quién es competente para emitir una nueva baja médica dentro de los 180 días naturales posteriores? Depende, ¿de qué depende? De si la nueva baja médica está causada o no por la misma o similar patología, ¿y cómo determinar si la patología es o no la misma o similar? STSJ-SOC Castilla y León 737/2025, de 28 de abril. <i>María Areta Martínez</i>	481
§51. Riesgo biológico y obligación de vacunación en el Derecho de la protección de la seguridad y salud de los trabajadores: una controversia de principio. STJUE (Sala Décima) de 12 de junio de 2025 (C-219/24). <i>José Luis Monereo Pérez</i>	493
§52. El honor de empresarios y particulares incluidos en ficheros por su morosidad. STS-CIV 976/2025, de 18 de junio. <i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	513
§53. Permiso de lactancia y empleo público a tiempo parcial: cómo calcular los días de acumulación. Jurisprudencias social y contencioso-administrativa: dos enfoques sobre la misma cuestión. STS-CON 583/2025, de 20 de mayo. <i>Juan Martínez Moya</i>	523
§54. Sujeto obligado a recibir notificaciones a través de la Sede Electrónica de la Seguridad Social que autoriza a otro a través del Sistema Autorizado RED. En tal caso, ¿la notificación electrónica de la resolución desestimatoria de un recurso de alzada debe dirigirse únicamente al sujeto obligado o también al autorizado RED? STS-CON 763/2025, de 16 de junio. <i>María Areta Martínez</i>	533
§55. Las problemáticas implicaciones de la negociación colectiva en el ámbito profesional del trabajo en el hogar familiar. STS-SOC (Pleno) 386/2025, de 7 de mayo. <i>Luisa María Gómez Garrido</i>	545
§56. Licitud de la prueba de investigación privada para el seguimiento de uso indebido de crédito horario sindical. STS-SOC 402/2025, de 7 de mayo. <i>Pilar Rivas Vallejo</i>	553
§57. La obligación de pago de intereses moratorios. STS-SOC 414/2025, de 8 de mayo. <i>Francisco A. Vila Tierno</i>	561
§58. Aplicación del cupo de reserva del 7 por 100 para personas con discapacidad en la oferta de empleo público de RTVE. STS-SOC 439/2025, de 20 de mayo. <i>Susana Rodríguez Escanciano</i>	569
§59. Incidencia de los periodos de suspensión por incapacidad temporal en la cuantía del bonus anual. SAN-SOC núm. 78/2025, de 3 de junio. <i>Elena Lasaosa Irigoyen</i>	577

	Página
§60. Despido y comisión de delito leve de estafa por uso indebido de datos personales: es procedente aún sin la audiencia previa obligada por el art. 7.º del Convenio n.º 158 OIT. STSJ-SOC Asturias 844/2025, de 13 de mayo. <i>Inmaculada Ballester Pastor</i>	585
§61. Nuevas manifestaciones de la igualdad en vínculos temporales (Crédito formativo). STJUE (Sala Décima) de 3 de julio de 2025 (C-268/24). <i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	595
§62. ¿El periodo de formación sanitaria especializada computa a efectos de la carrera profesional del personal estatutario de los servicios de salud? STS-CON 851/2025, de 26 de junio. <i>María Areta Martínez</i>	605
§63. Al personal de una ETT en misión se le aplica la mejora de IT contemplada en el convenio colectivo de la EU: cambio jurisprudencial. STS-SOC 466/2025, de 27 de mayo. <i>José Fernando Lousada Arochena</i>	621
§64. ¿Constituye accidente de trabajo in itinere la caída por resbalón al salir del domicilio para dirigirse al puesto de trabajo? STS-SOC 522/2025, de 2 de junio. <i>Belén García Romero</i>	627
§65. La imposición de sanciones por el empresario en el ámbito laboral; tipicidad y benevolencia. STS-SOC 559/2025, de 10 de junio. <i>Luisa María Gómez Garrido</i>	635
§66. La determinación de la indemnización por daños morales derivados de la vulneración de derechos fundamentales: una tarea esencial para garantizar el adecuado resarcimiento de la víctima y disuadir a la empresa de incurrir en el futuro en actuaciones anticonstitucionales que no siempre cumple con los objetivos asignados. STS-SOC 593/2025, de 4 de junio. <i>Emilio Palomo Balda</i>	643
§67. De nuevo sobre la concurrencia de convenios colectivos en situación de prórroga o ultraactividad. STS-SOC 597/2025, de 17 de junio. <i>Francisco A. Vila Tierno</i>	651
§68. La indemnización legal por despido improcedente y su adecuación a la reparación del daño: exclusión de indemnizaciones de responsabilidad civil complementarias o adicionales. STS-SOC (Pleno) 736/2025, de 16 de julio. <i>María Emilia Casas Baamonde</i>	661
§69. Algoritmos opacos, sindicatos desarmados: la libertad sindical frente a la asignación automatizada de turnos. SAN-SOC 101/2025, de 4 de julio. <i>Magdalena Nogueira Guastavino</i>	679
§70. Despido por ineptitud sobrevenida basado en el informe de vigilancia de la salud emitido por el Servicio de prevención ajeno. Requisitos de validez y límites en el tratamiento empresarial de los datos personales. STSJ-SOC Madrid 566/2025, de 6 de junio. <i>Fermín Gallego Moya</i>	685
§71. Prohibición de discriminación indirecta por discapacidad: discriminación «por asociación» del cuidador de una persona discapacitada y «ajustes razonables». STJUE (Sala Primera) de 11 de septiembre de 2025 (C-38/24). <i>José Luis Monereo Pérez</i>	695

	Página
§72. El derecho de los representantes de las personas funcionarias a conocer la concesión de prórrogas de comisiones de servicios bajo la técnica de la «seudonimización». STS-CON 1015/2025, de 3 de julio. <i>Susana Rodríguez Escanciano</i>	713
§73. Cotización por contingencia profesional: ¿atendiendo a la actividad de la empresa o a la de cada persona? STS-CON 1096/2025, de 23 de julio. <i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	721
§74. ¿Es equiparable el SMI a la habitualidad a efectos del alta en el RETA?: el Alto Tribunal resuelve recurso de casación para la formación de jurisprudencia. STS-CON 941/2025, de 10 de julio. <i>Inmaculada Ballester Pastor</i>	731
§75. La revisión de oficio por la Tesorería General de la Seguridad Social de actos de declarativos de encuadramiento: la sombra alargada del artículo 146.1 y 2 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. STS-CON 1086/2025, de 21 de julio. <i>Juan Martínez Moya</i>	741
§76. Inclusión de las dietas por embarque en alta mar en la retribución de las vacaciones. STS-SOC 682/2025, de 2 de julio. <i>Elena Lasaosa Irigoyen</i>	751
§77. El profesorado a tiempo parcial tiene derecho a someter a evaluación su actividad docente. STS-SOC (Pleno) 748/2025, de 23 de julio. <i>Eduardo Rojo Torrecilla</i>	759
§78. No informar a los representantes sindicales sobre los algoritmos utilizados en la empresa para fijar determinadas condiciones de trabajo vulnera el derecho a la libertad sindical. SAN-SOC 101/2025, de 4 de julio. <i>Faustino Cavas Martínez</i>	767
§79. ¿Qué calificación merece el despido disciplinario basado en única prueba que es ilícita? A propósito de la prueba de registro de taquilla obtenida con vulneración del derecho fundamental a la intimidad. STSJ-SOC Madrid 316/2025, de 24 de abril. <i>María Areta Martínez</i>	775
§80. El control funcional de la suplicación en el despido disciplinario: el margen de apreciación judicial como límite entre los hechos probados y la calificación jurídica. STSJ-SOC Baleares 344/2025, de 13 de julio. <i>María Emilia Casas Baamonde</i>	787
§81. El TJUE, la reiterativa definición del tiempo de trabajo efectivo en los casos de desplazamientos al lugar de trabajo, y alguna sorpresa adicional. STJUE (Sala Sexta) de 9 de octubre de 2025 (C-110/24). <i>Luisa María Gómez Garrido</i>	799
§82. La STC 148/2025. De los actos razonables a los cauces participativos: la expansión constitucional de la garantía de indemnidad y la necesidad de diferenciar las nulidades objetivas de las nulidades radicales. STC (Pleno) 148/2025, de 9 de septiembre de 2025. <i>Magdalena Nogueira Guastavino</i>	807
§83. Ocultación del matrimonio religioso e incompatible con pensión de viudedad. STS-PEN 870/2025, de 23 de octubre. <i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	817

	Página
§84. Inclusión del conocimiento del código fuente de sistemas digitales como parte del derecho de acceso a la información en decisiones administrativas automatizadas. <i>Pilar Rivas Vallejo</i>	827
§85. Teletrabajo regular y derecho a la prevención de riesgos laborales. ¿Y el principio de igualdad de derechos de teletrabajadores y trabajadores presenciales y la prohibición de perjuicio en las condiciones de trabajo por su prestación a distancia? La silla ergonómica. STS-SOC 760/2025, de 10 de septiembre. <i>María Emilia Casas Baamonde</i>	839
§86. La franja de una hora dedicada a la comida no es tiempo de trabajo si queda garantizada la posibilidad de desconexión total de la persona trabajadora. STS-SOC 808/2025, de 23 de septiembre. <i>Susana Rodríguez Escanciano</i>	861
§87. Determinación del hecho causante de la prestación por nacimiento y cuidado de menor solicitada por el padre cuya filiación biológica no matrimonial ha sido declarada por sentencia judicial firme. STS-SOC 831/2025, de 25 de septiembre. <i>Belén García Romero</i>	873
§88. Comunicación escrita de sanción disciplinaria por falta muy grave. ¿La empresa debe concretar en la comunicación la fecha de efectos (cumplimiento) de la sanción? STS-SOC 846/2025, de 1 de octubre. <i>María Areta Martínez</i>	881
§89. Riesgo durante la lactancia natural y trabajadora especialmente sensible. STS-SOC 877/2025, de 2 de octubre. <i>José Fernando Louzada Arochena</i>	891
§90. ¿Vulnera el derecho fundamental a la integridad física y moral el empresario que incumple las obligaciones que le competen en materia de prevención de riesgos psicosociales lo que tiene como consecuencia un notable deterioro del estado de salud del trabajador? La cuestionable respuesta del TSJ de Extremadura y una pregunta clave de haber sido otro el resultado. STSJ-SOC Extremadura 540/2025, de 1 de septiembre. <i>Emilio Palomo Balda</i>	899
§91. Los datos de ubicación de telefonía móvil también son datos personales, aunque la línea sea propiedad de la empresa. STEDH de 6 de noviembre de 2025 (c. Guyvan c. Ucrania) (demanda núm. 46704/16). <i>Pilar Rivas Vallejo</i>	907
§92. Compensación por excesos de «jornada» (o carga de trabajo) en la actividad judicial: entre la retribución y el descanso. STJUE (Sala Primera) de 13 de noviembre de 2025 (C-272/24). <i>Juan Martínez Moya</i>	917
§93. ¿Es delictivo confeccionar un falso parte de baja médica? STS-PEN 807/2025, de 2 de octubre. <i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	929
§94. Incompetencia del orden social en la reclamación indemnizatoria contra la Administración, por accidente de trabajo debido al mal funcionamiento de los servicios públicos. STS-SOC 885/2025, de 14 de octubre. <i>Elena Lasaosa Irigoyen</i>	939

	Página
§95. Acceso al subsidio de desempleo para mayores de 52 años tras agotamiento de la renta activa de inserción. STS-SOC 896/2025, de 14 de octubre. <i>Faustino Cavas Martínez</i>	947
§96. ¿Puede cuestionarse en casación unificada el «criterio de razonabilidad» que se maneja en la aquilatación de la indemnización por daño moral? STS-SOC 930/2025, de 15 de octubre. <i>Ángel Arias Domínguez</i>	955
§97. El equilibrio en el establecimiento de servicios de seguridad y mantenimiento. STS-SOC 967/2025, de 17 de octubre. <i>Francisco A. Vila Tierno</i>	965
§98. El límite entre vigilar y escuchar: grabar lo que haces no es lo mismo que grabar lo que dices. El audio exige una información mucho más específica, no siendo suficiente con poner un cartel de videovigilancia. SAN-CONT de 29 de septiembre de 2025 (rec. núm. 1913/2022). <i>Magdalena Nogueira Guastavino</i>	973
§99. Despido colectivo. El caso del sindicato que acciona en contra de los intereses del personal afectado. SAN-SOC 140/2025, de 15 de octubre. <i>Eduardo Rojo Torrecilla</i>	979
§100. No es necesario acreditar una conducta constitutiva de acoso laboral para que la baja médica de quien así lo vivencia pueda considerarse profesional. STSJ-SOC Canarias 665/2025, de 18 de septiembre. <i>Fermín Gallego Moya</i>	987
Índice de órganos judiciales.	995
Índice de autores.	1005
Índice de conceptos.	1007

§ 1 La justicia europea declara que también es obligatorio registrar la jornada diaria del personal al servicio del hogar familiar.

Faustino Cavas Martínez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia.

Resumen: La STJUE, Sala Séptima, de 19 diciembre 2024 (Asunto Loredas, C-531/23), en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el TSJ del País Vasco, ha declarado que la Directiva 2003/88/CE y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE se oponen a una normativa nacional (la española), así como a su interpretación jurisdiccional o una práctica administrativa basada en la misma, en virtud de las cuales los empleadores domésticos están exentos de la obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral realizada por las personas empleadas del hogar, privando a éstas de la posibilidad de determinar de manera objetiva y fiable el número de horas de trabajo realizadas y su distribución en el tiempo.

Palabras clave: Empleo doméstico. Registro de jornada. Descanso diario y semanal. Salud laboral. Trabajo decente.

Abstract: The Judgment of the Court of Justice of the European Union, Seventh Chamber, in Case nr. C-531/23 of 19 December 2024 [Loredas], in response to a preliminary question raised by the High Court of Justice of the Basque Country, Spain, has declared that Directive 2003/88/EC and the Charter of Fundamental Rights of the EU are opposed to a national legislation (as the Spanish one) and its jurisdictional interpretation or administrative practice based on that legislation, under which domestic employers are exempt from the obligation to establish a system enabling the duration of time worked by domestic workers, depriving them of the possibility of determining objectively and reliably the number of hours of work carried out and their distribution over time.

Keywords: Domestic employment. Working time record. Daily and weekly rest. Occupational health. Decent work.

I. Introducción

Desde que se aprobó la obligación de llevar un registro diario de la jornada por el RD-Ley 8/2019, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, con carácter general y ya no sólo para las horas extraordinarias y el trabajo a tiempo parcial como establecía la normativa anterior, se han suscitado interrogantes de la más diversa índole en los departamentos de recursos humanos, la academia y los tribunales, sobre cuestiones tales como qué consecuencias tiene la omisión del registro de la jornada, qué características debe reunir el registro para dar cumplimiento al mandato legal, qué tipo de acuerdo colectivo es hábil para regular la modalidad de registro de jornada o qué aspectos han de

quedar reflejados en el mismo (horas de comienzo y finalización de la jornada, tiempo de trabajo efectivo, interrupciones y descansos intermedios).

También se ha cuestionado si la obligación de registrar diariamente la jornada comprende a las personas que trabajan en el ámbito del hogar familiar, fundamentalmente mujeres, pregunta para la que la respuesta había sido hasta ahora negativa, en tanto que la regulación reglamentaria sobre esta relación laboral especial expresamente exonera a los empleadores domésticos de la obligación de llevar un registro diario tanto de las horas extraordinarias como de la jornada ordinaria realizada por las personas empleadas de hogar a tiempo parcial (art. 9. 3 y 3bis RD 1620/2011), motivo por el cual se ha entendido que, con mayor razón aún, tampoco existía obligación de llevar el registro horario previsto en el art. 34.9 del Estatuto de los Trabajadores (ET) respecto de los trabajadores a tiempo completo. En consecuencia, la decisión de los juzgados y tribunales ha sido la de rechazar la existencia de esta obligación^[1]. Por su parte, la Guía publicada por el Ministerio de Trabajo sobre la aplicación de la normativa de registro de jornada deja el tema abierto al indicar que el registro horario se aplicará a la totalidad de los trabajadores, con algunas peculiaridades o excepciones, como “las Relaciones laborales de carácter especial, en cuyo caso se habrá de estar a lo establecido en su normativa específica y atender tanto a la forma y extensión con que esté regulada la jornada de trabajo como a las reglas de supletoriedad establecidas en cada caso.”

Sin embargo, el TSJ del País Vasco, al conocer el recurso de suplicación de una empleada de hogar en relación con su despido y la reclamación del abono de las horas extras realizadas y vacaciones no disfrutadas, ha optado por consultar al TJUE, y este ha respondido que dicha exoneración, así como la interpretación jurisdiccional y la praxis administrativa que hasta el momento la han confirmado, no son conformes al Derecho de la UE, obligando con ello a los empleadores domésticos a llevar, como los demás empresarios comunes, un registro diario del tiempo efectivo trabajado por las personas empleadas en el hogar familiar.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia.

Órgano judicial: Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Séptima).

Número de resolución judicial y fecha: 19 de diciembre de 2024.

Tipo y número recurso o procedimiento: cuestión prejudicial; asunto C-531/23 [Loredas].

ECLI: EU:C:2024:1050

Fuente: Curia

Ponente: Sr. F. Biltgen

Abogado general: M. Spuznar

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión prejudicial se promueve en el marco de un litigio entre HJ, empleada de hogar, y US y MU, sus empleadores.

En su demanda, la trabajadora solicita de forma acumulada que el despido del que fue objeto sea declarado improcedente y que se condene a sus empleadores al pago de las horas extraordinarias y de los días de vacaciones no disfrutados. En particular, alega que fue contratada a tiempo completo con un salario mensual bruto de 2.363,04 euros y que, hasta el 18 de octubre de 2020, trabajó 46 horas semanales y, a partir del 19 de octubre de 2020, 79 horas semanales.

El Juzgado de lo Social núm. 2 de Bilbao estimó en parte la demanda, declarando el despido improcedente y condenando a los demandados en el litigio principal a abonar a la trabajadora las cantidades de 364,39 euros en concepto de indemnización y de 939,89 euros en concepto de liquidación por los días de vacaciones no disfrutados y pagas extras. En cambio, dicho órgano jurisdiccional consideró que ni la realidad de las horas de trabajo realizadas ni el salario pretendido constaban probados por la demandante en el litigio principal, ya que sus pretensiones no pueden concluirse probadas por la sola falta de aportación por los demandados en el litigio principal de los registros horarios del tiempo de trabajo realizado por la trabajadora, dado que el RD 1620/2011 exime a determinados empleadores, entre los que se encuentran los hogares familiares, de la obligación de registrar el tiempo de trabajo efectivo realizado por sus empleados.

Interpuesto recurso de suplicación por la trabajadora ante el TSJ del País Vasco, éste decide no entrar en el fondo del asunto sino plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE, al albergar dudas sobre la compatibilidad de la normativa nacional relativa al régimen especial de los empleados de hogar con el Derecho de la Unión. Básicamente, porque la excepción a la obligación general de registro del tiempo de trabajo coloca a los trabajadores a domicilio en una situación que dificulta la prueba del tiempo de trabajo realizado, situación que podría considerarse contraria a la Directiva 2003/88 y a la jurisprudencia del TJUE a este respecto [en particular, a la sentencia de 14 de mayo de 2019, CCOO (C-55/18, EU:C:2019:402)], máxime cuando la demandante no es una trabajadora en régimen familiar, en el sentido de la excepción prevista en el art. 17.1.b) de la Directiva 2003/88, ni se trata de un caso de actividad caracterizada por el fraccionamiento de la jornada de trabajo, contemplado en el art. 17.4.b) de dicha Directiva, ya que fue contratada a tiempo completo. Además, se da la circunstancia de que se trata de una actividad feminizada (el 95% de las personas empleadas en el hogar son mujeres), pudiendo plantearse una discriminación indirecta por razón de sexo contraria a los arts. 20 y 21 de la Carta y a la Directiva 2006/54.

En estas circunstancias, el TSJ del País Vasco, mediante auto de 20 de junio de 2023 (ponente José Félix Lajo) decide suspender el procedimiento y remitir al TJUE la siguiente cuestión prejudicial:

«Los artículos 3, 5, 6, 16, [...] 17.4 b), 19 y 22 de la Directiva [2003/88 y] 31.2 de la [Carta], a la vista de la jurisprudencia comunitaria (sentencia del TJUE de 14 de mayo de 2019, [CCOO,] C-55/18[EU:C:2019:402]); 20 y 21 de la [Carta]; el apartado 2 del artículo 3 del Tratado CE, 1 y 4 de la Directiva [2010/41]; 1, 4 y 5 de la Directiva [2006/54]; y los artículos 2 y 3 de la Directiva [2000/78]; en relación también con la jurisprudencia comunitaria (sentencia del TJUE de [24 de febrero de 2022, TGSS (Desempleo de los empleados de hogar), C-389/20, EU:C:2022:120]); ¿deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una norma reglamentaria como el artículo 9.3 del Real Decreto 1620/2011, que exime a la parte empleadora de la obligación de registrar la jornada de la trabajadora?».

IV. Posición de las partes

Tanto el Gobierno español como la Comisión Europea, a través de sus respectivos agentes, presentaron observaciones escritas.

El Gobierno español sostiene en sus observaciones [únicas a las que alude la sentencia] que, aunque el Estatuto de los Trabajadores califique la relación laboral de los empleados de hogar como relación laboral especial, las disposiciones de dicho Estatuto, incluidas las relativas a la obligación de registro de la jornada laboral, son aplicables a dicho personal, siempre que no existan disposiciones especiales que establezcan excepciones. A este respecto, añade que, dado que la obligación de llevanza de un registro diario de la jornada laboral prevista en el art. 34.9 ET no es objeto de las excepciones contempladas en el art. 9.3 y 3 bis del RD 1620/2011, que se refieren, por una parte, a las obligaciones de registro establecidas en el art. 35.4 del ET relativo al control de las horas extraordinarias y, por otra parte, al art. 12.4.c) del

mismo Estatuto, relativo al control de las horas trabajadas en virtud de un contrato de trabajo a tiempo parcial, la conclusión es que no existe ninguna excepción a la obligación de registro de jornada diaria en relación con los empleados de hogar, contrariamente a lo que parece desprenderse de una interpretación jurisprudencial de dicho art. 9.3, o incluso de una práctica administrativa basada en esta disposición, que eximen a los empleadores del sector del trabajo doméstico de la obligación de registrar la jornada diariamente trabajada.

El Abogado General interesó que el asunto fuera juzgado sin conclusiones, lo cual demuestra que no se ha visto especial dificultad en la solución del caso, probablemente porque ya existía previa jurisprudencia del propio TJUE en la materia.

V. Normativa aplicable al caso

1. Derecho de la Unión

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los siguientes preceptos: arts. 3, 5, 6, 16, 17.4.b), 19 y 22 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (DO 2003, L 299, p. 9); arts. 1 y 4 de la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo (DO 2010, L 180, p. 1); arts. 1, 4 y 5 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (DO 2006, L 204, p. 23); arts. 2 y 3 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO 2000, L 303, p. 16; corrección de errores en DO 2021, L 204, p. 49); art. 3 CE, apartado 2, y arts. 20, 21 y 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»).

2. Derecho español

En lo que se refiere al ordenamiento interno aplicable, se cuestiona la interpretación y aplicación de los arts. 34.9 y 35.5 del Estatuto de los Trabajadores, y del art. 9, apartados 1, 2, 3 y 3 bis del RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (BOE n.º 277, de 17 de noviembre de 2011, p. 119046).

VI. Doctrina básica

Todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas, en el ámbito de sus competencias, las autoridades judiciales, están obligadas a contribuir a garantizar el efecto útil de las directivas y que se alcance el resultado previsto en éstas.

De acuerdo con la doctrina reflejada en la STJUE de 14 de mayo de 2019 (CCOO, C-55/18), profusamente invocada [de forma incluso reiterativa] en la sentencia que ahora se comenta, sin un sistema que permita computar de manera objetiva y fiable tanto el número de horas de trabajo efectuadas por el trabajador y su distribución en el tiempo como el número de horas realizadas por encima de la jornada ordinaria de trabajo que puedan considerarse horas extraordinarias, resulta extremadamente difícil, cuando no imposible en la práctica, que los trabajadores logren que se respeten los derechos que les confieren el artículo 31, apartado 2, de la Carta y la Directiva 2003/88, con el fin de disfrutar efectivamente de la limitación de la duración del tiempo de trabajo semanal y de los períodos mínimos de descanso diario y semanal establecidos por esta Directiva.

Proyectando esa doctrina en el concreto conflicto examinado, el TJUE concluye que la interpretación jurisprudencial de una disposición nacional o la interpretación jurisprudencial de una disposición nacional o una práctica administrativa basada en tal

disposición, en virtud de las cuales los empleadores están exentos de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria de cada empleado de hogar, y que privan por tanto a los empleados de hogar de la posibilidad de determinar de manera objetiva y fiable el número de horas de trabajo realizadas y su distribución en el tiempo, vulnera manifiestamente las disposiciones de la Directiva 2003/88 y, más concretamente, los derechos derivados de los artículos 3, 5 y 6 de esta Directiva, interpretados a la luz del artículo 31, apartado 2, de la Carta.

VII. Parte dispositiva

Después de una extensa fundamentación, el TJUE declara:

«Los artículos 3, 5 y 6 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, a la luz del artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional y a su interpretación por los órganos jurisdiccionales nacionales o a una práctica administrativa basada en tal normativa en virtud de las cuales los empleadores domésticos están exentos de la obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral realizada por los empleados de hogar, privando por tanto a estos últimos de la posibilidad de determinar de manera objetiva y fiable el número de horas de trabajo realizadas y su distribución en el tiempo».

VIII. Pasajes decisivos

«(31) Así pues, los Estados miembros tienen la obligación, por una parte, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3 y 5 de la Directiva 2003/88, de adoptar las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten, respectivamente, de un período mínimo de descanso de once horas consecutivas en el curso de cada período de veinticuatro horas y, por cada período de siete días, de un período mínimo de descanso ininterrumpido de veinticuatro horas, y, por otra parte, a tenor del artículo 6, letra b), de dicha Directiva, de establecer un tope de cuarenta y ocho horas respecto de la duración media del trabajo semanal, incluidas horas extraordinarias (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de mayo de 2019, CCOO, C-55/18, EU:C:2019:402, apartados 38 y 39 y jurisprudencia citada).»

«(38) Pues bien, sin un sistema que permita computar de manera objetiva y fiable tanto el número de horas de trabajo efectuadas por el trabajador y su distribución en el tiempo como el número de horas realizadas por encima de la jornada ordinaria de trabajo que puedan considerarse horas extraordinarias, resulta extremadamente difícil, cuando no imposible en la práctica, que los trabajadores logren que se respeten los derechos que les confieren el artículo 31, apartado 2, de la Carta y la Directiva 2003/88 con el fin de disfrutar efectivamente de la limitación de la duración del tiempo de trabajo semanal y de los períodos mínimos de descanso diario y semanal establecidos por esta Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de mayo de 2019, CCOO, C-55/18, EU:C:2019:402, apartados 47 y 48).»

«(49) Pues bien, habida cuenta de la jurisprudencia mencionada en los apartados 38 a 40 de la presente sentencia, es preciso señalar que la interpretación jurisprudencial de una disposición nacional o una práctica administrativa basada en tal disposición en virtud de las cuales los empleadores están exentos de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria de cada empleado de hogar, y que privan por tanto a los empleados de hogar de la posibilidad de determinar de manera objetiva y fiable el número de horas de trabajo realizadas y su distribución en el tiempo, vulnera manifiestamente las disposiciones de la Directiva 2003/88 y, más concretamente, los derechos derivados de los artículos 3, 5 y 6 de esta Directiva, interpretados a la luz del artículo 31, apartado 2, de la Carta.»

«(51) De este modo, debido a las particularidades del sector del trabajo doméstico, un sistema que obligue a los empleadores a computar la jornada laboral diaria de cada empleado del hogar puede prever excepciones por lo que respecta a las horas

extraordinarias y al trabajo a tiempo parcial, siempre que tales excepciones no vacíen de contenido la normativa en cuestión, extremo que, en el caso de autos, corresponderá comprobar al órgano jurisdiccional remitente, único competente para interpretar y aplicar el Derecho nacional.»

«(61) Por consiguiente, corresponde en definitiva al órgano jurisdiccional remitente comprobar si la situación de que se trata en el litigio principal también constituye una discriminación indirecta por razón de sexo, en el sentido del artículo 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 2006/54.»

IX. Comentario

Con carácter preliminar, el TJUE descarta que la cuestión planteada quede comprendida dentro del campo de aplicación de la Directiva 2000/78, relativa a la igualdad de trato en la ocupación en general, o en el de la Directiva 2010/41, relativa a los trabajadores autónomos.

A partir de aquí, el TJUE articula su fundamentación en torno a dos bloques argumentativos bien diferenciados pero interconectados.

El primero de ellos, para remarcar la exigencia de que los Estados miembros adopten medidas que garanticen la efectividad de las directivas, y en particular, por lo que a este asunto concierne, el respeto a los límites a la duración máxima del tiempo de trabajo semanal y los períodos mínimos de descanso que reconoce la Directiva 2003/88, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, lo cual hace de la mano de la doctrina contenida en la STJUE de 14 de mayo de 2019 (CCOO, C-55/18), que declaró contrarias a dicha Directiva la normativa española entonces vigente y la interpretación de esta por los órganos jurisdiccionales nacionales, según la cual los empresarios no estaban obligados a establecer un sistema que permitiera computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador [a raíz de dicha sentencia, el legislador español impuso a los empleadores la obligación de establecer ese sistema mediante el RD-Ley 8/2019]. Ello es así porque el derecho de todo trabajador a la limitación de la duración máxima del tiempo de trabajo y a períodos de descanso diario y semanal no solo constituye una norma del Derecho social de la Unión de especial importancia, sino también un derecho fundamental consagrado en el art. 31 de la Carta, con valor jurídico equiparable al de los Tratados.

Esto significa que el contenido de los arts. 3, 5 y 6 de la Directiva 2003/88 deben interpretarse a la luz de este derecho fundamental y no pueden ser objeto de una interpretación restrictiva en perjuicio de los derechos que la Directiva concede al trabajador.

Ahora bien, y dado que los arts. 3, 5 y 6 de la Directiva 2003/88 no determinan los criterios concretos con arreglo a los cuales los Estados miembros deben garantizar la aplicación de los derechos que esos artículos establecen [en concreto: un período mínimo de descanso de once horas consecutivas en el curso de cada período de veinticuatro horas y, por cada período de siete días, un período mínimo de descanso ininterrumpido de veinticuatro horas, y, por otra parte, un tope de cuarenta y ocho horas respecto de la duración media del trabajo semanal, incluidas horas extraordinarias], el TJUE declara que los Estados miembros poseen una amplio margen de apreciación, pero velando, en todo caso, por que el efecto útil de esos derechos quede completamente asegurado [preservando las garantías mínimas en términos de jornada máxima y descanso].

Dentro de ese margen de apreciación, las legislaciones nacionales pueden definir los criterios concretos de aplicación de un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador, especialmente la forma que tal sistema debe revestir, teniendo en cuenta, en su caso, las particularidades propias de cada sector de actividad e incluso las especificidades de determinadas empresas, como su tamaño; e, incluso, dentro de esa habilitación se incluye, desde el respeto de los principios generales de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, la

posibilidad de «establecer excepciones a lo dispuesto, en particular, en los artículos 3 a 6 de esta Directiva cuando, a causa de las características especiales de la actividad realizada, la jornada de trabajo no tenga una duración medida o establecida previamente o cuando pueda ser determinada por los propios trabajadores». Pero, en todo caso, el límite a ese margen de apreciación se encuentra, según el TJUE, en el contenido de los derechos consagrados en el art. 31 de la Carta y en los arts. 3,5 y 6 de la Directiva, que no pueden quedar vacíos de contenido. El TJUE nos recuerda en este sentido que, habida cuenta de la posición de debilidad que ocupa el trabajador en la relación laboral, podría disuadirse al mismo de hacer valer expresamente sus derechos frente al empresario, «en particular cuando la reivindicación de estos pudiera provocar que quedara expuesto a medidas adoptadas por el empresario que redundasen en perjuicio de las condiciones de trabajo del trabajador». Por este motivo, también reitera que «el hecho de permitir al trabajador emplear otros medios de prueba para proporcionar indicios de la vulneración de sus derechos y de invertir la carga de la prueba no puede suplir tal sistema que determina objetivamente y de manera fiable el número de horas de trabajo diario y semanal realizadas por el trabajador, ya que este puede mostrarse reticente a declarar contra su empresario por temor a las medidas que este pueda adoptar en perjuicio de sus condiciones de trabajo».

La suma de estos factores llevó al TJUE a concluir en el asunto C-55/18 que el Derecho de la Unión se oponía a una normativa nacional «según la cual los empresarios no están obligados a establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador».

En una segunda parte de la sentencia se analiza la obligación de registrar la jornada por parte de los empleadores domésticos en España.

A partir de la argumentación del Estado español que entiende que el contenido del art. 34.9 ET es una obligación de alcance general que se extiende a todas las relaciones, incluida la relación de las empleadas de hogar, pues las excepciones contenidas en los apartados 3 y 3 bis del art. 9 del RD 1620/2011 en relación a este colectivo se refieren únicamente a las horas extraordinarias y a las realizadas por trabajadores con contrato a tiempo parcial, sin que exista ninguna excepción a la obligación de registro de la jornada diaria de los empleados de hogar [contrariamente a lo que parece desprenderse de una interpretación jurisprudencial de dicho artículo 9, apartado 3, o incluso de una práctica administrativa basada en esta disposición], el TJUE, tras recordar la exigencia de interpretación conforme de los tribunales y sus condiciones, infiere que «la interpretación jurisprudencial de una disposición nacional o una práctica administrativa basada en tal disposición en virtud de las cuales los empleadores están exentos de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria de cada empleado de hogar, y que privan por tanto a los empleados de hogar de la posibilidad de determinar de manera objetiva y fiable el número de horas de trabajo realizadas y su distribución en el tiempo, vulnera manifiestamente las disposiciones de la Directiva 2003/88 y, más concretamente, los derechos derivados de los artículos 3, 5 y 6 de esta Directiva, interpretados a la luz del artículo 31, apartado 2, de la Carta».

En todo caso, puntualiza la sentencia en sus considerandos 50 y 51 que «la obligación general de registro de la jornada laboral no se opone a que una normativa nacional prevea particularidades, bien en razón del sector de actividad de que se trate, bien en razón de las especificidades de determinados empleadores, en particular, su tamaño, siempre que dicha normativa proporcione a los trabajadores medios efectivos que garanticen el cumplimiento de las normas relativas, en particular, a la duración máxima del tiempo de trabajo semanal», de modo que «debido a las particularidades del sector del trabajo doméstico, un sistema que obligue a los empleadores a computar la jornada laboral diaria de cada empleado del hogar puede prever excepciones por lo que respecta a las horas extraordinarias y al trabajo a tiempo parcial, siempre que tales excepciones no vacíen de contenido la normativa en cuestión, extremo que, en el caso de autos, corresponderá comprobar al órgano

jurisdiccional remitente, único competente para interpretar y aplicar el Derecho nacional». Obsérvese que el alcance material de la excepción se circunscribiría, de resultar justificada y siempre que no deje vacíos de contenido los derechos reconocidos en el art. 31 de la Carta y en los arts. 3, 5 y 6 de la Directiva, a esas dos cuestiones (cómputo de las horas extraordinarias y registro de las horas trabajadas a tiempo parcial), con lo que seguiría siendo obligatorio el registro del tiempo efectivamente trabajado durante la jornada ordinaria del personal al servicio del hogar familiar.

En la parte final de la sentencia objeto de este comentario, el TJUE se plantea si «la interpretación jurisprudencial de una disposición nacional o una práctica administrativa basada en tal disposición en virtud de las cuales los empleadores están exentos de su obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria de cada empleado de hogar situarían a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores». Y es que, al tratarse de un colectivo eminentemente feminizado, podría considerarse que una interpretación que exima a los empleadores domésticos del deber de llevar un control de la jornada realizada por sus empleados y empleadas representaría una discriminación indirecta por razón de sexo, a menos que exista una justificación objetiva y legítima para esa desigualdad de trato.

La cuestión, entonces, radica en determinar si existen factores objetivos y ajenos a la discriminación por razón de sexo que justifiquen ese trato desigual, pero, como ha ocurrido en otras muchas ocasiones, el TJUE no va más lejos de esta consideración y delega en el órgano jurisdiccional remitente la responsabilidad de valorar si concurre tal extremo [si bien el TJUE apunta que la petición de decisión prejudicial no contiene ninguna referencia al objetivo perseguido por la práctica controvertida en el litigio principal y el Gobierno español no ha presentado observaciones al respecto].

X. Apunte final

La doctrina que se acaba de comentar constituye un avance muy relevante en el proceso de homologación de derechos de las personas que trabajan en el empleo doméstico con los trabajadores comunes que se viene produciendo en los últimos años.

La obligación para los empleadores domésticos de llevar un registro diario de jornada constituye una herramienta imprescindible para verificar el cumplimiento de los límites legales a la duración máxima de la jornada y de los períodos de descanso diario y semanal, así como de la eventual realización de horas extraordinarias por las personas trabajadoras del hogar familiar, especialmente de aquellas que trabajan en régimen interno. Los derechos a la salud laboral, a la vida privada y a la conciliación de la vida personal, laboral y familiar de las personas empleadas de hogar salen fortalecidos con este reconocimiento.

Ciertamente, el TJUE no cierra la puerta a la introducción por los ordenamientos estatales de criterios específicos para la aplicación del sistema general de cómputo de jornada diaria realizada por cada trabajador, especialmente en cuanto a la forma que dicho sistema debe revestir teniendo en cuenta las peculiaridades de cada actividad y, en su caso, el tamaño de la empresa, pudiendo incluso establecer excepciones a los dispuesto en los arts. 3,5 y 6 de la Directiva en casos justificados [posibilidad ésta que encaja con la previsión contenida en el art. 34.7 del ET^[2] y que podría tener aplicación en la futura ley sobre reducción de jornada, registro digital y desconexión digital que se está impulsando desde el Ministerio de Trabajo y Economía Social (actualmente en fase de anteproyecto de ley)]^[3]. También apunta el TJUE que las particularidades del sector del trabajo doméstico pueden justificar que en el sistema general de cómputo de la jornada se prevean excepciones por lo que respecta a las horas extraordinarias y al trabajo a tiempo parcial, siempre que esas excepciones no vacíen de contenido la normativa europea sobre límites a la duración de la jornada y descansos. Pero con todos estos “matices” que se reflejan en la fundamentación jurídica de la sentencia, lo cierto es que el fallo del TJUE, que es lo que condiciona la respuesta que debe dar el

tribunal nacional una vez que dicte su sentencia, es meridianamente claro en su contenido afirmativo de vulneración de la normativa comunitaria, por lo que, como ha indicado Rojo Torrecilla, cualquier restricción que se establezca en el futuro al registro de jornada «deberá ser muy restrictiva, justamente para no “vaciar de contenido” el cumplimiento de la regla general»^[4].

En mi opinión, el sector del trabajo doméstico no debería quedar exceptuado de la obligación de registro diario de la jornada, actualmente contenida en el art. 34.9 ET, ni de las consecuencias de su omisión, ni ahora ni en el futuro, pues constituye una herramienta imprescindible para asegurar una gestión transparente y justa de las jornadas laborales y de los tiempos de descanso de las personas empleadas de hogar; lo contrario supondría colocarlas en una posición de desventaja e inferioridad de derechos con el resto de personas trabajadoras. Lo cual no es incompatible con la introducción de reglas especiales que adapten determinados aspectos del sistema general de registro de jornada a las particularidades del trabajo realizado en el sector doméstico. Especialmente indicada resulta la implementación de medidas de apoyo técnico, formativo y financiero para facilitar a los empleadores domésticos el cumplimiento de sus obligaciones en esta materia.

Referencias:

1. [^] STSJ Madrid de 30 marzo 2022, rec. 67/2022; STSJ Andalucía/Málaga de 17 junio 2024, rec. 285/2024; STSJ Comunidad Valenciana, de 14 mayo 2024, rec. 875/2023.
2. [^] El art. 34.7 del LET establece, tras la modificación operada por el RDL 8/2019, que el Gobierno podrá establecer “especialidades en las obligaciones de registro de jornada, para aquellos sectores, trabajos y categorías profesionales que por sus peculiaridades así lo requieran”; término “especialidades” que sugiere una posibilidad de intervención reglamentaria de corte restrictivo (en cuanto a modalidades del registro, por ejemplo), pero sin llegar a configurar verdaderas “excepciones” a la obligación general. Así se ha aplicado en relación con el registro de jornada de los trabajadores móviles en el sector del transporte por carretera (art. 10 bis RD 1561/1995).
3. [^] En la versión conocida del Anteproyecto de ley para la reducción de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, el registro de trabajo y el derecho a la desconexión (aprobado en Consejo de Ministros del día 4 de febrero de 2025), en su disposición final segunda («Habilitación normativa»), se habilita al Gobierno para acometer el desarrollo reglamentario de la ley, y específicamente se establece que aquél aprobará, previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, el reglamento de desarrollo del registro de jornada previsto en el art. 34 bis de la ley, en el plazo de 6 meses a partir de su publicación. Entre otras cuestiones que podrán abordarse en dicho reglamento, se dispone que «podrán determinarse los supuestos excepcionales en los que se admitan exclusiones de la obligación de registro, de manera justificada y extraordinaria y con vigencia temporal mientras subsistan las causas que justifican tales excepciones, y los supuestos en los que el cumplimiento de la obligación deba atender a particularidades, garantizando los derechos de las personas trabajadoras que preserva el registro de jornada regulado en esta ley».

4. ^ Rojo Torrecilla, E., “Más trabajo para el mundo laboralista. Tres sentencias del TJUE, dictadas el 19 de diciembre de 2024. Examen del asunto C-531/23 sobre registro de jornada del personal al servicio del hogar familiar”, 20 de diciembre de 2024, en el blog del autor: *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2024/12/mas-trabajo-para-el-mundo-laboralista.html>

§ 2 Derecho de las madres biológicas de familias monoparentales a la ampliación del permiso por nacimiento y cuidado de menor para poder disfrutar del que le hubiera correspondido al otro progenitor.

Belén García Romero

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

Resumen: El Pleno del Tribunal Constitucional declara inconstitucional la regulación legal de los permisos por nacimiento y cuidado de menor, considerando que provoca una discriminación por razón del nacimiento en los casos de familia monoparental y reconoce el derecho de las madres biológicas a ampliar su permiso y a disfrutar del que hubiera correspondido al otro progenitor.

Palabras clave: Familia monoparental. Permiso por nacimiento y cuidado de menor. Igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo. Protección a la familia y a la infancia. Discriminación por razón de nacimiento

Abstract: The Plenary Session of the Constitutional Court has declared the legal regulation of leave for the birth and care of a child to be unconstitutional, considering that it causes discrimination based on the birth parent in cases of single-parent families and recognises the right of biological mothers to extend their leave and enjoy the leave that would have corresponded to the other parent.

Keywords: Single-parent families. Leave for the birth and care of a child. Equal treatment and non-discrimination on the grounds of sex. Protection of the family and of children. Discrimination on grounds of birth.

I. Introducción

La sentencia comentada tiene gran relevancia jurídica y virtualidad práctica y, sin duda, obligará al legislador a dar una respuesta urgente para garantizar una protección específica a las familias monoparentales ante el hecho del nacimiento de sus hijos y cubrir el actual vacío normativo y, de paso, atajar la inseguridad jurídica resultante de la disparidad de interpretaciones judiciales que se están sucediendo.

En la presente sentencia, el Tribunal Constitucional (TC) resuelve una cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña respecto de los artículos 48.4 ET y 177 LGSS por posible vulneración de los artículos 14, 39 y 41 CE, por entender que la inferior duración de la prestación por nacimiento y cuidado del menor comporta un trato discriminatorio tanto para el menor como para la madre biológica de una familia monoparental.

Si bien dicha interpretación ya había sido descartada por el Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en su STS 169/2023, de 2 de marzo (ECLI:TS:2023:783) [1], dictada en unificación de doctrina, en la que terminó rechazando la solicitud de ampliación de prestaciones en el caso de familia monoparental, ahora, el máximo

intérprete de la Constitución, resuelve la controversia suscitada de forma opuesta a la Sala IV del Tribunal Supremo y, también en contra del criterio sostenido por la Abogacía del Estado, la Fiscalía General del Estado y por la Administración de la Seguridad Social, y declara inconstitucional, por insuficiencia normativa, pero sin declaración de nulidad, el precepto estatutario que regula la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado de menor y el artículo de la Ley General de la Seguridad Social que ordena la correspondiente prestación de la Seguridad Social.

En dicha sentencia, dictada en el Pleno del Tribunal Constitucional, se hace un gran esfuerzo argumentativo para tratar de justificar el fallo, exponiendo su doctrina acerca de la finalidad de los previos permisos de maternidad y paternidad y de la relativa a los vigentes permisos por nacimiento y cuidado del menor, así como sobre la diferencia de trato basada en el nacimiento en familia monoparental.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia

Órgano judicial: Tribunal Constitucional (Pleno)

Número de resolución judicial y fecha: STC 140/2024, de 6 de noviembre 2024.

Tipo y número recurso o procedimiento: Cuestión de inconstitucionalidad núm. 6694-2023.

ECLI:ES:TC:2024:140.

Fuente: BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2024.

Ponente: Excm. Sra. doña Maria Luisa Segoviano Astaburuaga.

Votos Particulares: cuenta con dos votos particulares.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Objeto de la cuestión de inconstitucionalidad

La presente cuestión de inconstitucionalidad está promovida por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, y se plantea respecto del artículo 48, apartados 4, 5 y 6 del Estatuto de los Trabajadores (ET), en conexión con el artículo 177 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), en la redacción dada a ambos por el Real Decreto Ley 6/2029, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

La Sala argumenta que las previsiones legales cuestionadas supondrían un trato discriminatorio hacia el menor perteneciente a una familia monoparental, ya que implican que tendrá derecho a recibir cuidados por parte de sus progenitores por un tiempo inferior al que puede disfrutar el nacido en una familia biparental, a pesar de que tiene necesidades idénticas. Esto podría colisionar con el obligado respeto del interés superior del menor, vulnerando lo dispuesto en los artículos 14, 39 y 41 CE, el art. 10.2 CE en relación con el art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño y el art. 24 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, y el art. 2.4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

Pero, además, la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, entiende que, pese al carácter neutro de los preceptos cuestionados, también se produciría una discriminación indirecta por razón de sexo, ya que el impacto negativo y desfavorable de esa regulación incidiría de manera más intensa sobre las mujeres trabajadoras, que encabezan mayoritariamente las familias monoparentales. Esto infringiría el art. 14 CE, en relación con el art. 6 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

2. Cuestiones previas

Antes de entrar en el fondo, el TC resuelve varias cuestiones preliminares.

Así, en primer lugar, rechaza los óbices de procedibilidad planteados por las partes interesadas (la Administración de la Seguridad Social, la Abogacía del Estado y la Fiscalía General del Estado), así como las alegaciones de la Fiscalía General del Estado acerca de la falta de aplicación del art. 48.4 ET en el proceso *a quo* y a la defectuosa formulación de los juicios de aplicabilidad y relevancia.

Finalmente, el Tribunal Constitucional acota el objeto de su enjuiciamiento al artículo 48. 4 ET (descartando la aplicación al caso concreto de los apartados 5 y 6, pese a aparecer citados por la cuestión de inconstitucionalidad), en relación con el artículo 177 LGSS.

IV. Posición de las partes

- Abogacía del estado

En representación del Gobierno de la Nación, se personó en el procedimiento e interesó la desestimación de la cuestión, con base a las siguientes alegaciones:

- Corresponde al legislador determinar el nivel y condiciones de las prestaciones de la seguridad social para adaptarlas a las necesidades del momento. Por ello, la posible ampliación de la protección que el sistema otorga a las familias monoparentales debe determinarse por el legislador.
- En relación con el principio de igualdad, vinculado a la discriminación de las familias monoparentales en relación con las biparentales y al interés superior del menor, la Abogacía del Estado recuerda la doctrina aplicable y concluye que la normativa cuestionada la respeta.

A este respecto empieza señalando que la diferencia de trato está fundamentada en la existencia o no de un contrato de trabajo y en la correspondiente cotización a la Seguridad Social. La ampliación de la duración de la suspensión del contrato en las familias monoparentales no respondería a la finalidad de la reforma llevada a cabo por el Real Decreto Ley 6/2019.

- Pese a la importancia que debe atribuirse al interés superior del menor, considera que los permisos atribuidos a familias monoparentales se sustentan en su relación laboral, lo que forzosamente ha de introducir una limitación a la extensión del permiso de la familia monoparental, en relación con las biparentales. Y termina refiriéndose a la STS 169/2023, de 2 de marzo, en la que se afirma que el interés superior del menor está presente en toda la regulación de la prestación por nacimiento y cuidado de menor, pero que no es el único fin al que ha de atenderse. Así, el legislador ha prestado también especial atención al principio de igualdad entre hombres y mujeres al confeccionar una normativa que tiene como finalidad lograr la corresponsabilidad entre ambos progenitores en el cuidado del menor. En atención a todo ello, ha ponderado los intereses en juego en la forma que ha estimado más oportuna en función de los recursos financieros disponibles y de las necesidades que tiene que atender.
- Fiscalía General del Estado

En relación con el derecho a la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento y cuidado de menor, para la Fiscalía General del Estado, la duda de constitucionalidad proviene de que ninguno de los apartados del artículo 48 ET establece una regulación específica para el progenitor de las familias monoparentales que suponga una ampliación de la prestación contributiva del art. 177 LGSS. Por lo tanto, lo que subyace es un supuesto de inconstitucionalidad por omisión. Con cita en la STS

169/2023, de 2 de marzo, la interpretación que sería necesaria para completar la supuesta laguna causante de inconstitucionalidad supondría crear una nueva prestación contributiva en favor de los progenitores de familias monoparentales, lo que supondría invadir competencias atribuidas al legislador.

Por lo que se refiere a la discriminación por razón de sexo, señala que, si nos ceñimos estrictamente al derecho del progenitor gestante, las madres de familias biparentales solo tienen derecho a cuidar de los hijos durante dieciséis semanas, sin que puedan añadir las dieciséis correspondientes al otro progenitor, ni siquiera en el caso de que el mismo no tenga derecho a la suspensión del contrato o no tenga derecho a la prestación económica.

A continuación, alerta contra los riesgos de las medidas de protección de las mujeres, incluso en el caso de que encabecen en su mayoría familias monoparentales, ya que pueden perpetuar los roles de género y convertirse en un obstáculo para la integración de estas mujeres en el mundo laboral.

Concluye declarando que no cabe considerar que el artículo 48.4 ET en relación con el art. 177 LGSS sea contrario a la CE.

- INSS y TGSS

En nombre del INSS y de la TGSS, el letrado de la Administración de la Seguridad Social formuló las siguientes alegaciones:

- En primer lugar, señala que la providencia parte de un planteamiento erróneo, puesto que no puede afirmarse que, con carácter general, la prestación vaya a tener una duración de treinta y dos semanas, al depender de una serie de requisitos que no siempre concurrirán, por lo que, en este punto la cuestión de inconstitucionalidad es infundada.
- De otro lado, argumenta que no hay discriminación de los menores nacidos en familias biparentales y monoparentales, ya que las situaciones que se comparan son diferentes. El derecho discutido corresponde al segundo progenitor y no al hijo. Tiene el propósito de lograr un reparto equitativo de las cargas familiares, e indirectamente, evitar un distinto trato laboral entre hombres y mujeres. Dado que su fin es facilitar la conciliación de la vida personal y familiar y proteger las especiales relaciones del segundo progenitor con el hijo, estas finalidades solo pueden cumplirse si existe un segundo progenitor y no pueden ser suplidas por la madre biológica.
- Otro argumento en contra de la ampliación es que, en caso de fallecimiento del hijo, no se reduce el periodo de suspensión del contrato, por lo que la finalidad de la norma no es la atención del menor, sino la efectiva igualdad de derechos entre ambos progenitores.
- Finaliza subrayando que el trato otorgado a las familias monoparentales en el disfrute de los permisos y prestaciones por nacimiento y cuidado de menor ha sido debidamente valorado por el legislador, de modo que no se aprecia ninguna de las vulneraciones denunciadas.

V. Normativa aplicable al caso

La cuestión de inconstitucionalidad se plantea acerca del artículo 48.4 ET, en relación con el art. 177 LGSS.

- Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 2/2025, de 23 de octubre). Artículo 48. Suspensión con reserva de puesto de trabajo:

“4. El nacimiento, que comprende el parto y el cuidado de menor de doce meses, suspenderá el contrato de trabajo de la madre biológica durante dieciséis semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para asegurar la protección de la salud de la madre.

El nacimiento suspenderá el contrato de trabajo del progenitor distinto de la madre biológica durante dieciséis semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código civil.

[...]

En el supuesto de fallecimiento del hijo o hija, el periodo de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, se solicite la reincorporación al puesto de trabajo.

La suspensión del contrato de cada uno de los progenitores por el cuidado de menor, una vez transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto, podrá distribuirse a voluntad de aquellos, en periodos semanales a disfrutar de forma acumulada o interrumpida y ejercitarse desde la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto hasta que el hijo o la hija cumpla doce meses. No obstante, la madre biológica podrá anticipar su ejercicio hasta cuatro semanas antes de la fecha previsible del parto. El disfrute de cada periodo semanal o, en su caso, de la acumulación de dichos periodos, deberá comunicarse a la empresa con una antelación mínima de quince días.

Este derecho es individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor.

La suspensión del contrato de trabajo, transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto, podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o de jornada parcial, previo acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora, y conforme se determine reglamentariamente.

La persona trabajadora deberá comunicar a la empresa, con una antelación mínima de quince días, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, 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”.

- Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 8/2025, de 30 octubre). Artículo 177. Situaciones protegidas:

“A efectos de la prestación por nacimiento y cuidado de menor prevista en esta sección, se consideran situaciones protegidas el nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, de conformidad con el Código civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 48 del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, y en el artículo 49 a), b) y c) del texto refundido de la Ley del estatuto básico del empleado público”.

VI. Doctrina básica

En la sentencia comentada, el Tribunal Constitucional comienza su análisis de fondo recordando su jurisprudencia relativa a las obligaciones que se imponen al legislador en relación con el reconocimiento de este tipo de permisos y prestaciones, así como de las finalidades que estos persiguen. A este respecto, revisa su doctrina relativa a los anteriores permisos de maternidad y de paternidad, subrayando las diferencias entre ambos, no sólo por razón de la finalidad que persiguen, sino también por razón de los compromisos internacionales asumidos por nuestro Estado en esa materia y las obligaciones que las normas internacionales imponen al legislador. A continuación, examina la doctrina aplicable a los vigentes permisos por nacimiento y

cuidado del menor, así como su jurisprudencia sobre el principio de igualdad y las causas de discriminación prohibidas.

- Doctrina constitucional relativa a los permisos de maternidad

En relación con la regulación anterior a la reforma operada por el RDL 6/2019, el Tribunal Constitucional tuvo la ocasión de señalar que, si bien la finalidad perseguida por la norma era múltiple, el propósito primordial era la preservación de la salud de la madre trabajadora ante un hecho biológico singular, en particular el período de descanso obligatorio (SSTC 111/2018, de 17 de octubre, FJ 6; 214/2006, de 3 de julio, FJ 6), mientras que el resto de su duración estaría más orientada a objetivos relacionados con la atención del recién nacido (STC 214/2006, de 3 de julio, FJ 6).

- Doctrina constitucional relativa a los permisos de paternidad

Para el Tribunal Constitucional, el reconocimiento de los permisos de paternidad buscaba “favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos” (STC 111/2018, de 17 de octubre, FJ 7; 117/2018, de 29 de octubre; 138/2018, de 17 de diciembre, y 2/2029, de 14 de enero).

Considera que el legislador español sigue contando con un amplio margen de decisión a la hora de regular los permisos por nacimiento de hijo, que se atribuyen a los progenitores distintos de la madre biológica, y ello, incluso tras la adopción de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y adoptantes, cuyo artículo 4 reconoce ahora por primera vez a los padres- o a los segundos progenitores- un permiso de diez días laborales con ocasión del nacimiento de su hijo.

- Doctrina constitucional relativa a los permisos por nacimiento y cuidado del menor

El Tribunal Constitucional considera plenamente aplicable su anterior jurisprudencia referida a los permisos de maternidad y paternidad a los actuales permisos por nacimiento y cuidado del menor. En estos últimos está también presente la doble finalidad tuitiva de protección de la salud de la madre y de atención al recién nacido y de protección de las especiales relaciones que se crean entre este y sus progenitores.

Ahora bien, el Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, introduce una finalidad adicional entre las perseguidas por el legislador al equiparar los permisos de ambos progenitores. Con ello, persigue el objetivo de situar en pie de igualdad a hombres y mujeres en el ámbito laboral, arbitrando mecanismos destinados a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de ambos progenitores y a la promoción de la corresponsabilidad en la asunción de las tareas de cuidado de los hijos, estimulando cambios en la cultura familiar que eviten que las mujeres trabajadoras sufran mayores dificultades para su inserción laboral, su permanencia y su promoción en el empleo por el hecho de la maternidad.

VII. Parte dispositiva

En el Fallo de la sentencia se hace constar que el Tribunal Constitucional “*ha decidido estimar la presente cuestión de inconstitucionalidad núm. 6694-2023 y, en consecuencia, declarar inconstitucionales los arts. 48.4 LET y 177 LGSS, con el alcance señalado en el fundamento jurídico séptimo.*”

VIII. Pasajes decisivos

5. *Prohibición de discriminación por razón de nacimiento en familia monoparental.*

[...]

A pesar de esa sustancial identidad de las necesidades de cuidado que tiene cualquier recién nacido, en un supuesto como el ahora analizado, las normas cuya constitucionalidad se cuestiona provocan una diferencia de trato entre los menores nacidos en una familia monoparental y los nacidos en una familia biparental, en tanto en el primer caso, tan solo podrán recibir los cuidados de su madre biológica por un período máximo de dieciséis semanas (ampliable en los supuestos previstos en la ley), mientras que, en el segundo caso, podrán recibir también los cuidados del otro progenitor por idéntico período de tiempo (también ampliable cuando así lo prevea la ley).

[...]

[...] debemos entender que la prohibición de discriminación por razón de nacimiento, que el art. 14 CE expresamente contempla, incluye el nacimiento en cualquier modelo de familia.

[...]

6. Legitimidad constitucional de la diferencia de trato basada en el nacimiento en familia monoparental: finalidad perseguida y proporcionalidad

[...]

[...] concluir que los argumentos aportados por la Fiscalía General del Estado, la Abogacía del Estado y el letrado de la Administración de la Seguridad Social a fin de defender la constitucionalidad de la norma no superan el canon más estricto de razonabilidad y proporcionalidad aplicable en estos casos. Ninguna explicación concreta aporta la Fiscalía General del Estado, la Abogacía del Estado, ni el letrado de la Administración de la Seguridad Social, a fin de justificar la más que evidente desproporción entre los beneficios que supuestamente perseguiría la omisión enjuiciada y las consecuencias que de ella se derivan para los niños y niñas nacidos en familias monoparentales, que ven sustancialmente reducido el tiempo de cuidado que reciben de sus progenitores respecto de los nacidos en familias biparentales.

[...]

[...] en este caso el permiso y la correspondiente prestación económica por nacimiento y cuidado de menor previstos, respectivamente, en los arts. 48.4 LET y 177 LGSS, su articulación concreta debe respetar las exigencias que se derivan del art. 14 CE y, por lo que se refiere a la cuestión suscitada, las derivadas de la prohibición de discriminación por razón de nacimiento expresamente prohibida por el art. 14 CE. Y es esto lo que el legislador no hace, al introducir –mediante su omisión– una diferencia de trato por razón del nacimiento entre niños y niñas nacidos en familias monoparentales y biparentales que no supera el canon más estricto de razonabilidad y proporcionalidad aplicable en estos casos, al obviar por completo las consecuencias negativas que produce tal medida en los niños y niñas nacidos en familias monoparentales.

7. Alcance del fallo.

Finalmente, es preciso realizar una precisión en relación con el alcance de la presente declaración de inconstitucionalidad, en tanto que, al vincularse a una omisión del legislador, esto es, al hecho de que la norma no contemple aquello que debió ser necesariamente incluido, la inconstitucionalidad declarada no debe llevar aparejada la nulidad de los preceptos cuestionados.

[...]

[...] el Tribunal considera necesario (como lo hizo en la STC 15/2020, de 28 de enero, FJ 3, y las allí citadas) precisar que, en tanto el legislador no se pronuncie al respecto, en las familias monoparentales el permiso a que hace referencia el art. 48.4 LET, y en relación con él el art. 177 LGSS, ha de ser interpretado en el sentido de adicionarse al permiso del primer párrafo para la madre biológica (dieciséis semanas),

el previsto en el segundo para progenitor distinto (diez semanas, al excluirse las seis primeras).

IX. Comentario

La STC (Pleno) núm. 140/2024 es extensa y compleja. En ella, el Tribunal Constitucional, antes de resolver la cuestión planteada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, examina el marco normativo en el que se insertan los preceptos legales cuestionados, así como la evolución seguida por esos preceptos, analizando las finalidades que persiguen y su jurisprudencia relativa al alcance de las obligaciones que se imponen al legislador en relación con el reconocimiento de este tipo de permisos y prestaciones vinculados con el nacimiento de hijo.

A continuación, entra en el problema de fondo, tratando de resolver cada una de las dudas de constitucionalidad suscitadas por la Sala promotora de la cuestión de inconstitucionalidad, y a tal fin, hace un gran despliegue de argumentos para sustentar su fallo, con apoyo en su propia doctrina, así como en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

- Acerca de la posible discriminación por nacimiento en familia monoparental

La primera duda se plantea sobre el posible carácter discriminatorio de los artículos 48.4 ET y 177 LGSS, por cuanto los hijos de familias monoparentales recibirían un tiempo de cuidados por parte de sus progenitores inferior que los nacidos en familias biparentales, a pesar de que tienen idénticas necesidades.

Para resolverla, el Tribunal Constitucional considera necesario dilucidar, con carácter previo, si nos encontramos ante una diferencia de trato que tiene su origen en una de las categorías de discriminación prohibidas expresamente en el art. 14 CE, o si, por el contrario, nos situamos en el ámbito de aplicación de la cláusula general de igualdad recogida en el mismo precepto.

Considera que, en el presente caso, nos hallamos ante una diferencia de trato normativa entre situaciones sustancialmente iguales, puesto que la duración e intensidad de la necesidad de atención y cuidado de un recién nacido es la misma con independencia del modelo familiar en el que haya nacido, y, sin embargo, ante una misma necesidad, la norma responde de forma diferenciada, aunque fuere por defecto u omisión de regulación.

Más aún, en contra de los argumentos esgrimidos por la Fiscalía General del Estado, la Abogacía del Estado y el representante de la Seguridad Social, el Tribunal constitucional estima que tal diferencia de trato se produce por uno de los motivos de discriminación que el segundo inciso del art. 14 CE expresamente prohíbe. Concretamente, la regulación de los permisos por parte de los preceptos cuestionados incurriría en una discriminación por razón de nacimiento, que incluye el nacimiento en cualquier modelo de familia.

- ¿Diferencia de trato justificada?

Una vez establecido que la norma provoca una diferencia de trato basada en el nacimiento en familia monoparental, trata de indagar si, tal y como afirman las partes personadas en el procedimiento, dicha diferencia de trato puede estar justificada.

A tal fin, aplica su propia doctrina, conforme a la cual el canon de control a utilizar a la hora de enjuiciar la legitimidad de las diferencias de trato basadas en alguno de los motivos de discriminación expresamente prohibidos por el art. 14 CE resulta mucho más estricto que el utilizado para enjuiciar otras diferencias de trato (por todas, STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4 b).

Sin cuestionar la legitimidad de la equiparación de los permisos por nacimiento y cuidado de menor de la trabajadora, madre biológica, y el otro progenitor, constata el hecho de que la norma no prevé la posibilidad de que la primera extienda su permiso por el periodo que hubiera correspondido al otro progenitor, en caso de existir, y el

impacto que esa omisión tiene en los menores nacidos en familias monoparentales. Considera que la justificación de esa omisión no puede hallarse en la voluntad del legislador de fomentar la conciliación y la corresponsabilidad.

Aplicando su jurisprudencia, rechaza los argumentos esgrimidos por las partes para defender la constitucionalidad de la norma, que, a juicio del Tribunal, no superan el canon más estricto de razonabilidad y proporcionalidad aplicable en estos casos. Señala que ninguna explicación dada justifica la evidente desproporción entre los posibles beneficios que perseguiría dicha omisión de fomento de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral y las consecuencias negativas que de ella se derivan para los niños y niñas nacidos en familias monoparentales respecto de los menores nacidos en el seno de familias biparentales.

El Pleno del Tribunal Constitucional decide pues estimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada, al llegar al convencimiento de que los artículos 48.4 ET y 177 LGSS, al no prever la posibilidad de que las madres biológicas, trabajadoras por cuenta ajena, puedan ampliar su permiso (y la correspondiente prestación de la Seguridad Social) que se reconocería al otro progenitor en caso de existir, “generan *ex silentio* una discriminación por razón de nacimiento de los niños y niñas nacidos en familias monoparentales, que es contraria al art. 14 CE, en relación con el 39 CE, en tanto esos menores podrán disfrutar de un periodo de cuidado de sus progenitores significativamente inferior a los nacidos en familias biparentales”.

- Alcance del fallo

La inconstitucionalidad declarada no conlleva en este caso la nulidad de los preceptos cuestionados al tener origen en la omisión de una realidad a regular que debió incluirse.

Así, según se expone, dado que la inconstitucionalidad declarada se produce por la imposibilidad de extender el permiso, la declaración de nulidad de los arts. 48.4 ET y 177 LGSS, no solo no repararía la lesión del art. 14 CE en relación con el art. 39 CE, sino que determinaría la expulsión de nuestro ordenamiento jurídico de las normas que reconocen a todos los progenitores los permisos y prestaciones por nacimiento y cuidado de menor.

Por lo tanto, de acuerdo con el Tribunal Constitucional corresponde al legislador llevar a cabo, a partir de esta sentencia, las modificaciones pertinentes para reparar la vulneración del art. 14 CE en relación con el art. 39 CE.

Sin embargo, mientras no se produce dicha intervención legislativa, el tribunal constitucional considera que en lo que se refiere a las familias monoparentales, el permiso a que hace referencia el art. 48.4 ET, y en relación con él el art. 177 LGSS, ha de ser interpretado en el sentido de adicionarse al permiso establecido para la madre de dieciséis semanas, el previsto para el progenitor distinto (diez semanas, al excluirse las seis primeras semanas que, al ser de disfrute simultáneo, se superponen).

Por último, por razones de seguridad jurídica, la sentencia carece de efectos retroactivos, por lo que no se revisan situaciones ya juzgadas y consolidadas.

- Votos particulares

La STC 140/2024 cuenta con dos votos particulares. El primero, está formulado por el magistrado D. Ramón Sáez Valcárcel, quien expresa su discrepancia tanto con el fallo como con el razonamiento que sustenta la sentencia. El segundo, es un voto particular concurrente que formulan el magistrado D. Enrique Arnaldo Alcubilla y la magistrada doña Concepción Espejel Jorquera, en el que, pese a compartir el fallo, discrepan en parte de la argumentación de la sentencia.

Así, en primer lugar, para el magistrado Sáez Valcárcel, “por más que íntimamente comparta la convicción de que las familias monoparentales merecen un tratamiento normativo acorde con sus especiales necesidades de protección”, disiente del fallo y de la fundamentación de la sentencia. En su opinión, la sentencia parte de una

premisa errónea, que es la de considerar que el permiso (y la correspondiente prestación) por nacimiento y cuidado del menor es un mecanismo de protección del hijo de la persona trabajadora. Sostiene que los artículos 48.4 ET y 177 LGSS no regulan derechos del hijo, sino derechos estrictamente individuales e intransferibles del trabajador por cuenta ajena, por más que el hijo se beneficie de ellos.

De otro lado, los magistrados que formulan el segundo voto particular concurrente comparten el fallo estimatorio de la cuestión de inconstitucionalidad por omisión, sin nulidad, por considerar que los preceptos cuestionados dispensan un trato discriminatorio por razón del nacimiento al menor perteneciente a una familia monoparental. Sin embargo, disienten del alcance del fallo, que se traduce en resolver la laguna normativa detectada declarando el derecho de las familias monoparentales a ampliar el permiso, creando así una norma nueva. Con ello, el Tribunal está asumiendo una función de legislador positivo que no le corresponde, eliminando la libertad de configuración normativa del legislador.

X. Apunte final

No cabe duda de que estamos en presencia de un problema que afecta a un colectivo vulnerable como es el de las familias monoparentales, mayoritariamente encabezadas por mujeres, y a los menores nacidos en el seno de estas familias.

La anomia en este punto ha dado lugar recientemente a la producción de respuestas judiciales diferentes de las Salas Tercera y Cuarta del Tribunal Supremo en relación con el derecho a la extensión del permiso en el caso de familias monoparentales. Así, la Sala Tercera en su sentencia 1612/2024 (recurso de casación 5372-2022; ECLI:ES:TS:2024:4948) reconoce el derecho de una empleada pública a acumular el permiso que le hubiera correspondido al otro progenitor, disfrutando de un total de veintiséis semanas, en aras del interés superior del menor y de evitar la discriminación de los menores nacidos en el seno de una familia monoparental. En cambio, la Sala Cuarta en su sentencia 169/2023, de 2 de marzo, considera que la regulación vigente cumple las exigencias derivadas de la Constitución y de acuerdos y tratados internacionales y deniega la ampliación de la prestación de nacimiento y cuidado de menor en familia monoparental.

Como cabía esperar, la existencia de unificación de doctrina jurisprudencial en la materia no ha impedido que esta cuestión llegara al Tribunal Constitucional, el cual ha dictado una sentencia que, contradiciendo la doctrina unificada establecida en la STS Sala de lo Social 169/2023, de 2 de marzo, aprecia discriminación y reconoce el derecho a la acumulación del permiso. Sin embargo, la solución alcanzada en esta sentencia, que se traduce en la creación por el Tribunal Constitucional de una nueva prestación para colmar la laguna legal existente, no parece ser la más conveniente, desde el punto de vista de la seguridad jurídica.

Parece pues ineludible la urgente intervención del legislador que permita ofrecer un marco jurídico adecuado a las familias monoparentales por razón del nacimiento, solventando el vacío normativo existente en la cobertura de esta situación. Se trata de un desiderátum expresado por la doctrina científica y judicial y por los propios magistrados del Tribunal constitucional, incluidos los que formulan los votos discrepantes.

La regulación que se haga, además de preservar los objetivos que motivaron la reforma llevada a cabo por el RDL 6/2019, de 1 de marzo, de fomento de la corresponsabilidad entre los progenitores y de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en el caso de familias biparentales, debe también tratar de proteger el interés del menor, con independencia del contexto de familia en el que nazca, para permitir que disfrute de un tiempo de cuidados suficiente y comparable al nacido en el seno de una familia biparental.

En relación con la duración del permiso por nacimiento de hijo en el caso de las familias monoparentales y de su cobertura económica, el legislador deberá tener en cuenta también el agravio comparativo que se puede plantear respecto de las madres

trabajadoras, incluidas las que encabezan una familia monoparental, cuando reúnen todos los requisitos, salvo el periodo mínimo de cotización exigido para tener derecho a la prestación contributiva por nacimiento y cuidado de menor.

En efecto, no podemos olvidar que, respecto de ellas, la LGSS contempla una regulación especial en sus artículos 181 y 182, que se traduce en un periodo de descanso subsidiado de menor duración que el ordinario de dieciséis semanas. Así, este se limita al periodo de cuarenta y dos días naturales siguientes al parto, ampliables en dos semanas más, en determinados supuestos, entre los que se incluye el de nacimiento en el seno de una familia monoparental (art. 182.2. LGSS). Además, durante el citado descanso se tiene derecho a percibir una prestación de carácter no contributivo de cuantía igual a 100 por ciento del IPREM. Es evidente que esta regulación ofrece una protección deficiente, que puede también ser tachada de discriminatoria y, por tanto, debería ser también reformada.

Referencias:

1. ^ Sentencia comentada por MONEREO PÉREZ, J.L., en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3 (2023).

§ 3 Cálculo restrictivo de la cuantía defraudada a la Seguridad Social.

Antonio V. Sempere Navarro

*Director de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Magistrado del Tribunal Supremo.
Catedrático de Universidad (s.e.)*

Resumen: La STS comentada concluye que la suma defraudada, computable a efectos del artículo 307 del Código Penal, queda integrada por el importe que se debió cotizar, sin incluir en su cuantificación los intereses generados y los recargos por mora y apremio, sin perjuicio de que estos se integren en la responsabilidad civil. Se abandona la doctrina sentada precedentemente, de signo más flexible.

Palabras clave: Defraudación a la Seguridad Social. Cálculo de cuantía defraudada. Intereses y recargos.

Abstract: The aforementioned Supreme Court concludes that the amount defrauded, computable for the purposes of article 307 of the Criminal Code, is made up of the amount that should have been contributed, without including in its quantification the interest generated and the surcharges for late payment and enforcement, without prejudice to the fact that these are integrated into the civil liability. The doctrine established above, of a more flexible nature, is abandoned.

Keywords: Social Security fraud. Calculation of the amount defrauded. Interest and surcharges.

I. Introducción

La cuestión debatida estriba en determinar que partidas integran la suma defraudada computable a efectos del artículo 307 del Código Penal (CP). En concreto, si la misma se integra por la cantidad defraudada en sentido estricto, esto es, el importe que se debió cotizar, o si se incluyen en su cuantificación los intereses generados y los recargos por mora y apremio.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia (Sala de cinco componentes).

Órgano judicial: Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: Sentencia núm. 1115/2024, de 4 diciembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: casación por infracción de ley núm. 2396/2022.

ECLI: ES:TS:2024:5981.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excma. Sra. Dña. Ana María Ferrer García.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. El trasfondo fáctico

La cuestión ahora suscitada es del todo sencilla, no discutiéndose elementos adicionales al dato de que el sujeto pasivo de una deuda con la Seguridad Social ha dejado de ingresar un total de 42.313,71 euros durante los últimos cuatro años.

Si a la cantidad se añaden los recargos por demora la cifra supera el umbral de los 50.00 euros. Dicho abiertamente: sin la suma de esas cuantías lo defraudado carece de tipicidad penal, y viceversa.

2. El Auto de la Audiencia Provincial

Mediante Auto de 20 de octubre de 2021, la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Jaén (Rollo Apelación 650/21), declaró el sobreseimiento de la causa con respecto a determinada persona imputada por el delito del art. 307 CP, habida cuenta de que la cuantía de lo defraudado a la Seguridad Social no llegaba al umbral fijado legalmente.

Con apoyo en diversa doctrina judicial se decanta por acotar la cuantía defraudada al importe de las obligaciones eludidas, sin ampliarla a las consecuencias administrativas del incumplimiento. Entiende que era esta la interpretación más razonable, que además incorporaba motivos de seguridad jurídica, fundamentalmente proyectados sobre la determinación del momento consumativo, que en caso de incorporar en el concepto de cuota los recargos de mora o apremio e intereses, permanecería indeterminado a expensas del día de la elaboración de la certificación de descubierto por la TGSS.

IV. Posición de las partes

Las partes intervinientes en el procedimiento sostienen posiciones del todo coincidentes con las tesis que constituyen los términos de la alternativa ya reseñada. La Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) invoca en su favor la doctrina de la STS 523/2006, de 19 mayo.

V. Normativa aplicable al caso

El Título XIV del Libro Segundo del Código Penal aparece rubricado como “*De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*”, siendo su artículo 307 el que concita la atención del presente comentario. Por cuanto ahora interesa, tras la redacción mediante LO 7/2012, dispone lo siguiente:

1. El que, por acción u omisión, defraude a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obteniendo indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutando de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de cincuenta mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía salvo que hubiere regularizado su situación ante la Seguridad Social en los términos del apartado 3 del presente artículo [...].

2. A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior se estará al importe total defraudado durante cuatro años naturales. [...]

6. En los procedimientos por el delito contemplado en este artículo, para la ejecución de la pena de multa y la responsabilidad civil, que comprenderá el importe de la deuda frente a la Seguridad Social que la Administración no haya liquidado por prescripción u otra causa legal, incluidos sus intereses de demora, los Jueces y Tribunales recabarán el auxilio de los servicios de la Administración de la Seguridad Social que las exigirá por el procedimiento administrativo de apremio.

VI. Doctrina básica

Rectificando doctrina previa, en parte a la luz de reformas legislativas posteriores, la STS comentada sostiene que a efectos del artículo 307 CP la suma defraudada computable queda integrada por el importe que se debió cotizar, sin incluir en su cuantificación los intereses generados y los recargos por mora y apremio, sin perjuicio de que estos se integren en la responsabilidad civil.

VII. Parte dispositiva

De conformidad con la doctrina expuesta, la STS 1115/2024: 1º) Desestima el recurso de casación interpuesto por la TGSS. 2º) Confirma el auto dictado por la Audiencia Provincial de Jaén. 3º) Impone las costas de su recurso a la TGSS. 4º) Ordena la devolución de la causa a la Audiencia Provincial.

VIII. Pasajes decisivos

En el apartado 2 del Fundamento Segundo aparece condensada la doctrina ahora acuñada: *Aunque pudiéramos entender, en consonancia con algún sector de la doctrina, que no se trata de un catálogo cerrado, sino de un listado susceptible de ser engrosado con otros elementos, lo que queda claro de su dicción, es que la delimitación típica a los efectos de configurar el límite máximo de la cuantía, cualquiera que sea su categoría, es decir, la de condición objetiva de punibilidad [...], o elemento del tipo, como reivindican otras opiniones, se integra por el importe de la partida no ingresada, la devolución indebidamente recibida o de la deducción indebida aplicada, sin que estas resulten engrosadas por los posibles intereses y recargos.*

Un poco más adelante, en el número 4, sale al paso de una objeción formulada por la TGSS recurrente: *el afán de protección del patrimonio social que la sentencia STS 523/2006, de 19 de mayo, hacía valer no sufre merma, en cuanto que los recargos de mora, apremios e intereses no computen como integradores de la cuota defraudada, no excluye su consideración como partidas integradas en la responsabilidad civil, encaminadas a la reparación del daños causado al erario de la Seguridad Social, tal y como reconoce expresamente el actual artículo 307.6 CP.*

IX. Comentario

La contextualización del criterio expuesto puede llevarse a cabo mediante el recordatorio de cómo ha evolucionado tanto la jurisprudencia de la Sala Segunda cuanto la propia norma penal^[1].

1. Doctrina inicial

La STS 523/2006, en que se apoya el recurso de casación formalizado por la Administración de la Seguridad Social concluyó que los recargos de mora, de apremio e intereses debían ser considerados como objeto de la defraudación punible que prevé el artículo 307 CP. Sus argumentos pueden resumirse así:

- Esas partidas configuran también el daño ocasionado por el delito y, por tal razón, constituyen conceptos de recaudación conjunta, con relevancia para la determinación del límite que separa los hechos punibles de los que no lo son.
- Sostener otra cosa resultaría contrario tanto al texto como a la finalidad del tipo penal», y que «no sería justificable que quien incumple deberes de solidaridad social se vea beneficiado con el uso gratuito de sumas de dinero ajeno que, de haber obtenido mediante un préstamo hubiera tenido que retribuir mediante pago de intereses.

La posterior STS 480/2009, 22 de mayo invoca la doctrina de la STS 523/006, pero como mero argumento de refuerzo, porque en este caso la base típica se conformó sin incluir los recargos derivados de mora o apremio e intereses.

2. La reforma de 2012

La LO 7/2012 introdujo en el artículo 307 el actual apartado 6, que expresamente incorpora los intereses de demora derivados de la deuda con la Seguridad Social en el contenido de la responsabilidad civil, sin hacer mención alguna a su posible inclusión en la delimitación de la cuantía defraudada.

3. Pronunciamientos colaterales

La STS del Pleno, 551/2022, de 2 de junio, habla de cuotas indebidas y no abonadas, pero no consta que se hubieran incluido recargos en la delimitación de la cantidad defraudada.

En un supuesto de impago de cuotas que superaban por sí solas los 50.000 euros en el periodo de cuatro años, la STS 289/2023, de 26 de abril, confirmó que la suma defraudada quedara integrada exclusivamente por el importe de las correspondientes cuotas, independientemente de la cuantificación de la responsabilidad civil. Se discutía la adecuación del método de estimación indirecta en la cuantificación de la responsabilidad civil.

4. El viraje doctrinal de la STS 1115/2024

La sentencia glosada descarta una interpretación abierta del tipo legal, que habla de «la cuantía de las cuotas defraudadas, o de las devoluciones o deducciones indebidas», sin mayor aditamento.

La literalidad de la norma penal (“*cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta*”) concuerda con las previsiones de la LGSS que habla de *las cuotas de la Seguridad Social, desempleo y por conceptos de recaudación conjunta* (art. 22.), de modo diferenciado respecto de recargos por ingreso fuera de plazo (art. 30) y de intereses de demora (art. 33).

La tesis del recurso colisiona con algunos de principios que inspiran el Derecho Penal, en particular el de legalidad o garantía de tipicidad (artículo 4 CP), en cuanto que se aparta de la que se perfila como interpretación más ajustada al texto de la norma. Sin olvidar que hace depender los elementos que según la descripción típica determinan la punición, de la actuación de tercero, en este caso de la eficacia de la acción ejecutiva de la Administración en la persecución e intento de cobro de las sumas adeudadas.

X. Apunte final: el principio de tipicidad^[2]

La STS 1115/2024 invoca en favor de su posición el principio de legalidad (garantía de tipicidad). Ambos vectores poseen significados distintos. La legalidad –en su sentido más estricto de reserva de Ley– se refiere exclusivamente al rango formal de la norma (legal) en que está regulada la conducta constitutiva de ilícito penal y la sanción correspondiente. La tipicidad –que decisivamente coadyuva a dotar de una significación plena al principio de legalidad, en su sentido más amplio– consiste en la precisa definición de las conductas que la Ley considera constitutivas de infracción, y de las sanciones susceptibles de ser impuestas, a fin de garantizar la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y de hacer efectiva, junto a la exigencia de una *lex praevia*, la de una *lex certa*^[3].

1. Contenido y funciones

De modo muy elemental podría decirse que el principio de legalidad-tipicidad significa que los delitos y las penas, debidamente detallados, han de estar contenidos en normas de rango legal. El principio de legalidad-tipicidad, por tanto, es un mandato dirigido al legislador en orden a la regulación de los ilícitos penales y sus sanciones en normas de rango legal, pero también en orden a la concreción del contenido de aquellos y de éstas. Este principio comprende una doble garantía, formal y material.

- La garantía formal hace referencia al rango legal (reserva de ley) de las normas reguladoras de los delitos y las penas. Consecuencia directa de este mandato es “la interdicción de que el Derecho infralegal opere como fuente inmediata de las infracciones y sanciones, o que una y otras puedan establecerse o imponerse en virtud de normas consuetudinarias o, finalmente, que el Derecho sancionador pueda ser creado por los jueces” (STC 151/1997, de 29 de septiembre).
- La garantía material, de alcance absoluto, se refiere a la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, a la existencia de preceptos que permitan predecir con suficiente grado de certeza cual es la conducta prohibida por el ordenamiento y cual es la sanción, a fin de que el destinatario de las normas sepa a qué atenerse^[4]. Las prescripciones normativas sancionadoras han de ser, por tanto, concretas, precisas, claras e inteligibles (STC 34/1996), sin que sea exigible una precisión absoluta en la determinación del tipo, bastando que concurren los requisitos suficientes para su configuración por el intérprete de las normas (STC 62/1982).

En resumen, el principio de legalidad-tipicidad podría expresarse, sintéticamente, del modo siguiente: *lex scripta*, *lex praevia*, *lex certa* y *lex stricta* (STC 151/1997, de 29 de septiembre).

Función inequívoca del principio de legalidad-tipicidad es garantizar la seguridad jurídica de los destinatarios de las normas sancionadoras, pues éstos han de conocer de antemano las conductas prohibidas (*rectius*, susceptibles de ser sancionadas) así como las consecuencias de la realización de tales conductas. La regulación de las infracciones y sanciones mediante normas de rango legal supone, además, un plus en orden a la garantía de los derechos de los destinatarios de las normas sancionadoras en la medida en que, como ha razonado la jurisdicción ordinaria, deben ser los representantes del pueblo, como manifestantes de la voluntad soberana, quienes determinen los comportamientos que son susceptibles de reproche penal o administrativo y las penas o sanciones con que deben corregirse^[5]. La exigencia de legalidad-tipicidad es, así, plenamente coherente con el carácter punitivo de las normas sancionadoras que, como quedó expuesto en temas anteriores, supone una limitación de la actuación de los sujetos mediante una reacción –si se quiere, violenta– frente a comportamientos que lesionan o transgreden bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento.

2. Consecuencias

A. Taxatividad de las normas sancionadoras

Han de configurarse las leyes sancionadoras llevando a cabo el «máximo esfuerzo posible (STC 62/1982) para garantizar la seguridad jurídica, es decir, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones» (STC 151/1997, de 29 de septiembre). Las normas sancionadoras deben contener una descripción lo más exacta y detallada posible del tipo de incumplimiento y de la sanción correspondiente, de tal forma que los órganos sancionadores no puedan actuar frente a comportamientos distintos de los expresamente previstos en las normas, situados por tanto fuera de las fronteras marcadas por las normas^[6].

Sin embargo, el carácter abstracto de las proposiciones normativas unido a la vaguedad y versatilidad del lenguaje dificultan en ocasiones la tarea de los operadores jurídicos de subsumir o no la concreta conducta en el marco jurídico de la infracción y anudar a ella la consecuencia punitiva prevista por la ley. En este sentido, ha establecido la doctrina constitucional que el respeto del órgano sancionador al postulado del art. 25 CE implica, en primer lugar, analizar el canon de interdicción de la arbitrariedad, el error patente o la manifiesta irrazonabilidad y, en segundo término, la

razonabilidad que imponen los principios de seguridad jurídica y de legitimidad de los comportamientos ilícitos sobre los que se apoya el principio de legalidad^[7].

B. Prohibición de analogía

El mandato de taxatividad de las normas sancionadoras conlleva la imposibilidad de imposición de sanciones en los casos en que la conducta no encaje exactamente en el tipo contemplado por la norma (entre otras, SSTC 182/1990, de 15 de noviembre y 81/1995, de 5 de junio). Con ello se pretende no extender analógicamente los perturbadores efectos –desde la perspectiva del destinatario de las normas sancionadoras– que supone la imposición de sanciones a comportamientos distintos (o no exactamente iguales) de los calificados como infracción. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, “el principio de legalidad (...) significa un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas, e impide, como límite a la actividad judicial que el Juez se convierta en legislador (STC 133/1997)”^[8].

C. Interpretación restrictiva

Consecuencia de la prohibición de interpretación analógica de las normas penales es, la exigencia de su interpretación restrictiva y, por consiguiente, de no aplicación extensiva a supuestos no contemplados expresamente en ellas. Como decíamos, la abstracción de las normas dificulta ostensiblemente la tarea de los órganos judiciales, muy especialmente en los casos en que las normas recurren a los conceptos jurídicos indeterminados; deberá entonces el órgano competente motivar adecuadamente su resolución; es precisamente la motivación el elemento decisivo que permite detectar, en su caso, la aplicación de las normas sancionadoras a supuestos no expresamente previstos en ellas.

La interpretación restrictiva de las normas sancionadoras es consecuencia, en última instancia, del carácter subsidiario (*ultima ratio* del ordenamiento) del Derecho sancionador.

D. Admisibilidad de las Leyes (penales) “en blanco”

Leyes penales “en blanco” son aquéllas que imponen taxativamente la consecuencia jurídica prevista en la norma (la sanción), pero cuyo supuesto de hecho no se encuentra totalmente previsto en ella, sino que requiere de un complemento normativo distinto: la norma penal “en blanco” se remite a otra norma de naturaleza no penal, que se integra de este modo en la definición del delito. En cuanto a sus requisitos, la doctrina constitucional ha señalado lo siguiente: “que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o (...) se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada”^[9]. El fundamento de la admisión de normas extrapenales, que cumplen la importante función de completar o especificar de modo más exacto el contenido del ilícito y de la sanción, se encuentra en la necesidad de actualizar permanentemente los perfiles -que han de ser siempre nítidos- de uno y otra, pues los aspectos concretos son en ocasiones variables y “pueden modificarse con el transcurso del tiempo, sin que sea necesario acometer una constante actualización de la regla penal, que por lo general tiene una pretensión de relativa permanencia en el tiempo”^[10].

La Constitución no impone que el complemento extrapenal de la ley penal en blanco haya de estar previsto en una disposición normativa con rango de Ley orgánica. Se trata de una decisión que, salvo que por otros motivos venga impuesta por la propia Constitución, queda en manos del legislador^[11]. Es admisible, incluso, que las Leyes penales en blanco contengan remisiones a normas reglamentarias^[12], pudiendo éstas integrar lícitamente el contenido de injusto, siempre que no contengan

una regulación independiente y separada de la norma penal a la que complementan y, al mismo tiempo, se subordinen claramente a la Ley, pues de lo contrario, como señaló el Tribunal Constitucional en sus sentencias 42/1987 y 219/1991, se degradaría la garantía esencial que el principio de reserva de Ley entraña, como forma de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos depende exclusivamente de la voluntad de sus representantes. También ha dicho el Tribunal Constitucional que una norma de Derecho comunitario, originario -Tratados comunitarios- o derivado -Reglamentos y Directivas- “en atención a su primacía en el orden interno es susceptible de integrar el supuesto de hecho de una norma penal, incluso si ésta exige para su complemento que tenga rango legal”^[13]. La admisión de las normas comunitarias a estos efectos se explica desde la óptica del acto previo de cesión de soberanía normativa del Estado respecto de las Comunidades Europeas, si bien la materia penal resulta, al menos en su vertiente *ad intra* de regulación de delitos, competencia del Estado.

El complemento del tipo penal puede válidamente efectuarse, como acabamos de indicar, a través de normas reglamentarias. Teniendo en cuenta que la procedencia de éstas no sólo se sitúa en el ámbito estatal sino también en el autonómico, dependiendo de la concreta materia sobre la que se proyecte la regulación de acuerdo con los arts. 148 y 149 CE, podríamos plantearnos la eficacia de los reglamentos dictados por autoridades autonómicas, teniendo presente, como marco general de esta cuestión, que tanto la normativa penal (art. 149.1.6ª CE) como la estrictamente laboral (art. 149.1.7ª CE) son competencia exclusiva del Estado y que, por tanto, la regulación de los delitos -en general y, específicamente, en materia laboral- compete en exclusiva al Estado. A este respecto puede afirmarse que, con carácter general, las normas autonómicas no pueden regular *ex novo* tipos delictivos, como tampoco establecer sus penas o sanciones, pues se trata de una materia reservada al Estado^[14]. Sin embargo, lo anterior no significa que las normas (legales y reglamentarias) dictadas por los órganos autonómicos legitimados al efecto carezcan de validez en el ámbito penal. Cuando exista una norma estatal que establezca los elementos esenciales del tipo y de la sanción, nada impide que su contenido resulte perfeccionado mediante normas de las Comunidades autónomas. Lo anterior no puede desvirtuarse como consecuencia de la eventual creación de desigualdades entre Comunidades autónomas pues, como también ha tenido ocasión de señalar el Tribunal Constitucional, “la ausencia de una monolítica uniformidad jurídica no infringe necesariamente los arts. 1, 9.2, 14, 139.1 y 149.1.1ª de la Constitución, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino que, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de derechos y al cumplimiento de los deberes se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales”. De este modo, “el órgano jurisdiccional puede seleccionar como complemento válido de la ley penal las normas de las Comunidades Autónomas dictadas en el marco de sus respectivas competencias. En tal caso será preciso que dichas normas autonómicas se acomoden a las garantías constitucionales dispuestas en el art. 25.1 de la CE y que no «introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto al régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio» (...) Puesto que (...) el núcleo del delito ha de estar contenido en la ley penal remitente, la función de la norma autonómica remitida se reduce simplemente a la de constituir un elemento no esencial de la figura delictiva”^[15]. Desde una perspectiva formal, de puro ajuste técnico de las previsiones reglamentarias a las leyes penales en blanco, es necesario constatar que la norma autonómica se dictó en el marco de las competencias del correspondiente órgano autonómico; también es preciso comprobar que la norma cumple con las exigencias de la norma penal remitente, en el sentido de que la disposición ha de tener la fuerza y el rango exigido para la regulación de la materia de que se trate; por último, la finalidad perseguida por la norma autonómica ha de ser coincidente con la Ley del Estado^[16].

3. Traslación a la STS Penal 1115/2024

Aunque sin apenas razonamiento al respecto, lo que hace la Sala Segunda es descartar la virtualidad de normas reglamentarias para determinar el importe de lo defraudado a la Seguridad Social, asumir una interpretación restrictiva de la norma penal estar a los taxativos términos de su dicción, con el importante respaldo (sistemático) de que cuando ha querido aludir a los intereses lo ha hecho expresamente.

Referencias:

1. ^ Véase la obra colectiva *Los delitos laborales*, publicada por esta misma Editorial en su Colección de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social nº 30, Madrid, 2024, en especial el estudio de Fulgencio Pagán, págs.. 647 ss.
2. ^ En este punto sigo la exposición realizada en colaboración con Rodrigo Martín Jiménez en *Los delitos laborales*, cit., pág. 11 ss.
3. ^ Como, con todo acierto, expresó la STC 42/1987, de 21 de enero, “la reserva de ley cumple principalmente una función de garantizar la seguridad jurídica (...) y la norma debe formularse con la suficiente precisión para que (...) (su destinatario) pueda prever razonablemente las consecuencias que pueden derivarse de una determinada conducta”. De este modo, no es posible entender suficientemente cumplida la exigencia de tipicidad mediante amplias y vagas remisiones abstractas o mediante descripciones carentes de toda precisión, como tuvo ocasión de razonar el ponente de la importante STS de 10 de noviembre de 1986 (RJ 6647), que anuló el RD 2347/1985, de desarrollo del derogado art. 57 del Estatuto de los Trabajadores de 1980.
4. ^ Entre otras, por citar las primeras, SSTC 42/1987, de 7 de abril, 101/1988, de 8 de junio, 29/1989, de 6 de febrero, 69/1989, de 20 de abril, 219/1989, de 21 de diciembre, 61/1990, de 29 de marzo, 83/1990, de 4 de mayo, 207/1990, de 17 de diciembre, 6/1994, de 17 de enero, 145/1995, de 3 de octubre y 133/1999, de 15 de julio.
5. ^ STS-CONT 13 enero de 1989 (RJ 1989/169).
6. ^ STC 120/1996, de 8 de julio.
7. ^ STC 120/1996.
8. ^ El fundamento de esta prohibición lo expresa perfectamente la STC 151/1997, de 29 de septiembre “el derecho a la legalidad sancionadora debe partir del respeto judicial y, en su caso, administrativo a las palabras de la norma, al significado literal o textual del enunciado que transmite la proposición normativa, pues el legislador expresa el mensaje normativo con palabras y con palabras es conocido por sus destinatarios (...) las normas son necesariamente abstractas y remiten implícitamente a una realidad valorativa subyacente, y dentro de ciertos límites (por todas, STC 111/1993), el propio legislador puede potenciar esa labilidad para facilitar la adaptación de la norma a la realidad (ya en la STC 62/1982; recientemente, STC 53/1994) (...) una resolución judicial condenatoria (...) puede, no obstante, resultar imprevisible para el ciudadano –y, como se ha dicho, no permitirle «programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente» (STC 133/1997)”.

9. ^ ATC 127/1990, de 26 de marzo; en el mismo sentido, SSTC 118/1992, de 16 de septiembre, 111/1993, de 25 de marzo, 62/1994, de 28 de febrero y 24/1996, de 13 de febrero.
10. ^ STC 120/1998, de 15 de junio.
11. ^ STC 118/1992, de 16 de septiembre.
12. ^ SSTC 127/1990, de 26 de marzo, 111/1993, de 25 de marzo, 62/1994, de 28 de febrero, 102/1994, de 11 de abril, 24/1996, de 13 de febrero y 120/1998, de 15 de junio.
13. ^ STC 120/1998, de 15 de junio.
14. ^ Por todas, STC 142/1988, de 12 de julio.
15. ^ STC 120/1998, de 15 de junio (FJ 4º).
16. ^ STC 120/1998, de 15 de junio (FJ 4º i.f.).

§ 4 La vulneración del derecho fundamental de huelga en los supuestos de pluralidad de empleadores vinculados: Externalización y grupos de empresas y alcance de la responsabilidad indemnizatoria por daños y perjuicios.

José Luis Monereo Pérez

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada.
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

Resumen: STS-SOC (Pleno) núm. 1246/2024, de 14 de noviembre (RCO núm. 227/2022). Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego. TELEFÓNICA. S.A.U. Vulneración del derecho de huelga por parte de la empresa principal, que no es la empleadora de los trabajadores huelguistas. Actuación consistente en desviar las órdenes de servicios a otras empresas subcontratadas. La empresa principal incluye la misma cláusula en todas las subcontratas que formaliza con diferentes empresas, que le permite desviar a cualquiera de ellas las órdenes de servicios correspondientes a áreas geográficas distintas a la que tienen asignadas. Esa especial vinculación existente entre la principal y las subcontratadas justifica aplicar en este caso la misma doctrina en materia de huelga que es aplicable en el ámbito de los grupos de empresa. Indemnización por daños morales y controversia jurídica sobre los perjuicios adicionales por los salarios dejados de percibir durante el periodo de ejercicio del derecho fundamental de huelga.

Palabras clave: Externalización de actividades o servicios. Subcontratación productiva o funcional en el marco de los grupos de empresas. Vulneración del derecho fundamental de huelga. Fijación de la responsabilidad indemnizatoria por daños y perjuicios adicionales.

Abstract: STS-SOC (Plenary) No. 1246/2024, of November 14 (RCO No. 227/2022). Speaker: Mr. Sebastián Moralo Gallego. TELEFÓNICA, S.A.U. Infringement of the right to strike by the main company, which is not the employer of the striking workers. Action consisting of diverting service orders to other subcontracted companies. The main company includes the same clause in all the subcontracts that it formalizes with different companies, which allows it to divert to any of them the service orders corresponding to geographical areas other than the one to which they are assigned. This special link between the principal and the subcontractors justifies the application in this case of the same doctrine on strike matters that is applicable in the area of groups of companies. Compensation for moral damages and legal controversy over additional damages for wages lost during the period of exercise of the fundamental right to strike.

Keywords: Outsourcing of activities or services. Productive or functional subcontracting within the framework of groups of companies. Violation of the fundamental right to strike. Determination of liability for additional damages.

"Puede decirse que, en todas sus variantes y en su conjunto, la operación de la más moderna doctrina laboralista refleja y tiende a facilitar (por lo poco o no tan poco que puede) el deslizamiento del sindicato hacia funciones del nivel más bajo (intra-empresarial) y del nivel más alto (económico nacional) de la negociación"

GIOVANNI TARELLO^[1]

I. Introducción

El ejercicio del derecho fundamental de huelga se enfrenta al nuevo escenario de las estrategias empresariales de intensificación del fenómeno de la subcontratación productiva y funcional, la subcontratación en el marco de los grupos de empresas, al uso de las nuevas tecnologías, entre otros mecanismos que son capaces de neutralizar la efectividad propia e inherente al derecho de huelga.

El supuesto fáctico enjuiciado concierne a una relación interempresarial de subcontratación, que involucra a empresas contratistas con el grupo Telefónica como empresa principal, y la convocatoria legítima de una huelga. En la perspectiva procesal todo se inicia cuando el Comité de Empresa de COTRONIC formuló demanda por vulneración del derecho a la huelga solicitando que se declarase que la desviación en cuanto a la asignación y porcentaje de adjudicación de órdenes de servicio pendientes de atender en las zonas asignadas a la empleadora al resto de empresas contratadas en Barcelona que realizó la empresa principal suponía la violación del derecho a la huelga; que se declarase la nulidad de la que se decía conducta antisindical contraria al derecho de huelga de las codemandadas, COTRONIC y TELEFÓNICA, y la condena solidaria de ambas a indemnizar los daños y perjuicios causados a los trabajadores en el seguimiento de las jornadas de huelga por suma global de 55.274,90 euros (acompañaba listado individualizando el crédito de cada trabajador afectado e identificando las jornadas de seguimiento de y por cada uno de ellos), más otros 50.000 euros por daños morales.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 1246/2024, de 14 de noviembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de casación ordinaria núm. 227/2022.

ECLI:ES:TS: 2024:5730.

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión a resolver es la de determinar si la actuación de la empresa codemandada, que no es la empleadora de los demandantes, ha supuesto una vulneración del derecho de huelga, así como decidir si se encuentra prescrita la acción y el importe de la indemnización a pagar, en su caso, a los huelguistas. La sentencia de la Sala Social del TSJ de Cataluña de 20 de octubre de 2021, autos 2/2021, acoge en parte la demanda. Declara que TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU (en adelante TELEFÓNICA) incurrió en conducta antisindical y vulneró el derecho de huelga, al desviar la producción a otras empresas para sustituir la actividad de la empleadora de los actores, CONSTRUCCIONES DE LAS CONSTRUCCIONES DEL SUR SA, (en adelante COTRONIC) durante el periodo de seguimiento de huelga, entre el 16/7/2018

y el 16/1/2019. Condena a ambas codemandadas a estar y pasar por tal declaración. Fija en 25.000 euros el importe de la indemnización por daños morales a pagar por TELEFÓNICA, a razón de 431 euros a cada uno de los 58 trabajadores demandantes, además del pago de las retribuciones correspondientes a las jornadas de huelga.

Recurren en casación la codemandada TELEFÓNICA, y también los demandantes. El recurso de TELEFÓNICA se articula en cinco motivos diferentes. El Tribunal Supremo estima en parte el recurso de TELEFÓNICA y desestima TELEFÓNICA en su integridad el de los trabajadores

IV. Posición de las partes

1º. *Parte empresarial:* El recurso de TELEFÓNICA se articula en cinco motivos diferentes. Los tres primeros interesan la modificación del relato de hechos probados. El motivo cuarto denuncia infracción de los arts. 28.2 CE; 6.5 RD Ley 17/1977, de 4 de marzo; art. 4.1 e) ET; 8.10 del RDL 5/2000 y art. 183. 1 y 2 m, en relación con el art. 179.3 LRJS. Sostiene, que la sentencia recurrida se sustenta exclusivamente en el contenido de las actas emitidas por la Inspección de Trabajo, sin tener en cuenta la prueba aportada al proceso, que las actas no son firmes porque se encuentran recurrida, y que la presunción de certeza no puede extenderse a las valoraciones y consideraciones jurídicas expresadas en las mismas. De lo que concluye, que no ha quedado acreditado que TELEFÓNICA hubiere incurrido en conducta contraria al derecho de huelga de los demandantes, toda vez que su actuación se ajustó a los parámetros ordinarios y habituales en la gestión de las subcontratadas que mantiene con diferentes empresas en las que ninguna de ellas tiene la exclusividad en una determinada zona. Con esa base niega que deba ser condenada al abono de indemnización alguna. En un segundo apartado invoca la vulneración de los arts. 183.1 y 2 LRJS, en relación con el art. 179.3 del mismo texto legal, para negar que los demandantes tengan derecho a una indemnización de daños y perjuicios equivalente a los salarios dejados de percibir durante la huelga. El quinto motivo del recurso se formula con carácter subsidiario al anterior. Denuncia infracción de los artículos 59.1 y 2 ET, en relación con el art. 179.2 LRJS y 1973 del Código Civil. Alega la prescripción de la acción formulada por los trabajadores, al haber transcurrido más de un año desde la finalización de la huelga.

2º. *Parte Social:* El recurso de los demandantes se articula en tres diferentes motivos. El primero pretende la modificación de varios de los hechos probados. El segundo denuncia infracción del art. 218 LEC. Alega que la sentencia ha incurrido en incongruencia omisiva, o más bien en un simple error, al entender que el importe de la reclamada indemnización por daños es de 25.000 €, cuando en realidad se ha cuantificado en 50.000 €, debiendo ser esta la suma en la que ha de fijarse su importe porque los razonamientos de la sentencia avalan su íntegra estimación. Con carácter subsidiario se formula el motivo tercero, que denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 CE, para que se declare la nulidad de la sentencia de instancia con reposición de las actuaciones al momento anterior a la misma, al objeto de que se dicte una nueva sentencia que se pronuncie sobre la reclamación por daño moral de la indemnización de 50.000 €.

Por su parte, el Ministerio Fiscal informa que deben desestimarse ambos recursos. Cada una de las partes ha impugnado el recurso de la contraria para solicitar su desestimación. La codemandada COTRONIC no se ha personado.

V. Normativa aplicable al caso

-Artículos 207 y 183 apartados 1 y 2, en relación los artículos 179, 2 y 3. 183. 1 y 2, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

-Artículos 28.2 y 24 de la Constitución Española (en adelante, CE).

-Artículo 6.5 del Real Decreto Ley 17/1977 de 4 de marzo.

-Artículos 4.1 e), 42, 45.1.I) y 2, y 59, apartados 1 y 2, del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET).

-Artículo 8.10 del RDL 5/2000.

-Artículo 1973 del Código Civil.

-Artículo 218 LEC.

-Artículo 197 LOPJ.

VI. Doctrina básica

-Se declara la vulneración del derecho de huelga a través de la utilización de los servicios de los trabajadores de la empresa contratista con la que la empresa principal tiene una relación contractual para la gestión descentralizada de parte de sus actividades, en el sentido del art. 42 del ET, y acuerdos mercantiles de cobertura flexible de otras actividades o servicios de la empresa principal. Estos acuerdos mercantiles de subcontratación incluyen unas mismas cláusulas, que le permiten a la empresa principal utilizar indistintamente los servicios de unos u otra de las empresas subcontratadas en la misma zona geográfica atribuida de ordinario a otra.

- Se estima en parte el cuarto de los motivos del recurso de Telefónica, para revocar la sentencia de instancia en el extremo relativo a la condena a la empresa recurrente al pago de la indemnización correspondiente a los salarios dejados de percibir por cada uno de los trabajadores demandantes en concepto de daño material por lucro cesante. Ciertamente, casos particulares, en los que las singulares circunstancias concurrentes pudieren justificar la extraordinaria decisión del órgano judicial de considerar motivadamente la pérdida del salario como un perjuicio adicional a los daños morales que hayan de ser indemnizados por la empresa. Interferencias vulneradoras del derecho de huelga que merecen el reproche de generar una indemnización por daños morales a los trabajadores afectados, pero que no han alcanzado un nivel de intensidad tan grave como para impedir o neutralizar la huelga, por lo que tampoco pueden considerarse causantes de un perjuicio adicional que obligue al abono de una segunda indemnización consistente en el pago de los salarios correspondientes al periodo de huelga. Pero la sentencia recurrida no justificada adecuadamente y de manera motivada la existencia de circunstancias excepcionales que acrediten daños adicionales de los que pudiere derivarse esa consecuencia, ni en la demanda se han expuesto por parte de los trabajadores los concretos hechos que pudieren conducir a ese mismo resultado.

VII. Parte dispositiva

Conforme a lo razonado y oído el Ministerio Fiscal, debemos estimar en parte el recurso de la empresa y desestimar en su integridad el de los trabajadores, para casar y anular parcialmente la sentencia, en el único sentido de absolver a la recurrente de la pretensión relativa al pago de los salarios dejados de percibir durante el desarrollo de la huelga en concepto indemnización de daños y perjuicios, desestimando en este extremo la demanda y confirmando en todo los demás la sentencia recurrida. Sin costas.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido : 1. Desestimar el recurso de casación interpuestos por D. Juan Pablo y otros, y estimar en parte el formulado por Telefónica de España, S.A.U., contra la sentencia dictada el 20 de octubre de 2021 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en demanda sobre tutela de derechos fundamentales núm. 2/2021, seguida a instancia de D. Juan Pablo y otros, contra Construcciones de las Conducciones del Sur, S.A. (COTRONIC, S.A.) y Telefónica de España, S.A.U.; con intervención del Ministerio Fiscal. 2. Revocar en parte la sentencia, en el único sentido de absolver a Telefónica, S.A.U. de la pretensión relativa al pago de los salarios dejados de percibir por los trabajadores durante el desarrollo de

la huelga en concepto indemnización de daños y perjuicios, desestimando en este extremo la demanda y confirmando en todo los demás la sentencia recurrida. Sin costas

VIII. Pasajes decisivos

La resolución del recurso exige en consecuencia partir del indiscutido e incuestionable hecho de que la actuación de TELEFÓNICA ha sido la de incrementar durante la huelga el porcentaje de órdenes de servicio de COTRONIC que habitualmente desplaza a otras empresas en los periodos normales de actividad. A lo que además se añade, que no ha impartido directrices para evitar que se produjera ese mayor número porcentual de sustituciones de COTRONIC durante la huelga. Como bien razona la sentencia, el hecho de que TELEFÓNICA esté obligada a atender un servicio público no podría justificar en ningún caso una actuación contraria al derecho de huelga. Para eso está la fijación y establecimiento de los oportunos servicios mínimos, que ni siquiera constan en el presente supuesto. Debemos ahora analizar si esa actuación de la empresa principal supone una vulneración del derecho de huelga de los trabajadores de la subcontrata. La STS 721/2024, de 22 de mayo (rec. 145/2023), recuerda la doctrina de esta Sala IV en relación con la problemática jurídica que presenta la eventual vulneración del derecho de huelga por parte de empresas distintas de la empleadora, que generalmente se produce a través de fenómenos de externalización de la actividad productiva mediante la subcontratación de servicios.

Esto es lo que nos lleva a entender que, en el contexto de esas relaciones tan intensas entre las diferentes empresas, en razón de los vínculos tan singularmente relevantes que entre ellas existen, la actuación de la empresa principal vulnera el derecho de huelga de los trabajadores de la contrata si la sustituye por una tercera empresa, modificando de esta forma y de manera temporal el proceso productivo habitual, con la evidente intención de minimizar los efectos de la huelga y de volver a la práctica productiva ordinaria una vez que finalice.

No solo en los casos de grupo de empresas, sino, también, en supuestos como el presente, en los que no se trata de una mera y simple subcontratación de servicios entre una empresa principal y la contrata en la que se convoca la huelga, que pudiese permitir a la principal recurrir a los servicios de una tercera empresa porque no existe entre ellas ninguna especial y singular vinculación, en los términos que admiten las sentencias mencionadas en el primer apartado de este mismo fundamento de derecho.

IX. Comentario

Es posible la vulneración del derecho de huelga en supuestos de convivencia entre una pluralidad de empresarios vinculados entre sí. Es el caso de los supuestos del trabajo en régimen de subcontratación y de los grupos de empresas.

En las SSTS 11 de febrero de 2015, rec. 95/2014, y 20 de abril de 2015, rec. 354/2014-, se analiza el supuesto de dos empresas que se encuentran integradas en el mismo grupo societario, en una de las cuales hay convocada una huelga y la otra introduce modificaciones extraordinarias y no habituales en su proceso productivo para minimizar los efectos de esa huelga, mediante la subcontratación con una tercera empresa de los mismos servicios que le prestaba la empresa en huelga. Obviamente, eso no es lo que sucede en el presente asunto, en el que ningún vínculo de tal naturaleza existe entre TELEFÓNICA y COTRONIC, que no pertenecen al mismo grupo empresarial. Pero esto no quiere decir que no haya de aplicarse ese mismo criterio cuando existen vínculos especialmente intensos entre la empresa principal, la subcontratada que se encuentra en huelga, y las terceras empresas a las que recurre la principal para que preste esos mismos servicios durante el periodo de huelga, en sustitución de los que ordinariamente corresponden a la otra contratista.

La situación jurídica de grupo de empresa no es la única en la que debe operar esa doctrina, sobre el alcance del derecho de huelga en su afectación a terceras empresas

que no son empleadoras de los trabajadores huelguistas. Ya hemos dicho que la STC 75/2010, de 19 de octubre, admite que los derechos fundamentales de los trabajadores pueden ser vulnerados por quien no es su empresario en la relación laboral, pero interviene o interactúa con él "en conexión directa con la relación laboral". La especial intensidad y singular naturaleza de esa conexión entre las empresas implicadas es lo que resulta realmente determinante para decidir si la actuación de la empresa principal supone una vulneración del derecho de huelga de los trabajadores de la contrata. Ya sea porque todas esas empresas forman parte del mismo grupo societario y están, sin duda, condicionadas "por estrategias conjuntas de producción, comerciales o de otro tipo", ya fuere porque esos mismos condicionamientos se deriven de la especial vinculación que pudiere existir entre todas ellas por cualquier otra circunstancia fáctica o jurídica que resulte relevante a estos efectos.

Esto es lo que lleva a entender que, en el contexto de esas relaciones tan intensas entre las diferentes empresas, en razón de los vínculos tan singularmente relevantes que entre ellas existen, la actuación de la empresa principal vulnera el derecho de huelga de los trabajadores de la contrata si la sustituye por una tercera empresa, modificando de esta forma y de manera temporal el proceso productivo habitual, con la evidente intención de minimizar los efectos de la huelga y de volver a la práctica productiva ordinaria una vez que finalice.

La STC 123/1992, de 28 de septiembre, razona que "el derecho de huelga, que hemos calificado ya como subjetivo por su contenido y fundamental por su configuración constitucional, goza además de una singular preeminencia por su más intensa protección. En efecto, la Constitución reconoce en su art. 37.2 el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo, pero desgaja de este marco general una de ellas, la huelga, para colocarlo en lugar preferente, el art. 28, confiriéndole -como a todos los de su grupo- una mayor consistencia que se refleja en el mayor rango exigible para la Ley que lo regule y en la más completa tutela jurisdiccional, con un cauce procesal ad hoc en la vía judicial ordinaria y el recurso de amparo ante nosotros (artículos 53, 81 y 161 C.E.). La preeminencia de este derecho produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial. Tal sucede con la potestad directiva del empresario, regulada en el art. 20 del ET". Y estas limitaciones del poder de dirección del empresario deben igualmente alcanzar a la empresa principal que no es empleadora de los trabajadores huelguistas, en aquellos casos en los quede acreditada la existencia de vínculos de especial intensidad entre las diferentes empresas implicadas. Tal y como así sucede en el presente asunto, en el que TELEFÓNICA tiene subcontratada la misma actividad con diferentes empresas, y en todos y cada uno de los acuerdos mercantiles de subcontratación incluyen unas mismas cláusulas, que le permiten utilizar indistintamente los servicios de unos u otra de las empresas subcontratadas en la misma zona geográfica atribuida de ordinario a otra. Al punto, incluso, de que TELEFÓNICA, en su condición de empresa principal, ha elaborado un protocolo de socorro y ayudas para empresas colaboradoras, mediante el que regula las sustituciones entre ellas en los supuestos de aumento de demanda de servicios en una determinada zona geográfica que no pueda ser atendida por la contratista con quien se concertó la actividad, para derivar en esos casos las órdenes de servicio a terceras empresas contratistas. No se trata de una situación de grupo de empresas, pero sí de colaboración contractual empresarial entre ellas. No cabe duda de que esas posibilidades de coordinación y puesta en común de la estrategia productiva que ese modo de operar permite, es ciertamente muy similar a las dinámicas de funcionamiento coordinado de las empresas del grupo, que nuestra doctrina ha venido a considerar como relevantes para valorar la posible vulneración del derecho de huelga por parte de una empresa principal que no es la empleadora de los huelguistas. En un supuesto tan singular como el analizado concurren las mismas razones que avalan esa doctrina, en la medida en que la empresa principal ha incluido en todos los acuerdos con las subcontratas una previsión de actuación coordinada que le permite recurrir a los servicios de cualquiera de ellas cuando le resulte necesario en una zona geográfica distinta a la que cada una tiene concretamente asignada. En ese

contexto, la actuación de la empresa principal es sin duda similar y parangonable, a estos efectos, con la que se produce en el seno de un mismo grupo empresarial, en la medida en que la principal ha tejido unos vínculos de interconexión entre las distintas empresas subcontratadas para garantizarse y poder exigir, como obligación contractual, a cada una de ellas su intervención en defecto de las otras.

Entra dentro de la libertad de mercado un pacto de esa naturaleza, libremente aceptado por todas las empresas implicados. La regular y ordinaria activación de esa facultad por parte de TELEFÓNICA resulta perfectamente ajustada a derecho y no merece reproche judicial alguno. Pero la utilización de esa posibilidad resulta en cambio vulneradora del derecho de huelga, cuando se utiliza, precisamente, para sustituir la actividad de alguna de las empresas subcontratadas que se ha visto afectada por encontrarse sus trabajadores en huelga. Por tanto, tal actuación de TELEFÓNICA ha vulnerado el derecho de huelga de los trabajadores de COTRONIC,

Una vez acreditada la vulneración de huelga se trata de decidir el alcance de la indemnización en los términos reclamados por los demandantes. De la conjunta integración de estos preceptos legales (arts. 182 y 183) se desprende que la vulneración por la empresa de los derechos fundamentales de los trabajadores puede llevar aparejada el pago de una indemnización de los daños y perjuicios sufridos, así como también de los daños morales derivados de esa infracción. A los demandantes les corresponde alegar la existencia de tales daños y la de identificar en su demanda los perjuicios sufridos. El órgano judicial puede determinar prudencialmente su importe cuando constate que efectivamente se ha producido ese daño, pero resulte demasiado difícil o costosa la prueba de su importe exacto. En el presente asunto los demandantes reclaman una indemnización por daños morales de 50.000 euros, así como otra por los perjuicios sufridos equivalente a la totalidad del salario dejado de percibir por cada uno de ellos durante el periodo de huelga. El recurso de TELEFÓNICA no cuestiona la indemnización por daños morales, pero niega que los huelguistas tengan igualmente derecho a los daños y perjuicios consistentes en los salarios dejados de percibir durante la huelga. Tiene razón en este extremo la recurrente. Como establece el art. 6.2 RDL 17/1977, de 4 de marzo, "Durante la huelga se entenderá suspendido el contrato de trabajo y el trabajador no tendrá derecho al salario"^[2]. La pérdida del salario es consustancial e inherente al ejercicio del derecho de huelga. No es por lo tanto consecuencia de la posible actuación vulneradora del derecho de huelga que pudiese llevar a cabo la empresa. Una posible indemnización adicional no puede sin más ser reparada por la vía de fijar una indemnización de daños y perjuicios equivalente al salario dejado de percibir durante la huelga, cuando ya se ha reconocido por ese mismo motivo una indemnización por daños morales.

Tratándose del derecho de huelga, la pérdida del salario no es un perjuicio derivado de la actuación infractora de la empresa, sino un efecto legal del propio y regular ejercicio por parte del trabajador de dicho derecho. De tal forma que el trabajador perderá en todo caso su salario, con independencia y al margen de que el empresario pudiese haber realizado algún tipo de actuación contraria al derecho de huelga. El daño moral que conlleve la ilícita actuación empresarial que vulnera ese derecho fundamental debe ser indemnizado en tal concepto. Pero la pérdida del salario no puede calificarse como un daño y perjuicio adicional derivado de esa infracción. Eso no quiere decir que los trabajadores no puedan acreditar la existencia de otros perjuicios adicionales al daño moral, que hayan de ser igualmente indemnizados. El art. 183.1 LRJS admite la posibilidad de fijar dos indemnizaciones diferentes, una por los daños morales y otra por los perjuicios adicionales sufridos por el trabajador como consecuencia de la infracción por la empresa de sus derechos fundamentales. Nada impide que la vulneración del derecho de huelga genere esa clase de perjuicios adicionales, distintos y diferentes al puro daño moral, ocasionados por la ilegal conducta empresarial. A los trabajadores les corresponde la alegación y prueba de la existencia de esos daños adicionales a los estrictamente morales. Con carácter general, no puede calificarse como tal la simple pérdida del salario, que es un efecto legal derivado del propio ejercicio del derecho de huelga por parte del

trabajador, ajeno e independiente de la posterior actuación, legal o ilegal, que pueda seguir la empresa. Esto es lo que sucede en el caso examinado con la vulneración del derecho de huelga, en el que la pérdida salarial sufrida por el trabajador no es consecuencia de la infracción en la que pudiese haber incurrido la empresa, sino que es un efecto legal derivado del propio y ordinario ejercicio de ese derecho.

Lo que conduce al Tribunal Supremo a estimar en parte el cuarto de los motivos del recurso de la empresa, para revocar la sentencia de instancia en el extremo relativo a la condena a la empresa recurrente al pago de la indemnización correspondiente a los salarios dejados de percibir por cada uno de los trabajadores demandantes en concepto de daño material por lucro cesante. Y desestima en su integridad el de los trabajadores, para casar y anular parcialmente la sentencia, en el único sentido de absolver a la recurrente de la pretensión relativa al pago de los salarios dejados de percibir durante el desarrollo de la huelga en concepto indemnización de daños y perjuicios, desestimando en este extremo la demanda y confirmando en todo los demás la sentencia recurrida.

Sin embargo, es relevante detenerse mínimamente en el análisis de la indemnización por vulneración del derecho fundamental de huelga. La vulneración por la empresa de los derechos fundamentales de los trabajadores puede llevar aparejada el pago de una indemnización de los daños y perjuicios sufridos, así como también de los daños morales derivados de esa infracción. A los demandantes les corresponde alegar y probar la existencia de tales daños y la de identificar en su demanda los perjuicios sufridos. El órgano judicial puede determinar prudencialmente su importe cuando constate que efectivamente se ha producido ese daño, pero resulte demasiado difícil o costosa la prueba de su importe exacto^[3]. La regla general –deducible de la lógica interna del sistema de regulación legal– es que la eventual indemnización adicional no se puede hacer coincidir con los salarios dejados de percibir por los trabajadores huelguistas, ya que éste es el efecto jurídico suspensivo normal de la huelga^[4]. No obstante, la propia sentencia admite la posibilidad de que en ciertos supuestos de singular gravedad lesiva del derecho la indemnización adicional consiste en el abono de los salarios dejados de percibir. Ello supone que, en tales casos excepcionales, el órgano judicial puede determinar ese importe haciéndolo coincidir con los salarios dejados de percibir. Su decisión dependerá de las circunstancias del caso y señaladamente de la entidad e intensidad de la neutralización de los efectos inherentes a la huelga legítima (especial gravedad del daño causado). Esto abre una posibilidad real, siquiera sea excepcional, de establecer ese modo de resarcimiento del daño o perjuicio adicional,

En efecto, hace notar el Tribunal Supremo que *podría admitirse excepcionalmente la posibilidad de condenar a la empresa infractora al pago de los salarios correspondientes al periodo de huelga, en supuestos muy extremos en los que esa actuación vulneradora del derecho fundamental revista especiales dosis de gravedad, hasta el extremo de hacer absolutamente ineficaz y neutralizar totalmente la huelga, privándola íntegramente de cualquier efecto y de la más mínima repercusión en la actividad de la empresa, al punto de impedir cualquier manifestación de sus efectos*. En casos particulares, en los que las singulares circunstancias concurrentes pudieren justificar la extraordinaria decisión del órgano judicial de considerar motivadamente la pérdida del salario como un perjuicio adicional a los daños morales que hayan de ser indemnizados por la empresa. Interferencias vulneradoras del derecho de huelga que merecen el reproche de generar una indemnización por daños morales a los trabajadores afectados, pero que no han alcanzado un nivel de intensidad tan grave como para impedir o neutralizar la huelga, por lo que tampoco pueden considerarse causantes de un perjuicio adicional que obligue al abono de una segunda indemnización consistente en el pago de los salarios correspondientes al periodo de huelga.

Ahora bien, en el caso de autos, entiende el Alto Tribunal que la sentencia recurrida no justificada adecuadamente –prueba de los hechos– y de manera motivada –juicio de racionalidad– la existencia de circunstancias excepcionales que acrediten

perjuicios adicionales de los que pudiere derivarse esa consecuencia, ni en la demanda se han expuesto por parte de los trabajadores los concretos hechos que pudieren conducir a ese mismo resultado de exigibilidad jurídica. Solo consta que TELEFÓNICA no dio instrucciones expresas para que las órdenes de servicios no atendidas por los trabajadores de la empresa en huelga no fuesen adjudicadas a terceras empresas colaboradoras, y que el porcentaje de adjudicación a terceras empresas en la zona de COTRONIC resultó ser comparativa y significativamente superior durante el periodo de huelga en relación con los demás meses del año. En sentido contrario, COTRONIC recibió órdenes de servicios durante la huelga para actuar en zonas geográficas asignadas a otras empresas. Esa actuación es la que precisamente genera la calificación jurídica de vulneradora del derecho de huelga, lo que conlleva la indemnización por daños morales, pero no puede considerarse de una gravedad tan extremo como para justificar la condena al pago de una indemnización adicional equivalente a los salarios dejados de percibir por los trabajadores durante la huelga, cuya eficacia no quedó en modo alguno neutralizada hasta el punto de resultar absolutamente ineficaz y carente de cualquier y mínima repercusión en la actividad de la empresa. Pero resulta relevante que queda abierta la imposición de esa indemnización adicional por equivalente cuando concurren las circunstancias de singular gravedad en la neutralización de la efectividad lesiva que le es inherente a la huelga (es decir, cuando se acredite la existencia de esa eficacia “neutralizada hasta el punto de resultar absolutamente ineficaz y carente de cualquier y mínima repercusión en la actividad de la empresa”, en los términos utilizados en esta excelente sentencia del Tribunal Supremo).

X. Apunte final

Aparte de las prácticas ilícitas entre empresas en vinculadas en estructura de grupo para neutralizar los efectos legítimos del derecho de huelga, la sentencia objeto de comentario tiene la virtualidad loable de llegar a abarcar extensivamente a todos los supuestos de externalización productiva o funcional potencialmente utilizables como instrumento anómalo al servicio de la finalidad ilícita de vulnerar el derecho de huelga, privándolo de su efectividad real (eficacia lesiva sobre la organización y productividad empresarial que le es inherente y forma parte ineludible de su contenido esencial; artículos 28.2 y 53.1 de la CE), comprendiendo los casos de pluralidad de empresas vinculadas por diversos lazos, jurídicos o fácticos de relevancia para el orden jurídico^[5]. De este modo, lo relevante será que los poderes de dirección y organización empresarial no puedan ser utilizados ilícitamente para vulnerar el derecho de fundamental de huelga.

La preeminencia de este derecho fundamental de huelga produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial. Tal sucede con la potestad directiva del empresario, regulada en el art. 20 del ET. *Y estas limitaciones del poder de dirección del empresario deben igualmente alcanzar a la empresa principal que no es empleadora de los trabajadores huelguistas, en aquellos casos en los quede acreditada la existencia de vínculos de especial intensidad entre las diferentes empresas implicadas.* Pero, interesa realzar, que no sólo se trata aquí del uso de los poderes estrictamente contractuales laborales del empleador, sino también –de modo no menos incisivo– de los poderes organizativos y formas de colaboración interempresarial, los cuales no pueden ser utilizados disfuncionalmente para vulnerar el derecho de huelga. En este sentido se introduce un límite intrínseco al ejercicio de la libertad de organización empresarial (art. 38 de la Constitución); libertad empresarial de carácter general en el marco de la economía de mercado, a la cual, por cierto, se anudan también aquellos poderes directivos contractuales del empleador atribuidos *ope legis* ex artículos 1.1 y 20.1 del ET y normas concordantes^[6].

Referencias:

1. ^ TARELLO, G.: *Teorías e ideologías en el Derecho Sindical*, traducción y Estudio preliminar, "Cultura jurídica y pluralismo jurídico-sindical en Giovanni Tarello (pp. VII-XCV), a cargo de J.L. Monereo Pérez y J. A. Fernández Avilés, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002, p. 203.
2. ^ Cfr. Art. 45.1. "El contrato de trabajo podrá suspenderse por las siguientes causas: [...] 1) Ejercicio del derecho de huelga [...]. 2. La suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo".
3. ^ Artículos 182, 183 y 179.3 de la LRJS.
4. ^ A los trabajadores les corresponde la alegación y prueba de la existencia de esos daños adicionales a los estrictamente morales. Con carácter general, no puede calificarse como tal la simple pérdida del salario, que es un efecto legal derivado del propio ejercicio del derecho de huelga por parte del trabajador, ajeno e independiente de la posterior actuación, legal o ilegal, que pueda seguir la empresa.
5. ^ El art. 87 del ET, aunque a efectos de legitimación de los convenios colectivos, distingue entre "convenios para un grupo de empresas" y "convenios que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación".
6. ^ Véase la STC 123/1992, de 28 de septiembre, cuya doctrina reitera oportunamente la STS 1246/2024 aquí comentada. Al respecto, MONEREO PÉREZ, J. L.: "La huelga como derecho constitucional: la técnica específica de organización jurídico-constitucional de la huelga (I y II)", en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, números 27-28 (1993), especialmente (I), pp. 55-60 ("Situación jurídico-pasiva "refleja": El deber fundamentalmente negativo de respeto y reconocimiento "erga omnes" y la posición de especial subordinación del empleador"); MONEREO PÉREZ, J.L., Y ORTEGA LOZANO, P.G.: *El derecho de huelga. Configuración y estudio de su régimen jurídico*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2019, pp. 405-420 ("La huelga en grupos de empresas y redes empresariales: a propósito del esquirolaje externo"), y bibliografía allí citada.

§ 5 El empresario debe escuchar al trabajador antes de proceder a su despido disciplinario: un inesperado giro jurisprudencial y un aluvión de incógnitas por despejar.

Emilio Palomo Balda

Magistrado (jubilado) de la jurisdicción social.

Resumen: En la sentencia de fecha 18 de noviembre de 2024, aprobada en Sala General, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, corrigiendo la posición fijada a finales de los años ochenta del pasado siglo, declara que el empleador, antes de extinguir la relación laboral invocando una causa disciplinaria, debe ofrecer al trabajador la oportunidad de defenderse de los cargos formulados en su contra, obligación de la que únicamente se le puede exonerar si median motivos razonables que lo justifiquen. La decisión adoptada encuentra apoyo en el art. 7 del convenio 158 de la OIT de 1982 (vigente en España desde 1986), que el órgano de casación, rectificando la interpretación inicial, considera de directa aplicación, sin que sea necesario un desarrollo normativo para su cumplimiento, entendiéndose, además, que esa disposición debe prevalecer sobre lo previsto en el artículo 55.1 ET, que no impone la realización de ese trámite. A la espera de la regulación legal y convencional colectiva que concrete la forma en que las empresas han de garantizar el derecho de audiencia, el nuevo criterio jurisprudencial plantea una serie de interrogantes a los que se intenta dar respuesta en el apartado final del presente comentario. En lo que respecta al alcance temporal de la nueva concepción doctrinal, el tribunal advierte que no afecta a los despidos disciplinarios efectuados con anterioridad a la publicación de la sentencia, al concurrir la salvedad que contempla la norma internacional objeto de exégesis, que permite valorar la causa por la que el empleador no da audiencia previa al trabajador. Acogiéndose a esa excepción, argument

Palabras clave: Despido disciplinario. Requisitos de forma. Audiencia previa al trabajador. Control de convencionalidad. Convenio 158 OIT.

Abstract: As declared by the Spanish Supreme Court, it is mandatory to hear the employee before proceeding with dismissal on disciplinary grounds. This ruling modifies its previous doctrine in accordance with article 7 of ILO Convention 158.

Keywords: Processing of disciplinary dismissal. Preliminary hearing; Conventionality control. ILO Convention 158.

I. Introducción

La exposición estructurada del contenido de la sentencia reseñada^[1] aconseja identificar y sintetizar los tres problemas básicos que aborda. En primer lugar, el tribunal reflexiona sobre la exigibilidad en nuestro derecho interno del requisito formal de la audiencia previa del trabajador a la luz de lo dispuesto en el art. 7 del convenio

158 de la OIT, lo que le lleva a replantearse su doctrina anterior y a admitir, de un lado, que dicho precepto, dado su carácter concreto, completo y autosuficiente, es directamente aplicable (FJ 3º, 3 a 5) y, de otro, que el derecho que consagra no puede confundirse con otros que le corresponden al trabajador tras la extinción de su contrato (FJ 3º, 6), apartándose en ambas cuestiones del posicionamiento precedente. En segundo término, el órgano de casación efectúa el control de convencionalidad de la disposición mencionada y de la interna que fija los requisitos formales para la validez del despido disciplinario - art. 55.1 ET - que no contiene la exigencia controvertida, ejercicio hermenéutico de selección de la norma aplicable que le lleva a concluir que la de carácter internacional es la que ha de aplicarse de modo preferente, colmando la regulación en la materia (FJ 3º, 7 y 8).

La decisión sobre esos dos primeros puntos no ha suscitado especial controversia, que si ha generado la referida al alcance temporal del pronunciamiento, al dotarle únicamente de eficacia pro futuro, esto es, respecto de aquellos despidos que se produzcan a partir de la fecha de la publicación de la sentencia (FD 3º,9).

Junto a los temas indicados, la sentencia incorpora consideraciones de gran interés sobre la razón de ser de la audiencia previa (FJ 3º, 4 a 6).

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala Cuarta del Tribunal Supremo (Pleno).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 1250/2024, de 18 de noviembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUd núm. 4735/2023.

ECLI:ES:TS:2024:5454

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm. Sra. Dña. María Luz García Paredes

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La sentencia anotada resuelve el RCUd interpuesto por la entidad demandada en el proceso contra la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de las Islas Baleares que, estimando el recurso de suplicación formulado por el trabajador, calificó como improcedente el despido disciplinario notificado el 31 de marzo de 2021. El actor, que ejercía funciones docentes en la Escuela de Arte Dramático regentada por una Fundación del sector público, fue despedido por transgresión de la buena fe contractual, que se concretaba en haber incurrido en comportamientos inapropiados con sus alumnas, cargados de connotaciones sexuales o sexistas. El Juzgado de lo Social desestimó la demanda, pero el órgano de suplicación revocó el fallo de instancia fundando su resolución en que el demandante no había sido oído previamente a la notificación de la medida extintiva, audiencia que estimó preceptiva conforme a lo establecido en el art. 7 del convenio 158 de la OIT.

Mediante auto de 8 de mayo de 2024, la Sala decretó la inadmisión parcial del RCUd, en lo concerniente a la denuncia de incongruencia "extra petita", razonando que del hecho de que la sentencia impugnada hubiese considerado aplicable el precepto mencionado, en lugar del art. 98 del EBEP alegado por el recurrente, no derivaba el vicio aducido. En esa misma resolución, acordó la admisión del recurso en lo que respecta a la segunda materia de contradicción para la que se aportó como términos de contraste la sentencia de la Sala 4ª, de 15 de septiembre de 2008, que dictaminó que la garantía del art. 7 del convenio queda cubierta con el sistema formal que configura el artículo 55.1 ET. De ese modo, el debate casacional se centró en

dilucidar si el empleador debe dar audiencia al trabajador como formalidad previa al despido disciplinario en cumplimiento de la disposición supranacional aludida.

IV. Posición de las partes

Las posiciones de las partes se corresponden con el tenor de las doctrinas opuestas.

V. Normativa aplicable al caso

La cuestión a la que se enfrenta el Tribunal Supremo está sujeta a un marco normativo amplio y complejo que involucra disposiciones de carácter supranacional (arts. 1 y 7 del Convenio núm. 158 de la OIT), constitucional (art. 96.1 CE) y de legalidad ordinaria interna, incluyendo normas generales relativas a la aplicación de los tratados internacionales (arts. 23, 29, 30 y 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre) y de índole laboral (art. 55.1 ET)

VI. Doctrina básica

A) Aplicabilidad directa del art. 158 Convenio 158 OIT y juicio de convencionalidad

Esta disposición goza de aplicabilidad directa, al merecer la calificación de “*completa o aplicable en forma automática, sin precisar de normas de ejecución que deban dictarse por España ya que está suficiente y debidamente concretados sus términos*”, de manera que su cumplimiento puede ser analizado en el proceso judicial, como sucede con el resto de requisitos formales que rodean la decisión de despedir disciplinariamente.

Una vez asentada la premisa de la operatividad automática del mandato que se establece en el susodicho artículo 7, y constatada su falta de recepción en el ordenamiento jurídico interno, que tras la publicación del convenio no lo incorporó al art. 55.1 ET, el Tribunal Supremo efectúa el juicio de convencionalidad, colmando la laguna normativa, proclamando la aplicación directa de la disposición internacional.

B) Función del trámite de audiencia

El art. 7 del convenio núm. 158 de la OIT reconoce y garantiza el previo derecho del trabajador de defenderse de las imputaciones que pudieran dar lugar a la adopción de la medida de despido disciplinario, refutándolas o desmintiéndolas. La finalidad de ese requisito es que el trabajador sea escuchado sobre los hechos que el empleador considera merecedores de ser sancionados antes de que adopte una decisión que, con ese conocimiento, a lo mejor no hubiera tomado

C) Excepción a la exigibilidad de la audiencia y su aplicación en el caso

El carácter preceptivo de la audiencia previa del trabajador cuenta con una excepción recogida en el propio art. 7, que legitima su inobservancia cuando al empleador no se le pueda pedir razonablemente que cumpla ese trámite, cláusula abierta que resulta ser el portillo que abre el Tribunal Supremo para cimentar la conclusión de que dicha exigencia no alcanza a despidos anteriores a la fecha en que la sentencia fue publicada.

VII. Parte dispositiva

Dejando al margen los pronunciamientos accesorios, la sentencia estima el RCUD interpuesto por el empleador, casando parcialmente la sentencia impugnada, decisión que encuentra su fundamento y justificación en la apreciación realizada en la sentencia de suplicación en torno a la insuficiencia fáctica y la falta de motivación sobre la valoración de la prueba de la que adolecía la dictada por el Juzgado de lo Social. Por ello, el Tribunal Supremo, descartada la existencia de defectos formales en la adopción del despido, declara la nulidad de la sentencia de instancia y acuerda la devolución de las actuaciones al Juzgado para que profiera una nueva en la que, una vez subsanadas las irregularidades advertidas, resuelva la cuestión de fondo.

VIII. Pasajes decisivos

A) Aplicabilidad directa del art. 7 del convenio 158 de la OIT y juicio de convencionalidad

"El requisito que establece es muy concreto y de alcance general, ya que, atendiendo a su contenido y la propia finalidad que con su texto se persigue, se extiende a toda situación en la que el empresario pretenda imponer al trabajador la extinción del contrato de trabajo por despido disciplinario, por lo que no precisa de mayor desarrollo normativo para su cumplimiento ya que basta, simplemente, con permitir al trabajador que se defienda de los cargos sobre su conducta o trabajo. Por tanto, no se puede decir que tal disposición requiera de un desarrollo legislativo". (FJ 3º, 3).

Estando ante un requisito exigible por norma incorporada a nuestro ordenamiento interno, debe ser aplicada sin que ello implique que estemos derogando norma interna alguna sino seleccionando el derecho aplicable, cumpliendo con ello la función jurisdiccional que a los jueces atribuye la CE, ex art. 117.3 (FJ 3º, 7)

B) Función del trámite

"(...) En orden a la forma de activar la medida disciplinaria de despido, lo que se introduce es un principio básico, una medida de equidad, al incluir, junto a las disposiciones relativas al recurso frente a la decisión de despido, un claro mecanismo previo, que ha de activarse antes o con ocasión del despido". (FJ 3º, 4).

C) Excepción a la exigibilidad de la audiencia y su aplicación en el caso

La previsión que contiene el art. 7 del convenio 158 de la OIT referida a que el empresario puede liberarse de la obligación de escuchar previamente al trabajador responde a *"un criterio de razonabilidad de la negativa empresarial a dar la audiencia que, como excepción que es, vendrá determinada por las concretas circunstancias que rodeen cada caso y que permitan justificar que el empleador no podía o tenía que conceder esa posibilidad"* (FJ 3º 3).

Al despido enjuiciado le resulta aplicable tal excepción, pues la jurisprudencia no había entendido que el art. 7 fuera directamente aplicable. *"Con esta importante advertencia, sin duda válida para los despidos acaecidos antes de que se publique la presente sentencia, no estamos alterando la doctrina en relación con el alcance del cambio de jurisprudencia, estableciendo cánones de irretroactividad, propio de las leyes, sino, simplemente, aplicando la excepción de la propia norma objeto de análisis, que permite valorar la razón por la que el empleador no ha dado audiencia previa al trabajador y que, en estos casos, se encuentra razonablemente justificada en los términos que hemos expuesto"*.

IX. Comentario

El tema central que analiza y resuelve la sentencia reside en determinar si la resolución impugnada vulneró el art. 7 del Convenio 158 OIT y quebrantó la doctrina jurisprudencial que sobre dicha disposición fijó el órgano de casación poco después de que ese instrumento internacional fuese ratificado por España. Al respecto, la Sala 4ª, modificando su posición inicial, sostiene que el precepto indicado resulta directamente aplicable, complementando lo dispuesto en el art. 55.1 ET, sin que dicha garantía quede cubierta por otras de diferente naturaleza previstas en el ordenamiento interno.

Hasta aquí, la sentencia, si bien se aparta del criterio mantenido anteriormente, cambio siempre posible por el carácter dinámico de la jurisprudencia, se enmarca dentro de los previsibles cánones interpretativos y ha gozado del beneplácito de la doctrina. Es a partir de ese momento, una vez constatado que la sentencia impugnada es la que ofrece la respuesta correcta, cuando la Sala 4ª da un giro argumental sorprendente, con importantes consecuencias prácticas, anclado en la excepción que prevé el art. 7 del convenio 158 (*"a menos que no pueda pedirse razonablemente al*

empleador que le conceda esta posibilidad"), así como en el principio de seguridad jurídica, para alcanzar la conclusión de que la falta de audiencia del demandante obedeció a una causa justificada, cuál fue que en la fecha en que la empresa adoptó la medida extintiva seguía vigente la doctrina jurisprudencial que declaró inaplicable la norma internacional mencionada, por lo que la omisión de ese trámite no puede viciar de improcedencia el despido. Al respecto, se cuida de señalar que no está estableciendo cánones de irretroactividad, sino, simplemente, aplicando la excepción que la propia norma objeto de análisis contempla.

Ante ese pronunciamiento, es preciso dilucidar, atendiendo a apreciaciones estrictamente técnicas e intentando evitar sesgos apriorísticos, si la salvedad que contiene el art. 7 del convenio permite liberar a los empleadores del cumplimiento del trámite de audiencia respecto de los despidos comunicados con anterioridad a la publicación de la sentencia o si, por el contrario, su invocación no justifica tal exoneración. La respuesta al dilema enunciado choca con el obstáculo que representa la forma abierta en que aparece configurada la excepción, sin que el precepto dé ninguna pista sobre el tipo de supuestos en los que se puede considerar razonable que el empleador no dé cumplimiento al mandato que el precepto establece^[2] (2). Si arroja cierta luz el informe presentado por la Comisión de Expertos de la OIT en aplicación de convenios y recomendaciones en la Conferencia Internacional n° 82, celebrada en 1985, en la medida en que después de señalar que "el Convenio no precisa cuáles podrían ser esos motivos ni qué podría considerarse razonable", y de afirmar que. "la excepción está formulada en términos flexibles: no se exige que la defensa sea imposible sino tan sólo que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esa posibilidad", añade que "*corresponderá a los órganos responsables de la aplicación de las disposiciones nacionales velar por que esta disposición del Convenio sea aplicada de buena fe*" (&149).

A la espera de que lo resuelva el TC en el caso de que admita a trámite la demanda de amparo que ha interpuesto el trabajador, cabe sostener que la decisión adoptada por el TS se ajusta al criterio de la buena fe que, según el informe referenciado, debe presidir la aplicación de la excepción, solución que se ve reforzada por el juego de los principios de confianza legítima y seguridad jurídica a cuya preservación contribuye. Desde esa perspectiva de análisis, el empleador actuó de forma razonable y de buena fe, en la creencia sólidamente fundada de que las formalidades que debía cumplir para despedir al actor eran las previstas en el art. 55.1 ET, convicción compartida por el trabajador que, ni en el proceso ni en el recurso de suplicación denunció la omisión del trámite previsto en el art. 7. Con todo, no cabe ignorar que la solución plasmada en la sentencia ha sido objeto de crítica por ciertos sectores doctrinales^[3].

Un problema que requiere especial atención es el que se plantea cuando el empresario que llevó a cabo el despido antes de la publicación de la sentencia del TS, no esgrime la excepción examinada, lo que sí hizo en el caso que nos ocupa (FJ 3º, 9). La duda que surge es si los órganos jurisdiccionales puedan aplicarla de oficio o lo tienen vedado so pena de incurrir en incongruencia "extra petita".

X. Apunte final

La nueva doctrina jurisprudencial abre numerosos e importantes interrogantes, cuya superación exigirá una reforma legal y/o el concurso de la negociación colectiva. Al margen del referido a su eficacia temporal, ya descrito, seguidamente se exponen alguno de los que se plantean⁰. *Por razones del espacio disponible para este comentario sólo se abordan, de manera sucinta, lo que se consideran más relevantes.*

1. Forma y contenido de la audiencia

El art. 7 del convenio 158 y la sentencia comentada no hacen ninguna especificación en cuanto al modo en que el empleador ha de dar cumplimiento a la obligación que le incumbe, limitándose el susodicho precepto a instarle para que

ofrezca al trabajador "la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él", sin exigir la forma escrita con valor "ad solemnitatem", ni configurar un procedimiento estandarizado al que se deba ajustar, sin perjuicio de los que se puedan establecer legal o convencionalmente.

Sin desconocer lo anterior, a la hora de evaluar la adecuación de la fórmula utilizada en cada caso, es necesario partir de una doble consideración. La primera guarda relación con la razón de ser de esta garantía formal, consistente en que el trabajador tenga conocimiento del propósito del empresario de proceder a su despido y pueda efectuar las alegaciones que estime pertinentes antes de que se materialice la medida, desmintiendo o matizando los cargos formulados y/o negándoles la trascendencia disciplinaria asignada, permitiendo al empleador valorar sus manifestaciones, llevar a cabo las averiguaciones pertinentes para el completo esclarecimiento de los hechos y, potencialmente, cambiar su posición al respecto. En línea con lo señalado por el TS en las sentencias 524/1990, de 4 de abril y 31 de enero de 1991 (Rec.. 277/1990), la finalidad esencial que la ley se propone alcanzar con este trámite no es la comprobación de los hechos, diferida al posterior control judicial de la medida extintiva, sino garantizar la adecuada defensa preventiva del trabajador, posibilitando que el empresario, antes de poner fin a la relación, tenga conocimiento de su parecer y pueda formar su definitiva convicción sobre los hechos y su alcance. Parafraseando lo dicho por el TS en la sentencia de 31 de enero de 2001 (Rec. 148/2000), la función institucional de la audiencia no es la mera notificación de un acuerdo empresarial pendiente de ejecución, sino la comunicación de un proyecto de despido en cuya decisión en firme puede influir la información suministrada por el afectado sobre determinados aspectos o particularidades de su conducta y situación, dando lugar a una reconsideración de la medida planeada.

Es importante subrayar que la audiencia del trabajador constituye una manifestación del derecho de defensa. Así lo entendió la Comisión de Expertos en el informe señalado al indicar que "el texto del artículo 7 está inspirado en el principio fundamental del derecho de defensa. Cuando una persona se ve expuesta a una sanción tan grave como la terminación que puede comprometer su carrera e incluso su futuro, es fundamental que pueda defenderse" (§145)..A lo expuesto hay que añadir que la apertura del trámite posibilita la intervención de los representantes del personal, que puede adoptar diversas formas y contribuir a la eventual revisión de la decisión extintiva.

La segunda consideración tiene por objeto precisar que el empresario, para satisfacer dicha exigencia, debe concretar suficientemente los hechos cuya realización imputa al trabajador, de forma que cuente con los elementos precisos para combatirlos, evitando cualquier sombra de indefensión. En este punto, cabe traer a colación la doctrina sentada por el TS a propósito del contenido mínimo de la carta de despido, requisito orientado a ese mismo objetivo de garantizar el derecho de defensa, de la que es exponente la sentencia de 7 de junio de 2022 (Rec. 1969/2021). Adoptando el mismo enfoque, la Comisión de Expertos de la OIT advierte que "el Convenio no indica explícitamente la forma que debería adoptar esta defensa ni la forma en que deberían presentarse los cargos. Lo importante es que los cargos se formulen y se comuniquen al trabajador sin ambigüedad y que se ofrezca a éste una posibilidad de defenderse real" (§146).

De las precedentes observaciones se infiere que aunque ni la ley ni la sentencia glosada imponen la obligatoriedad de la forma escrita como requisito esencial para la validez de la audiencia, por lo que su agotamiento, así como la información facilitada, se pueden acreditar por otros medios, si el relato de los hechos objeto de inculpación debe ser claro, integral y suficiente, de manera que el asalariado esté en condiciones de ejercer en plenitud su derecho de defensa antes de que el empleador le imponga la máxima sanción disciplinaria, la comunicación deberá producirse preferentemente por escrito, tanto para la debida constancia de su remisión como de su contenido, en el que además de los hechos, se deberá indicar el plazo del que dispone el trabajador para presentar alegaciones respecto de los cargos formulados.

En definitiva, si bien la literalidad del art. 7 no permite descartar "a priori" la validez de otras formas de dar cumplimiento a la obligación que impone, como la audiencia verbal o la exposición oral de los cargos en el curso de la reunión mantenida con el interesado, no hay que olvidar que el objetivo perseguido con esta exigencia es garantizar el derecho del trabajador a pronunciarse con el debido conocimiento de causa, antes de perder su ocupación laboral, sobre las imputaciones que se le hacen, por lo que a efectos de verificar la idoneidad del concreto medio escogido, habrá que ponderar si el empleado hizo posible que ejerciese eficazmente su derecho de defensa, o le produjo indefensión material, dando la relevancia que tiene a un requisito que cumple una importante función tuitiva y reequilibradora y que contribuye a fortalecer el principio de estabilidad en el empleo en tanto favorece la implementación de soluciones distintas del despido, así como a asegurar el respeto de la dignidad del trabajador^[4].

2. Plazo de audiencia

A falta de previsión específica en el art. 7 sobre la antelación mínima con la que el empleador ha de comunicar los cargos al trabajador cabe acudir, a modo orientativo, a los criterios fijados por la Sala 4ª a propósito de la audiencia que debe darse a los delegados sindicales antes de acometer el despido de un trabajador afiliado, por existir identidad de razón entre ambos supuestos, pero no para aplicarlos miméticamente dada la singular naturaleza y finalidad del trámite analizado.

La orientación básica que ofrece el TS se sintetiza en la afirmación de que el plazo ha de tener una duración razonable que se compagine con el objetivo que se persigue con esta exigencia de influir de manera preventiva en la decisión disciplinaria. En aplicación de esa pauta, en sentencias de 16 de octubre de 2001 (Rec. 3024/2000), 7 de junio de 2005 (Rec. 5200/2003) y 12 de julio de 2006 (Rec. 2276/2005) calificó de insuficiente un plazo previo a la efectividad del despido de un día, o inferior a 24 horas, razonando que *«en tan breve plazo no es presumible que por parte de los delegados sindicales se pueda razonablemente articular una efectiva defensa preventiva de los intereses del trabajador afiliado que pudiera dar lugar a un cambio de la decisión proyectada por el empresario [...], y, por el contrario, evidencia que lo que se ha efectuado por la empresa ha sido simplemente "la notificación de un acuerdo empresarial meramente pendiente de ejecución"»*.

Al criterio principal expuesto cabe añadir otro que de alguna forma, matiza la solución dada en las sentencias reseñadas, relativo a que a efectos de determinar la razonabilidad del plazo que transcurre entre la comunicación al delegado sindical y el despido no basta con atender al dato cuantitativo, sino que es menester valorar todas las circunstancias concurrentes, consideración que explica la dificultad de que en esta materia se pueda apreciar el presupuesto de contradicción, de lo que constituyen muestra las sentencias de 12 de enero y 15 de marzo de 2022 (Rec. 97/2019 y 884/2019).

A la hora de trasladar estos criterios a la audiencia previa al trabajador, es preciso tener en cuenta que para que no quede reducida a un mero formulismo sin incidencia real alguna y pueda cumplir la función garantizadora del derecho de defensa de la parte más débil de la relación con que fue concebida, es preciso que el afectado disponga de un tiempo prudencial que guarde la debida proporción con el número y las características de los hechos imputados, de forma que pueda analizarlos con detalle y desarrollar los argumentos que considere oportunos para intentar evitar el despido, lo que en determinados supuestos puede hacer necesario recabar asesoramiento legal. Cada caso tiene particularidades propias que impiden establecer un plazo mínimo de obligada observancia. Y por esa misma razón, no es posible establecer una regla general a efectos de valorar la posible insuficiencia del plazo concedido, lesiva del derecho de defensa, lo que exigirá ponderar circunstancias tales como su duración, el mayor o menor nivel de complejidad de los cargos formulados, la reacción del interesado antes e inmediatamente después del agotamiento del plazo, etc..

3. Excepciones a la exigencia de la audiencia previa

En este punto, el art. 7 del convenio núm. 158 de la OIT presenta una redacción abierta, fuente de inseguridad jurídica, al exonerar al empleador de la obligación de escuchar al trabajador antes de proceder a su despido *cuando no se le pueda "pedir razonablemente" que lo haga*, expresión que hace referencia al estándar de conducta que, atendidas las circunstancias del caso, resulta adecuado. A la hora de aplicar la excepción no hay que olvidar tres aspectos extremos importantes: de un lado, que por tener un carácter limitativo del derecho de defensa que a través de la audiencia se intenta garantizar ha de ser objeto de interpretación restrictiva; de otro, que la necesidad de que el interesado abandone de manera inmediata su puesto de trabajo no justifica por sí misma la elusión del trámite dada la facultad que asiste al empleador para adoptar medidas cautelares que le eximan e la obligación de acudir al centro de trabajo durante el plazo concedido, sin que ello suponga una carga excesiva dada su duración ordinaria; y, por último, que la carga de la prueba de la excepción invocada recae sobre el empresario.

4. Efectos de la omisión o defectuosa cumplimentación del trámite

Aun cuando la sentencia anotada no aborda directamente ese extremo, de sus razonamientos se colige que la consecuencia de la absoluta falta de audiencia es la declaración de improcedencia del despido, calificación que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.4 ET es la que corresponde a los despidos que, en su forma, no se ajustan a lo establecido en el apartado 1. Igual consecuencia tiene el defectuoso cumplimiento del trámite de audiencia que impida alcanzar sus fines. En tal sentido se pronunció el TS en sentencias citadas "ut supra" 16 de octubre de 2001 (Rec. 3024/2000), 7 de junio de 2005 (Rec. 5200/2003) y 12 de julio de 2006 (Rec. 2276/2005).. No obstante, y sin perjuicio de la salvedad referida a los supuestos enumerados en el art. 55.2 ET en que el despido deberá ser declarado nulo, algún autor plantea una tesis sugestiva acerca de la posibilidad de que la privación del derecho de defensa previo al despido aboque a la calificación de nulidad por vulneración del art. 24 CE, aunque se refiera a un momento pre-procesal^[5].

5. Virtualidad suspensiva de la prescripción

Para dirimir esta cuestión, cabe acudir también a la jurisprudencia elaborada en torno a la audiencia del delegado sindical, contenida en las sentencias de 31 de enero y 6 de marzo de 2001 (Rec. 148/200 y 2227/2000) cuando señalan que el plazo de la "prescripción corta", de 60 días contados a partir de que la empresa tiene conocimiento de la comisión de una falta muy grave, queda suspendido el tiempo empleado en ese trámite, con reanudación posterior de su curso tras su terminación, lo que supone que al efecto expresado hay que descontar los días invertidos en su realización, siempre que el período asignado o consumido para su evacuación sea razonable.

6. Retracción del despido por omisión del trámite y notificación de uno nuevo una vez cumplimentado

La Sala 4ª ha tenido la oportunidad de pronunciarse en múltiples ocasiones sobre la posibilidad de que el empresario deje sin efecto, de manera unilateral, sin la aquiescencia del trabajador, un despido ya comunicado y hecho efectivo, incluso antes de que se lleve a cabo alguna actuación preprocesal o procesal. Y lo ha hecho en sentido negativo, entre otras, en la sentencia, de Pleno, de 7 de octubre de 2009 (Rec. 2694/2008, solución que procede acoger cuando el empleador se retracta del despido por haber omitido el trámite de audiencia y, una vez cumplido, acuerda uno nuevo. Cuestión distinta es la referida a la posibilidad de que el empleador se acoja al art. 55.2 ET, que le faculta para realizar un nuevo despido, sin dejar sin efecto el primero, cumpliendo los requisitos omitidos en el precedente. Y ello, en el plazo de veinte días, a contar desde el siguiente al del despido inicial, poniendo a disposición del trabajador los salarios devengados en los días intermedios y manteniéndole durante los mismos en alta en la Seguridad Social, plazo que conforme a la doctrina fijada por

el TS en la sentencia de 10 de noviembre de 2004 (Rec. 5837/2003) ha de computarse por días naturales.

7. Declaración de improcedencia del despido por incumplimiento o cumplimiento defectuoso del trámite y nuevo despido

El art. 110.4 LRJS reconoce al empleador que opta por la readmisión el derecho a realizar un nuevo despido, dentro del plazo de siete días, a contar desde la notificación de la sentencia, en el que se subsanen los defectos formales que dieron lugar a la improcedencia del anterior, advirtiendo que la posterior resolución contractual no constituirá en ningún caso una subsanación del primitivo acto extintivo, sino un nuevo despido, que surtirá efectos desde su fecha. En relación con el ejercicio de esa facultad interesa dejar constancia sucinta de la doctrina jurisprudencial acuñada en torno a los extremos que se detallan a continuación, que resulta aplicable al supuesto de improcedencia del despido por falta de audiencia previa al trabajador: A) el cómputo del plazo de los 7 días debe realizarse descontando los inhábiles (sentencia de 5 de noviembre de 2019 (Rec. 1860/2017); B) de dicho cómputo deben excluirse los días que se hayan invertido en el trámite de audiencia realizado después de que la sentencia declarase la improcedencia del despido por ausencia de ese requisito formal (sentencia de 8 de junio de 2009, Rec. 2059/2008;) C) el tiempo transcurrido desde la fecha del primer despido y hasta la declaración judicial de su improcedencia no es computable a efectos del plazo de prescripción de las faltas imputadas cuando estas, en el segundo despido, fueran las mismas que las achacadas en el primero (sentencia de 22 de julio de 1996, Rec. 2539/1995); D) la nueva resolución contractual se puede efectuar sin necesidad de que se produzca, previamente, una efectiva prestación de servicios (sentencia de 7 de septiembre de 2021, Rec. 1864/2018).

8. Otros aspectos

Con la anterior exposición no se pretende agotar toda la problemática que la aplicación de la doctrina sentada en la sentencia comentada puede generar. A modo de ejemplo y centrándonos en algunas de las cuestiones a las que se ha enfrentado el TS en relación con otra exigencia formal del despido disciplinario - la incoación de expediente contradictorio a los representantes de los trabajadores -, pero sentando doctrina que se puede trasladar al requisito que aquí se analiza, cabe señalar las siguientes: A) la citada garantía opera cuando la extinción contractual se produce al amparo de la cláusula de rendimiento mínimo pactada en el contrato de trabajo, que a estos efectos debe equipararse al despido (sentencia 812/1987, de 28 de abril), criterio que resulta aplicable con mayor razón si cabe al requisito objeto de estudio, dado el tenor del art. 7 del convenio 158 de la OIT que lo impone en los ceses relacionados con el rendimiento del trabajador, cabiendo incluso plantearse la posibilidad de considerar incluidos los despidos basados en las causas objetivas referidas en los apartados a) y b) del art. 52 ET; B) dicha garantía no alcanza a la realización o práctica de pruebas (sentencia 32/1991, de 22 de enero), lo que, cabe agregar, no impide al trabajador aportar la documentación que considere de interés para respaldar su posición; C) la circunstancia de que el interesado no haga uso de la oportunidad que se le brinda no priva de virtualidad al trámite (sentencias 863/1990, de 4 de junio, 277/1991, de 31 de enero, y 582/1991, de 16 de octubre); D) entre los hechos atribuidos al trabajador en el pliego de cargos y los consignados en la carta de despido debe existir sustancial coincidencia, resultando controvertido si la divergencia trae como consecuencia que las nuevas imputaciones deban tenerse por no formuladas (sentencia 106/1988, de 3 de febrero) o la nulidad del trámite (sentencia 849/1989, de 28 de septiembre); E) la alegación por primera vez en el acto de juicio sobre la falta de tramitación del expediente contradictorio (exigible en los casos enjuiciados por previsión convencional constituye una variación sustancial de la demanda (sentencias de 5 de diciembre de 2019, Rec. 1849/2017 y 25 de marzo y 27 de abril de 2022, Rec. 4395/2019 y 179/2021), pero resulta admisible denunciar su omisión en la demanda aunque no se adujese en la papeleta de conciliación (sentencia de 2 de diciembre de 2024, Rec. 3354/2023), o en el escrito de ampliación de la demanda presentado antes de celebrar el juicio y con traslado a la parte demandada, de conformidad con la

doctrina sentada en las sentencias de 29 de mayo y 10 de septiembre de 2024 (Rec. 3869/2022 y 1636/2021).

Referencias:

1. ^ *El núm. 10/2024 de la Revista de Jurisprudencia Laboral contiene una recensión de urgencia de la sentencia, a cargo de su Director.*
2. ^ *Una aproximación a la tipología de supuestos que justifican la aplicación de la excepción la efectúan Álvarez Cuesta, H., "El resucitado derecho de audiencia previa al despido disciplinario (...)", Revista de Derecho Social, 2024, 108, pp. 175-185, y Gómez Abilleira, F.J., "Tres dudas sobre la audiencia previa al despido", El Foro de Labos, 28/01/25.*
3. ^ *Alfonso Mellado, C.L., "Audiencia previa en materia de despido disciplinario: una necesaria, aunque incompleta, rectificación de la jurisprudencia precedente", Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, 484, pp. 175-284 y Molina Navarrete, C. "Un juicio de convencionalidad debido, justicia salomónica de ocasión: audiencia previa al despido sí, pero ex nunc", Brief de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2024, núm.,101.*
4. ^ *En este punto resultan de interés los argumentos que desarrolla el profesor Sanguinetti Raymond, W., en "El derecho a la defensa previa frente al despido: el final de treinta y ocho años de soledad", Brief de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2024, núm.,106.*
5. ^ *Agustí Maragall, J., "La audiencia previa al despido disciplinario ex art. 7 del Convenio 158 de la OIT: puntos críticos en su aplicación práctica y en la revisión judicial de su cumplimiento después de la STS de Sala General nº 1250/24 de 18.11.24", Jurisdicción Social, nº 261, pp.16-30.*

§ 6 Acceso a las direcciones de correo electrónico de la plantilla por la representación del personal y derecho a la protección de datos.

Pilar Rivas Vallejo

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona

Resumen: *Se reconoce el derecho de los trabajadores a contar con una dirección de correo corporativa y a la representación del personal a disponer de la lista de direcciones para transmitir información sindical, pero resulta de interés analizar, más allá de lo resuelto, el derecho a la protección de los datos personales a la luz de la normativa vigente.*

Palabras clave: *Intimidad. Representantes de los trabajadores. Comunicación sindical. Teletrabajo.*

Abstract: *This judgment declares the right of workers to have a corporate email address and the representation of staff to have access to the list of addresses to transmit union information, but the more interest lays on the analysis of the right to the protection of personal data beyond that ruling, in light of current regulation of data protection.*

Keywords: *Privacy. Worker representatives. Union communication. Teleworking,*

I. Introducción

La sentencia comentada resuelve el recurso de casación contra la dictada por la Sala Social de la Audiencia Nacional en proceso de conflicto colectivo, y en la que se debaten dos temas: el derecho de todos los trabajadores a contar con una dirección y buzón de correo electrónico corporativo y el de la representación del personal a disponer del directorio de direcciones de correo de toda la plantilla.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala Social)

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 1304/2024, de 27 de noviembre

Tipo y número recurso o procedimiento: RCO núm. 15/2023

ECLI:ES:TS:2024:5969

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excm. Sra. Dña. María Luz García Paredes.

Votos particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La Confederación General del Trabajo y la Federación de Servicios de CCOO (con adhesión de CIG, CSIF, USO y UGT) interpusieron sendas demandas de conflicto colectivo (acumuladas 128 y 129/2022) contra la empresa del sector de Contact Center Global Sales Solutions Line, SLU, que fueron resueltas por sentencia de la Sala Social de la Audiencia Nacional de 22/6/2022, contra la que se interpone el recurso de casación ordinaria que por la sentencia comentada se resuelve. Tales demandas se dirigían a que fuera declarada la obligación empresarial (fruto de un acuerdo de conciliación previo suscrito en 2019 con la empresa absorbida por la demandada con sus trabajadores) de poner a disposición de los trabajadores una dirección y buzón de correo corporativo para la gestión de la actividad y los recursos humanos (solo cumplido respecto de trabajadores de estructura y las secciones sindicales) y se dejara sin efecto la práctica empresarial de exigir el uso del correo personal a sus teletrabajadores (el 80% de la plantilla) en los acuerdos individuales de teletrabajo que se suscriben desde 2020, constitutivas de una vulneración del derecho fundamental a la intimidad y a la protección de datos, al mismo tiempo que predicaban idéntica pretensión de los actos de comunicación entre la empresa y la representación del personal teletrabajador.

La sentencia objeto de recurso declaró contraria a derecho la práctica patronal descrita (obligar a los teletrabajadores a usar su propio correo electrónico personal para determinados trámites laborales en la empresa, entre ellos el acceso al portal y la solicitud de permisos, vacaciones, reducciones de jornada, excusas...), así como las cláusulas de los contratos de teletrabajo en las que así se dispone, y reconoció el derecho del personal de operaciones y teletrabajo a una cuenta de correo corporativo para desarrollar su actividad, así como para el de la actividad representativa y los actos de comunicación colectiva en la modalidad de teletrabajo (al que la empresa se había negado con anterioridad, ofreciendo una alternativa de escasa confianza y utilidad). Idéntica declaración se realiza respecto de la negativa empresarial a suministrar los recursos precisos para garantizar la comunicación entre la representación social y la plantilla.

El recurso de casación de la empresa contra dicha sentencia impugna hechos y derecho aplicado, en el que se centra la Sala, desestimados los motivos destinados a la censura fáctica.

IV. Posición de las partes y planteamiento judicial

Las demandantes solicitan que se declare el derecho de los trabajadores a contar de una dirección y buzón de correo electrónico para sus trámites o gestiones de orden laboral en la empresa, y que se dote a la representación legal del personal de medios de comunicación suficientes.

La recurrente afirma que el teletrabajo se contrató amparado en la medida sanitaria del art. 6 del RD 8/2020 (relativa a las medidas ocasionadas por la pandemia mundial por Covid-19), normativa todavía vigente, por falta de derogación expresa en la fecha de interposición del recurso (septiembre de 2022), y que la designación de una dirección de correo electrónico personal dejó de ser necesaria para el teletrabajo implantado desde 2020 desde que se instauró, en mayo de 2021, un sistema (el «Covisian Smart») que no exige el uso de correo electrónico. Sostiene, asimismo, que en la empresa nunca se usó el correo electrónico que procedía de la subrogación de la empresa absorbida por la demandada, y que se incorporó mediante acuerdo de conciliación a los contratos de trabajo afectados por la subrogación, pero que no cabe exigir que el resto de la plantilla de la adquirente goce de los derechos que aquellos otros trabajadores subrogados alcanzaron en la anterior mediante una modificación sustancial de condiciones de trabajo. En suma, que los teletrabajadores no precisan de correo electrónico corporativo para sus gestiones laborales ni para ejecutar su

trabajo, como tampoco para el desempeño de las funciones representativas. No ampara, no obstante, tal pretensión en argumentos jurídicos concretos.

Sin embargo, los inmodificados hechos probados de la sentencia recurrida no refieren el uso del correo electrónico a una situación coyuntural específica ligada a la pandemia sanitaria. Por tal razón, la sentencia comentada descarta tal argumento para resolver el núcleo de la pretensión: si los teletrabajadores tienen o no derecho a una dirección de correo corporativo, en función de la necesidad de utilizarlo para ciertos trámites en la empresa. La respuesta es clara, en tanto así lo prevé el art. 5 del RDL 8/2020, en relación con la disposición transitoria tercera del RDL 28/2020, que literalmente disponen que «las empresas estarán obligadas a dotar de los medios, equipos, herramientas y consumibles que exige el desarrollo del trabajo a distancia, así como al mantenimiento que resulte necesario». Y, por otra parte, también el art. 11.1 del citado RDL 28/2020 reconoce el derecho a la dotación y mantenimiento adecuado por parte de la empresa de todos los medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la actividad, por lo que la cláusula contractual que exige poner a disposición un correo personal resulta contraria a dicha normativa, a lo que no empece que, como sostiene la recurrente, no se tratara de condición sine qua non para la suscripción del contrato, pues esta circunstancia, en todo caso, le privaría aún más de sentido. Con mayor razón carece de lógica privar a los trabajadores de un buzón de correo electrónico corporativo cuando otros trabajadores de la empresa (los procedentes de la absorbida y el personal de operaciones) sí disfrutaban de él.

En segundo lugar, los hechos probados indican que la sección sindical de CC. OO. solicitó a la empresa un medio de comunicación adecuado para ejercer sus funciones representativas en agosto de 2020, que no fue atendido por esta, quien alternativamente les proporcionó una herramienta inadecuada («note board» de Google Chrome), por obligarles a soportar publicidad inserta y otros inconvenientes de uso, y, asimismo, se negó a entregarles, amparándose en el derecho a la intimidad de los trabajadores, sus direcciones de correo electrónico para facilitar el envío de información sindical.

Finalmente, la sentencia considera que, hallándose en poder de la empresa el correo electrónico particular de los teletrabajadores, esta está obligada a proporcionar a las secciones sindicales el directorio de ellas para impedir intromisiones empresariales, durante y después de la pandemia sanitaria, ex art. 19.2 de RDL 28/2020.

La resolución analizada, por otra parte, se centra casi en exclusiva en el derecho de naturaleza colectiva, derivando los de naturaleza individual a su soporte fáctico, para confirmar la sentencia de instancia por sus propios fundamentos jurídicos.

V. Normativa aplicable al caso

Art. 5 del Real Decreto Ley 8/2020 (hoy Ley 10/2021, de 9 de julio, de Trabajo a Distancia; Arts. 7, 18 y 28 de la Constitución Española (CE); Arts. 8 y 10 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS); Art. 6.1 del Reglamento 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 (RGPD) y art. 19 de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, Orgánica de Protección de Datos (LOPD)

VI. Doctrina básica

La Sala IV del Tribunal Supremo sostiene en esta resolución dos tesis, si bien su núcleo de análisis es el alcance del derecho colectivo a la información y comunicación: a) en el plano individual, la primera es que, conforme a los hechos probados, las gestiones inherentes a la actividad laboral precisan del uso de una dirección de correo electrónico, por lo que la empresa debe facilitar una dirección de correo corporativo a cada teletrabajador; b) en el plano colectivo, entiende que el ejercicio de las funciones representativas también exige de la colaboración de la empresa para la disposición de todos los medios de comunicación existentes en la misma que puedan facilitar tal actividad, y, desde la afectación al derecho fundamental a la intimidad, esta facultad se completa con el derecho de los órganos de representación unitarios y sindicales a

acceder a información personal de los trabajadores si esta es imprescindible para el desarrollo de sus funciones respecto tanto de sus afiliados como del conjunto del personal de la empresa, según doctrina sentada en las sentencias del TC núm. 142/1993 y del TS de 21/12/2015, rec. núm. 56/2015, en aplicación de los arts. 64 ET, 10.3 LOLS, y 7 y 28 CE.

Sintetizando tal doctrina, la resolución comentada recuerda que «será la concreta necesidad y finalidad de su ámbito de actuación la que servirá para delimitar el tipo de dato y el alcance del contenido de la información que se precise». Y, con cita de la sentencia de la misma sala núm. 1144/2024, de 17/9 (rec. núm. 33/2023), que, a su vez, se apoya en la STS 1024/2024, de 16/7 (rec. núm. 215/2022), sostiene la justificación de la transmisión de datos personales de los trabajadores a los órganos de representación, conforme autoriza excepcionalmente el art. 11.2 a) de la derogada LOPD de 1999 si los datos transmitidos tienen directa conexión con el ejercicio de tales competencias, y, siguiendo el principio de pertinencia, se restringen únicamente a las circunstancias personales necesarias a tal fin, salvo consentimiento expreso de los interesados.

Asimismo, la sentencia analizada mantiene y reitera con cita literal su doctrina previa (STS 71/2023, de 25/1 -rec. núm. 62/2021), conforme a la cual el empleador debe poner a disposición de las organizaciones sindicales los medios telemáticos que no le comporten un gravamen adicional para promocionar la eficacia del derecho de libertad sindical en la empresa, sin incluir la realización de actos positivos de la misma naturaleza promocional, salvo que exista una norma que así lo disponga. Es decir, estas no imponen deber alguno de dotar una infraestructura informática para uso sindical a cargo de la empresa, pero sí la de permitir el empleo razonable del sistema de correo electrónico preexistente, bajo las premisas de razonabilidad que se indican, esto es, que su utilización no perjudique la finalidad para la que fueron creados por la empresa y que se respeten los límites y reglas de uso, y cuyo cumplimiento debe verificarse caso por caso.

Si bien en aquella otra sentencia se resolvía un caso coyuntural vinculado a la pandemia sanitaria en relación con el teletrabajo, siendo el art. 19 del RDL 28/2020 aplicable únicamente a situaciones de teletrabajo regular, en este caso el TS falla en sentido contrario, por ser la situación fáctica de otra naturaleza y carecer los órganos de representación de medios alternativos de comunicación idóneos. Y concluye que, en atención al sustrato fáctico analizado, no se garantiza un medio de comunicación libre de inconvenientes (publicidad y otros) que facilite las labores representativas de los órganos de representación en la empresa, ni tampoco se sostiene la tesis de la recurrente en preceptos o jurisprudencia específica que avale su negativa a facilitar los medios electrónicos descritos.

En suma, la sentencia en cuestión se centra prácticamente en exclusiva en el derecho de naturaleza colectiva, derivando los de naturaleza individual a su soporte fáctico para confirmar la sentencia de instancia.

VII. Parte dispositiva

La sentencia confirma la sentencia de instancia dictada por la Sala Social de la Audiencia Nacional.

VIII. Pasajes decisivos

«... el art. 11.1 del propio RDL 28/2020 también dispone que las personas que trabajan a distancia tendrán derecho a la dotación y mantenimiento adecuado por parte de la empresa de todos los medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la actividad.

Es por ello por lo que, la práctica empresarial de incluir en los contratos de teletrabajo una cláusula en la que se imponía a los trabajadores que pusieran a disposición de la empresa su correo electrónico particular es conculcadora de aquella disposición legal» (FD 5º).

«... si la empresa tiene una herramienta que ha puesto a disposición de unos y no de otros, siendo la misma necesaria para las gestiones y actividades que se describen en el hecho probado sexto, no cabe sino mantener el declarado en el fallo de la sentencia recurrida» (FD 5ª).

«... los medios que ha dispuesto la empresa no es "una herramienta virtual en la que libremente y sin cortapisas puedan colgar los avisos que tengan por convenientes, remitiéndoles a una aplicación ajena a la que dichas organizaciones sindicales deben suscribirse si no desean que se inserten mensajes publicitarios que limita el volumen de archivos a colgar"» (FD. 6ª).

IX. Comentario

1. Derecho de los órganos de representación a acceder a la dirección de correo personal del personal de la empresa

La sentencia objeto de comentario solventa la cuestión planteada con una solución anclada en el presupuesto fáctico de la resolución impugnada, para reiterar lo en ella resuelto sobre la base de la impericia del letrado recurrente, al que atribuye falta de inconsistencia en su despliegue argumentativo. Solución, por otra parte, no especialmente innovadora, toda vez que sigue la doctrina anterior de la sala respecto de los derechos de la representación del personal en materia de recursos comunicativos para desempeñar sus funciones debidamente. Concretamente, se centra en la inidoneidad de los recursos puestos a disposición por la empresa, por ser estos inconvenientes en su uso (entre otras dificultades, imponen soportar publicidad inserta), frente a la mayor practicidad del correo electrónico. Pero, en realidad, la verdadera importancia del asunto abordado es el hipotético derecho de la representación de los trabajadores a acceder a la dirección de correo electrónico personal de estos, aun cuando se resuelve, en paralelo, que ellos también tienen derecho a una dirección de correo corporativa y a negarse a poner a disposición de la empresa el suyo particular para diversas gestiones de orden laboral. Esta segunda cuestión se tratará en un segundo epígrafe.

Por lo que respecta al derecho de la representación del personal, sea esta unitaria o sindical, a comunicarse con los trabajadores de la empresa por medios idóneos, dotarles de herramientas defectuosas o que introduzcan obstáculos en su uso derivan en la imposición de cortapisas al legítimo ejercicio de sus funciones y, dentro de ellas, del derecho a comunicarse con toda la plantilla de la empresa. El caso cuenta con un ineludible presupuesto fáctico, como es la previa existencia de una dirección y buzón de correo corporativo que, sin embargo, no tienen todos los trabajadores ni tampoco la representación del personal, lo que provoca que una parte de la plantilla disponga de mayores herramientas de comunicación que los propios órganos de representación de los trabajadores. La propia lógica fáctica se impone para revelar el carácter absurdo de la postura empresarial.

En definitiva, el alcance del art. 17 de la Ley 12/2021, interpretado a la luz del art. 8 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, en tanto que los actores del presente pleito tienen tal naturaleza, implica no solo dotarles de los medios idóneos para desempeñar sus funciones, incluidas las de carácter comunicativo con sus representados, sino incurrir en una vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical de fallar a tal deber. Valorado el concepto de «suficiencia» en el contexto analizado, resulta de interés la sentencia en cuestión en tanto define como medio inidóneo aquel en el que las funciones desempeñadas se pueden ver interferidas por factores externos, como es la inserción de incómoda publicidad o la derivación a otro portal digital, y, con ello, de indicio de conducta obstaculizadora de las mencionadas funciones como consecuencia de la interposición de otros recursos digitales que distorsionan su uso práctico y, por tal razón, se convierten en formas veladas de introducir trabas a la fluidez de la comunicación, de modo abiertamente contrario al contenido de ambos preceptos y al propio derecho de libertad sindical en su vertiente de acción comunicativa/informativa. Al mismo tiempo, conceptúa como medio idóneo de comunicación el sistema de correo electrónico, pese a que en la empresa se recurre a

otros variados sistemas, que incluyen la mensajería instantánea WhatsApp (hecho probado sexto). No se escala la utilidad de todos los que en la empresa se emplean para facilitar la comunicación con y entre empleados, ni tampoco se cuestiona este extremo (pues se analiza el alcance integral del deber empresarial en la panoplia de recursos que pueda ofrecer a la representación legal), y, desde una perspectiva pragmática, sin embargo, la realidad demuestra que no resulta un medio tan eficaz como el de la expansiva mensajería instantánea, en cuanto respecta a la inmediatez de la comunicación que pudiera mejorar este sistema, en la actualidad especialmente extendido y popularizado. Prescindiendo de tal nota de pragmatismo, lo cierto es que se trata de un medio especialmente invasivo de la intimidad y la protección de los datos personales, en tanto precisa del conocimiento del número de teléfono, posiblemente personal y no corporativo, de los trabajadores, que requiere el oportuno consentimiento a la cesión de datos personales (art. 6 LOPD) y además podría implicar una delicada operación adicional de integrar a cada uno de ellos en un grupo de mensajería, lo que, sin duda, lesionaría el derecho a la protección de datos, sobre el que se tratará a continuación. En todo caso, se trata de una posibilidad amparada por la Sala Cuarta, en su Sentencia de 12/9/2023 (rec. núm. 100/2021), que avaló la validez de la sustitución del sistema de correo electrónico por una aplicación (App) para dispositivos móviles de mejor funcionamiento para la remisión de información sindical, aunque, en este caso, se mantuvo la posibilidad de enviar mensajes de correo electrónico a título individual, asimismo compatibles y concurrentes con otros sistemas como el tablón virtual sindical (STS de 25/4/2023, rec. núm. 334/2021).

Sea como sea, lo cierto es que, obviando tal sustrato fáctico, la norma convencional que regula el sector (III Convenio Colectivo del Sector de Empresas de Contact Center de los años 2020-2026, suscrito con fecha 14 de marzo de 2023 -BOE de 30/5/2023-, con posterioridad a la sentencia recurrida de la Sala Social de la Audiencia Nacional) establece expresamente que la comunicación de la representación legal del personal con la plantilla debe realizarse mediante un sistema de correo electrónico corporativo. Concretamente, el art. 19.7 del citado convenio, en el que se prohíbe literalmente el uso con fines laborales de aplicaciones o dispositivos que no sean facilitados por la empresa a los trabajadores a distancia, en su apartado octavo establece que les dotarán de un correo de corporativo o de un sistema electrónico de comunicación sustitutivo («que permita el envío y recepción de textos y archivos en formato «jpg» y «pdf», y que tenga un formato exportable, que podrá ser utilizado igualmente por la representación legal de las personas teletrabajadoras, con el respeto de las normas internas de funcionamiento de dichos sistemas»). Asimismo, prohíbe que las normas internas limiten «la normal comunicación entre plantilla y representación legal de las personas trabajadoras en las empresas». Se trata de una norma ausente en el II convenio del sector, e introducida tras el conflicto colectivo resuelto por la sentencia objeto de recurso, así como por la novedad del trabajo a distancia y su regulación por la Ley 10/2021. Así pues, en la fecha de la sentencia analizada, la regulación convencional ya había solventado el problema suscitado, declarando el derecho de los teletrabajadores a contar con una dirección y buzón de correo electrónico corporativo y el de la representación del personal a conocerla y poder acceder a ella para la remisión de las informaciones propias de su actividad representativa, por lo que, desde marzo de 2023, tal derecho cuenta con soporte normativo, tornándose claramente en indubitado en este sector y otros de regulación similar (cfr. sector de agencias de seguros).

Por cuanto respecta concretamente a la afectación al derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales, tal derecho ya se reconocía en la doctrina de la Sala cuarta del Tribunal Supremo, que sostenía en precedentes resoluciones (STS de 21/12/2015, rec. núm. 56/2015) el derecho de la representación del personal al acceso a información, aun sensible, que reuniera el requisito de necesidad para el ejercicio de sus funciones representativas, conforme a la doctrina constitucional previa a la existencia tanto del RGPD como de la ley de 1999, sentada en la STC núm. 142/1993, que la vigente LOPD delimita en el art. 91 («los convenios colectivos podrán 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»).

Del mismo modo, la doctrina constitucional declara integrado dentro del derecho fundamental a la libertad sindical el de la comunicación a través de los medios oportunos, y, en particular, el correo electrónico, con el personal de la empresa (STC núm. 281/2005), y la doctrina social matiza que el derecho a la transmisión de información a través del correo electrónico de la empresa comprende, asimismo, el de los representantes de los trabajadores a acceder a la lista de direcciones electrónicas de la plantilla (STS de 14/7/2016).

2. Intimidad y protección de los datos personales en el trabajo, aun frente a la representación del personal

La sentencia analizada sostiene que, en virtud del presupuesto fáctico que no considera justificado modificar a petición de la recurrente, en supuestos de trabajo a distancia como medio habitual para la realización del trabajo, no procede aplicar la doctrina sentada en la STS núm. 71/2023, de 25/1 -rec. núm. 62/2021-, que resolvía un caso similar respecto de teletrabajo coyuntural causado por la pandemia sanitaria por Covid-19 por aplicación del art. 19 del RDL 28/2020, conforme a la cual la representación del personal no tenía derecho a que se le facilitase la dirección de correo electrónico de la plantilla de la empresa.

En el presente caso, subyace la idea de que la regularidad del modo de prestar el trabajo se subordina a lo dispuesto en tal precepto del hoy derogado Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, al sustituirse por la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia. Pues bien, el apartado segundo de dicha norma (art. 19.2) establece que la empresa deberá suministrar a la representación legal «los elementos precisos para el desarrollo de su actividad representativa, entre ellos, el acceso a las comunicaciones y direcciones electrónicas de uso en la empresa y la implantación del tablón virtual, cuando sea compatible con la forma de prestación del trabajo a distancia». Efectivamente, el precepto contiene una referencia literal a las direcciones electrónicas de uso en la empresa, por lo que se trata de un derecho indubitado, lo cual no implica identificar las direcciones de uso con las corporativas. Y, por otra parte, que estas sean «de uso» no puede significar que, si, indebidamente, el uso de la empresa sea de direcciones particulares y no corporativas, sean estas las que deban facilitarse a la representación del personal, pues ello comportaría que la Ley 10/2021 naturalizara una trasgresión de la LOPD que no contiene tal excepción, y chocaría con el propio art. 17.1 de la misma ley. En este contexto, pues, no habría sido superfluo conectar en la sentencia comentada ambos derechos, colectivo (art. 17) e individual (art. 11), para una mayor claridad respecto a la necesidad de *facilitar a la representación del personal (únicamente) una dirección de correo corporativo*, como, de hecho, se reconoce en el párrafo decimoctavo del fundamento de derecho quinto, cuando concluye que exigir la puesta a disposición de la empresa de una dirección de correo personal conculca el art. 11 de la hoy Ley 10/2021 y que, si una parte del personal ya dispone de correo corporativo, no existe razón para que no lo tenga el resto de la plantilla. Por ello resultaría coherente concluir que, en efecto, *la representación del personal debe poder acceder a las direcciones de correo electrónico, pero que estas únicamente pueden ser las corporativas, y en ningún caso las personales*.

Por otra parte, en esta resolución no se conecta la vulneración del art. 11 del RDL 28/2020, hoy Ley 10/2021, cuando se analiza el derecho individual, pero sí lo hace al tratar el derecho colectivo de comunicación de la representación del personal (fundamento de derecho sexto). Y, sin embargo, esta cuestión tiene una relevancia singular en uno y otro caso, toda vez que incide en el derecho fundamental a la intimidad y a la protección de los datos personales.

Conforme al art. 6.1 b) del RGPD, al que se remite el art. 19.1 de la LOPD, los empleadores pueden captar y tratar datos de carácter personal de los trabajadores cuando estos resulten necesarios para la ejecución del contrato, lo que implica

legitimar la solicitud de la dirección personal de correo electrónico de los trabajadores a estos solos efectos. Con independencia del sentido que en este contexto deba darse a la expresión «ejecución» del contrato, lo que resulta palmario es que ello no implica la transmisión a terceros de tales datos, aun cuando estos terceros se integren en la esfera organizativa del trabajo por ser órganos de representación del personal de la empresa, elegidos o no, ex art. 7 CE y arts. 2 y 10.3 LOLS. En cuanto respecta al derecho a la intimidad y a la protección de datos, quizás parece un exceso entender que su integración en la empresa les hace partícipes de datos personales de los trabajadores más allá de lo que permite la propia LOPD y el RGPD, lo que exige, sin duda, a la empresa, con vistas a satisfacer la integridad del legítimo ejercicio de las funciones representativas y de defensa de la representación unitaria y sindical (que la STC núm. 94/1995 refiere específicamente al derecho de transmisión de información a los trabajadores como parte del derecho de libertad sindical), la dotación de un sistema de correo electrónico corporativo, mas no la exposición de los correos electrónicos personales que los trabajadores puedan haber facilitado a los solos efectos de su contratación y, en su caso, de la comunicación con la empresa. El art. 6.2 de la LOPD exige que la pluralidad de finalidades del tratamiento cuente con un consentimiento expreso -en los términos del art. 4.11 del RGPD 2016/679- y específico que evidencie inequívocamente que lo otorga para todas ellas. Sin este consentimiento no puede inferirse, a la luz de la normativa vigente en materia de protección de datos, que la legitimación que predica la STC núm. 142/1993 de los órganos de representación para el acceso a datos personales pueda amparar el hipotético deber empresarial de compartir el directorio completo de direcciones de correo personal de sus empleados con aquella, máxime cuando caben otras fórmulas más garantistas del derecho a la intimidad compatibles con el respeto al derecho colectivo de transmitir información (sindical).

En efecto, sí cabría, por el contrario, en la línea de lo afirmado en el informe de la Agencia Española de Protección de Datos núm. 0101/2008, como recuerda la Sentencia de la Sala Social de la Audiencia Nacional núm. 59/2024, de 30/5, dictada en procedimiento de tutela de derechos fundamentales núm. 97/2024, es la aplicación de un sistema de correo electrónico *tertium genus*, aun personal y no corporativo, de minimización de riesgos, como es el caso de la *lista de distribución* (de correo electrónico) de tipo corporativo, donde no se revela la identidad de cada uno de los destinatarios y, en consecuencia, se preserva el derecho fundamental. Así, la sentencia citada, recordando la jurisprudencia de la Sala Cuarta respecto del derecho sindical de acceso al directorio de direcciones electrónicas del personal de la empresa en su sentencia de 14/7/2016, cuando ello no ocasiones mayores cargas, gravamen o costes a la empresa (SSTS de 21/2/2019 y de 25/1/2023), concluye que «si la empresa trata datos personales, puede incorporar los derechos de información en la recogida de datos (LO 3/2018) en los pies de los correos y automatizar la cancelación y la oposición a los tratamientos mediante las bajas en las listas a petición del usuario. Y la comunicación de datos se limitará a los estrictamente necesarios», solución que, sin duda, compatibiliza sendas respuestas de la sentencia objeto de comentario por cuanto se refiere, respectivamente, a los derechos de carácter colectivo e individual, con respeto al derecho a la intimidad y a la protección de datos en el marco de la LOPD y el RGPD.

X. Apunte final

No parece que el conflicto resuelto por esta sentencia pueda anidar en situaciones futuras, toda vez que tanto la negociación colectiva, especialmente aquella que regule el trabajo a distancia, como un futuro pronunciamiento del Tribunal Supremo acerca de la segunda de las resoluciones comentadas de la Audiencia Nacional de 30/5/2024, no dejen resquicio a la duda sobre una cuestión tan fácil de solventar como las herramientas que permiten preservar el derecho a la intimidad y los datos personales, compatibilizándolo con la mayor flexibilidad en la disposición de medios y recursos digitales de comunicación en favor de la representación del personal para facilitar y mejorar su actividad, dificultando el recurso a métodos encubiertos de obstaculización de la misma.

§ 7 Pueden compatibilizarse dos pensiones de IPT sucesivas generadas en Regímenes diferentes y usando cotizaciones del otro Régimen siempre que las cuotas no se superpongan.

Inmaculada Ballester Pastor

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I de Castellón.

Resumen: *Una peluquera autónoma con derecho a una pensión de IPT en el RETA que trabaja posteriormente como limpiadora en el Régimen General puede ser beneficiaria de otra pensión de IPT en este segundo Régimen. La compatibilidad se concede por el Alto Tribunal aún teniendo en cuenta que para generar la primera pensión se contabilizan cuotas del Régimen General. El Alto Tribunal acude a la doctrina contenida en la STS de 14 de julio de 2014, a la STJUE de 30 de junio de 2022 y usa la perspectiva de género para conceder simultáneamente dos pensiones de IPT en profesiones feminizadas.*

Palabras clave: *Incapacidad permanente total. Pluriactividad, compatibilidad de pensiones. Sucesión de actividades. Cómputo recíproco. Perspectiva de género.*

Abstract: *A self-employed hairdresser with the right to an IPT pension in the RETA who subsequently works as a cleaner in the General Regime may be a beneficiary of another IPT pension in this second Regime. Compatibility is granted by the High Court even taking into account that contributions from the General Regime are counted to generate the first pension. The High Court resorts to the doctrine contained in the STS of July 14, 2014, to the STJUE of June 30, 2022 and uses the gender perspective to simultaneously grant two IPT pensions in feminized professions.*

Keywords: *Total permanent disability. Pluriactivity. Pension compatibility. Succession of activities. Reciprocal calculation. Gender pers*

I. Introducción

Santiago podría generar el derecho a percibir dos pensiones de IPT con base a cotizaciones y dolencias diferentes: la primera tras trabajar como peluquera autónoma, derivada de enfermedad común en el RETA, y la segunda, posteriormente, después de ocuparse como limpiadora en el Régimen General. Las actividades se suceden en el tiempo, las secuelas son, también, bien distintas, el problema es que una pequeña parte de las cuotas que se tuvieron en cuenta para el cálculo de la primera de las pensiones de IPT en el RETA fueron cuotas efectuadas al Régimen General, lo que habría determinado la incompatibilidad de ambas pensiones.

El Tribunal Supremo, tras apreciar la contradicción imprescindible para resolver el presente recurso de casación en unificación de doctrina, trae a colación la consolidada doctrina del Alto Tribunal derivada de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio

de 2014, nº rec. 3038/2013 y, en aplicación del alcance que ha de darse a la misma y después de acudir, también, a la STJUE de 30 de junio de 2022, asunto C-625/20, el Alto Tribunal admite que ambas pensiones -derivadas del ejercicio de profesiones feminizadas- sí resultan compatibles, aunque se hayan computado las cotizaciones de otro Régimen para generarlas, siempre que dichas cuotas no hayan sido ya usadas.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 1303/2024, 27 de noviembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUd núm. 1227/2022.

ECLI:ES:TS:2024:6099.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. El supuesto de hecho

Santiago estuvo trabajando como peluquera autónoma encuadrada en el RETA hasta que por Resolución del INSS de 29 de julio de 2005 fue declarada en situación de Incapacidad Permanente Total derivada de Enfermedad Común siendo las secuelas que provocaron dicha incapacidad las siguientes: paresia con torpeza intensa en mano derecha; disfasia motora y HTA con signos de retinopatía y dislipemia. La pensión que se le reconoce a Santiago tiene una base reguladora de 150,83 euros y las cotizaciones tenidas en cuenta son las que se corresponden con el período comprendido desde junio de 1999 a mayo de 2005.

Santiago trabaja, años después, desde el 16 de febrero de 2007, como limpiadora, y es encuadrada en el Régimen General. Aquí, tras iniciar un proceso de Incapacidad temporal que comienza el 24 de abril de 2018 y alcanza al 15 de octubre de 2019 y con diagnóstico de nódulo mamario, solicita pensión de incapacidad permanente absoluta o, subsidiariamente, en el grado de total, el 28 de noviembre de 2019, en el Régimen General.

La demandante presenta, al tiempo del expediente administrativo: - Carcinoma ductal infiltrante Gede mama izquierda, estadio T2M (2,5 cm.), N1A (2/5), con nodulectomía MI (doble) y disección axilar en abril de 2018, y reintervención por complicación de sutura periareolar. Quimioterapia de junio a octubre de 2018 y radioterapia de octubre a diciembre. Revisiones sin evidencia de recidivas. - Poliartralgias mecánicas. Lumboartrosis. Artrosis de manos. Síndrome del túnel carpiano bilateral moderado de predominio izquierdo (mejoría con uso de férulas). Neuroma de Morton en pie izquierdo (mejoría con infiltración). - Exploración: Hombro derecho completa arcos de recorrido con dolor últimos grados de rotaciones, abducción y flexión. Mano izquierda con dolor a la palpación base pulgar y al realizar movimientos de abducción, deformidad articulaciones IFD de ambos dedos índices, dolorosas a la palpación, dificultad al contactar con la palma. Columna lumbar dedos-suelo 30 cm.

Dicha incapacidad es denegada el 21 de enero de 2020 tras Dictamen del EVI de 19 de diciembre de 2019 por no alcanzar las lesiones que padece la trabajadora un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral para ser constitutiva de Incapacidad Permanente. Posteriormente, el 10 de marzo de 2020 es igualmente desestimada la reclamación previa presentada en vía administrativa. No obstante, tras

interponerse demanda en solicitud de la pensión de IPT frente al INSS, dicha demanda es finalmente estimada por la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Valladolid, de 4 de febrero de 2021.

El Juzgado de lo Social estima en su integridad la demanda, declara a la actora en situación de IPT para la profesión de limpiadora en el RGSS y admite su compatibilidad con la IPT para la profesión de peluquera anteriormente reconocida a la demandante en el RETA, con base a cotizaciones y dolencias diferentes. Dicho reconocimiento concede el derecho a Santiago a disfrutar de una pensión de IPT calculada de acuerdo con la aplicación del porcentaje del 75%, o del 55% - dependiendo de si se efectúa otros trabajos o no-, una pensión que se calcula de acuerdo con una base reguladora de 660,18 euros/mes, y que genera efectos desde el 19 de diciembre de 2019. En dicha pensión se consideran las bases de cotización del período comprendido desde noviembre de 2011 a octubre de 2019.

Frente a dicho pronunciamiento recurren en suplicación el INSS y la TGSS y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León-Valladolid dicta Sentencia de fecha de 24 de enero de 2022, estimando la adición al Hecho probado segundo del siguiente texto: (...) *con una base reguladora de 150,83 euros, obtenida a partir de las cotizaciones del período junio/99 a mayo/2005. Dichas cotizaciones corresponden desde 1/2004 a mayo de 2005 al Régimen General, siendo el resto de las cuotas mensuales 0 por cuanto el actor ya estaba de baja en el RETA.* Dicha Sentencia desestima el recurso de suplicación formulado por la representación del INSS y de la TGSS, confirma la Sentencia de instancia en su integridad y reconoce la compatibilidad de las dos pensiones de IPT en el RETA y en el RG.

La Sentencia declara la compatibilidad de ambas prestaciones porque el reconocimiento de la IPT lo ha sido, exclusivamente, a partir de las cotizaciones acreditadas por la parte actora en el RGSS en el período de noviembre de 2011 a octubre de 2019, sin que, por tanto, se hayan tenido en cuenta las cotizaciones del RG correspondientes al período de junio de 1999 a mayo de 2009, que fueron las valoradas para conceder la anterior pensión de IPT en el RETA. O lo que es lo mismo, las cotizaciones realizadas en el RGSS posteriores al 16 de febrero de 2007 son suficientes por sí solas para reconocer la pensión de IPT en el RGSS sin necesidad de acudir a las cotizaciones del RGSS del período de enero de 2004 a mayo de 2005, cotizaciones éstas que ya fueron tenidas en cuenta para la IPT reconocida en el RETA.

Por el INSS y la TGSS se formaliza recurso de casación de unificación de doctrina y se aporta como Sentencia contradictoria a la recurrida la dictada por el TSJ de Galicia el 24 de marzo de 2014^[1]. Se denuncia, para ello, la infracción del art. 163 TRLGSS y del art. 5º del RD 691/1991, de 12 de abril, sobre cómputo recíproco de cuotas entre regímenes de Seguridad Social y se sostiene que las pensiones de IPT resultan incompatibles porque para el reconocimiento de la primera IPT en el RETA no se tuvieron en cuenta exclusivamente las cotizaciones efectuadas al RETA, sino que se hizo necesario adicionar cotizaciones del RGSS.

Con posterioridad se admite a trámite el recurso, éste es impugnado por la parte actora, se da cuenta de las actuaciones al Ministerio Fiscal y el Ministerio emite Informe considerando que el recurso de casación debe ser estimado.

2. La existencia de la contradicción: en ambas se decide si es compatible una primera pensión de ipt en el reta con otra del rgss si el reconocimiento de cualquiera de ellas exige tener en cuenta cotizaciones de ambos regímenes

Se invoca de contraste la Sentencia del TSJ de Galicia de 24 de marzo de 2014 y el Alto Tribunal resuelve que sí existe contradicción ya que desde hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales se llega a pronunciamientos distintos que es necesario unificar.

En la Sentencia referencial el demandante es declarado en situación de IPT para su profesión habitual de albañil en el RETA, en fecha de 13 de marzo de 2002 y, a partir del año 2005 comienza a trabajar como expendedor de gasolinera en el RGSS. Posteriormente, por Resolución de 25 de abril de 2011 el INSS le reconoce la IPT en esta segunda profesión, declarando incompatible la percepción de esta nueva prestación con la anterior ya que el trabajador solo acredita 6 años y 20 meses cotizados en el RGSS, siéndoles exigibles 10 años y 9 meses para el reconocimiento de la nueva IPT, y ello hace necesario recurrir a las cotizaciones anteriores en el RETA, siendo éste el motivo de que ambas pensiones resulten incompatibles.

Aunque la demandante niega la existencia de contradicción con el argumento de que la resolución el INSS se limita simplemente a denegar el reconocimiento de la IPT porque las lesiones padecidas no son tributarias de esa declaración, sin cuestionar la compatibilidad de ambas prestaciones de IPT, señala el Tribunal que ese limitado alcance de la Resolución administrativa obedece únicamente al hecho de que se ha denegado el reconocimiento de la IPT en fase administrativa porque las lesiones no son constitutivas del grado de incapacidad solicitado. Y ello es lo que hace innecesaria cualquier otra declaración, entonces, sobre una hipotética compatibilidad ya que es posteriormente, en la contestación a la demanda durante el acto de juicio oral, cuando el INSS plantea que la primera de las pensiones de IPT reconocida por el RETA sí tuvo en cuenta las cotizaciones al RGSS para solicitar que se declare la incompatibilidad de ambas prestaciones. Asimismo, sigue añadiendo el Alto Tribunal, la sentencia de instancia admite expresamente la posibilidad de que el INSS pueda suscitar esa cuestión en la contestación a la demanda sin que la demandante opusiera objeción alguna a esa actuación en el escrito de impugnación del recurso suplicación, aceptando de esta forma la correcta configuración del proceso en esos términos.

Por tanto, aprecia el Alto Tribunal la existencia de contradicción, puesto que en ambos casos se trata de decidir si es compatible una primera pensión de IPT en el RETA con otra del RGSS, cuando el reconocimiento de cualquiera de ellas exige tener en cuenta cotizaciones efectuadas por el interesado en ambos regímenes de Seguridad Social y tal conclusión no queda desvirtuada por el hecho de que en la Sentencia recurrida sea en el RETA donde la parte actora no reunía cotizaciones suficientes para el reconocimiento de aquella primera IPT, mientras que en supuesto referencial se debe recurrir a las cotizaciones del RETA para el reconocimiento de la segunda IPT en el RGSS. En los dos casos se trata de decidir si resultan compatibles las pensiones de IPT en el RETA y en el RGSS.

IV. Normativa aplicable al caso

El art. 163 LGSS (antiguo art. 122):

1. Las pensiones de este Régimen General serán incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario, legal o reglamentariamente.

En caso de que se cause derecho a una nueva pensión que resulte incompatible con la que se viniera percibiendo, la entidad gestora iniciará el pago o, en su caso, continuará con el abono de la pensión de mayor cuantía, en términos anuales, con suspensión de la pensión que conforme a lo anterior corresponda.

No obstante, el interesado podrá solicitar que se revoque dicho acuerdo y optar por percibir la pensión suspendida. Esta opción producirá efectos económicos a partir del día primero del mes siguiente a la solicitud.

El 5.1 del RD 691/1991, de 12 de abril, sobre cómputo recíproco de cuotas entre Regímenes de Seguridad Social:

Reconocida una pensión por el órgano o la Entidad gestora de un régimen, si el cumplimiento del período mínimo de cotización exigido para el derecho a aquélla, o la determinación del porcentaje aplicable para calcular su cuantía, o ambas cosas, hubiese dependido de las cotizaciones computadas de otro régimen, tal pensión será

incompatible con otra que la misma persona hubiera causado o pudiera causar en este último. En tal caso, el interesado podrá optar por una de ambas pensiones.

V. Doctrina básica

La STS 14 de julio de 2014, rcud. 3038/2013, recuerda la consolidada doctrina de esta Sala IV en la materia, que podemos sintetizar en los siguientes extremos:

A) La tesis del INSS, que reitera en el presente asunto, es que ha de aplicarse lo dispuesto en el art. 163 LGSS, aun cuando se esté en el caso de que las dos pensiones coincidentes en el mismo beneficiario se hayan lucrado en regímenes de seguridad social distintos, tal y como así sucede en este asunto.

B) En estas situaciones no se trata de un supuesto de pluriactividad, porque no hay simultaneidad sino sucesión en las actividades laborales que dan lugar al alta del sujeto en dos regímenes diferentes de la Seguridad Social.

C) El ordenamiento de la Seguridad Social no contiene reglas de incompatibilidad de prestaciones de alcance general para todo el sistema. Lo que hace el art. 163 LGSS (antiguo art. 122), es indicar el mecanismo que rige en el propio régimen general al que se refiere, del mismo modo que lo contempla el art. 34 del Decreto 2530/1970 para el RETA.

D) De ahí que esta Sala IV se haya venido pronunciando en múltiples ocasiones a favor de la compatibilidad de pensiones de incapacidad permanente generadas en distintos regímenes, siempre que se concurra la circunstancia de que cada una de ellas se hubiere generado ", en atención exclusivamente a las cotizaciones de regímenes distintos" (SSTS 20 de enero 2011, rcud. 708/2010; 22 de noviembre de 2010, rcud. 233/2010).

E) La misma naturaleza contributiva del sistema "determina que unas mismas cotizaciones no den origen a un número indefinido de prestaciones que puedan percibirse simultáneamente, pero al propio tiempo se establece el modo en que las mismas pueden ser aprovechadas".

F) En conclusión, se admite la concurrencia y compatibilidad de dos pensiones de incapacidad permanente total generadas en regímenes distintos, como consecuencia de cotizaciones no simultáneas, siempre que tales cotizaciones sean suficientes en cada uno de ellos para lucrarlas.

En la interpretación del alcance que haya de darse a esa consolidada doctrina ha venido a ser especialmente relevante el criterio que en esta materia establece la STJUE de 30 de junio de 2022, asunto C-625/20, bajo cuyos parámetros jurídicos debe hacerse la adecuada aplicación de la misma.

Como resuelve el TJUE en la mencionada sentencia " El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que impide a los trabajadores afiliados a la seguridad social percibir simultáneamente dos pensiones de incapacidad permanente total cuando corresponden al mismo régimen de seguridad social, mientras que permite tal acumulación cuando dichas pensiones corresponden a distintos regímenes de seguridad social, siempre que dicha normativa sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores, especialmente en la medida en que permita disfrutar de dicha acumulación a una proporción significativamente mayor de trabajadores, determinada sobre la base de todos los trabajadores sujetos a la referida normativa, respecto de la proporción correspondiente de trabajadoras, y que esa misma normativa no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo".

VI. Parte dispositiva

La Sala decide desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada el 24 de enero de 2022 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, en el recurso de suplicación núm. 871/2021, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Valladolid, de fecha 4 de febrero de 2021, recaída en autos núm. 210/2020, seguidos a instancia de D.^a Santiago contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, para confirmarla y declarar su firmeza.

VII. Pasajes decisivos

La obligada integración de los principios en los que se sustenta la decisión del TJUE con la doctrina de la STS de 14 de julio de 2014 conduce sin duda a admitir que resultan compatibles las dos pensiones de IPT reconocidas a la trabajadora. Y esto es así porque cada una de ellas ha sido reconocida en un régimen de seguridad social distinto, la primera en el RETA y la segunda en el RGSS, con lo que esa situación jurídica ya se corresponde con el primero de los presupuestos tradicionalmente exigidos en la consolidada doctrina de esta Sala IV para admitir la compatibilidad.

Bien es cierto que para declarar la prestación de IPT en el RETA se hizo necesario tener en cuenta un breve periodo de cotización en el RGSS. Pero no lo es menos, que la ulterior pensión de IPT en el RGSS se sustenta exclusivamente en cotizaciones en dicho régimen que son posteriores, distintas y no coincidentes con las que ya fueron consideradas en la primera IPT, por lo que no se produce la utilización superpuesta de unas mismas cotizaciones.

Por otra parte, en lo que resulta además esencial para acomodar la interpretación de la normativa legal y el alcance de nuestra doctrina a los novedosos criterios que establece la precitada sentencia del TJUE, en ambos casos se trata del reconocimiento de IPT para dos profesiones fuertemente feminizadas, peluquera en el RETA y limpiadora en el RGSS, en lo que cobra singular trascendencia la incidencia de esos factores que inciden en la situación de desventaja de las trabajadoras respecto a los trabajadores en los que se sustenta aquella decisión del TJUE. Y por último, las dolencias que generan cada una de las dos situaciones de IPT son, asimismo, diferentes.

En ese conjunto de circunstancias, si la precitada STJUE admite la posibilidad de compatibilizar dos pensiones de IPT del mismo régimen de seguridad social para evitar que la normativa legal sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores en materia de seguridad social, con mayor razón deberá admitirse esa compatibilidad si las pensiones han sido causadas en regímenes de seguridad distintos en base a cotizaciones independientes y no coincidentes, de tal forma que unas mismas cotizaciones no se hayan computado doblemente en uno y otro caso.

VIII. Comentario

El Tribunal Supremo aborda en el presente recurso de casación para unificación de doctrina si es posible percibir al mismo tiempo dos pensiones de IPT generadas, primero en el RETA y, después, en el RGSS, por parte de la misma beneficiaria, cuando tiene lugar una sucesión de actividades que generan cotizaciones no simultáneas desde las que se accedería a dos pensiones independientes.

Recordemos, a estos efectos, que, en el presente caso se han cumplido las siguientes condiciones : 1º) aparecen dos actividades distintas -dos profesiones habituales- desde las que se declara cada IPT: Santiago primero es peluquera y, después, pasado un tiempo, es limpiadora; 2º) las lesiones y las secuelas que se actualizan y que constan en el cuadro médico que es usado por el EVI en las dos IPT

no coinciden; 3º) las pensiones se causan de forma sucesiva, es decir, no simultáneamente sino una detrás de la otra, por lo tanto, no existe pluriactividad^[2]; y 4º) cada una de las pensiones se genera en un régimen concreto y, dado el carácter contributivo y profesional de nuestro Sistema de Seguridad Social, las cotizaciones que se han de tener en cuenta para causar cada pensión son las efectuadas a ese mismo Régimen.

En esta materia resulta clave la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2014, ya que, acudiendo a la misma, al carecer nuestro ordenamiento de una norma que regule la incompatibilidad de pensiones global en todo el Sistema de Seguridad Social y como los preceptos que regulan la incompatibilidad de pensiones son normas internas de cada Régimen -el art. 163 TRLGSS, del Régimen General, o el art. 34º Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, del RETA- dichos preceptos sólo pueden impedir que un mismo beneficiario acceda a dos pensiones cuando éstas son del mismo régimen, y, *a sensu contrario*, dado que las pensiones surgen desde Regímenes diferentes, el art. 163 TRLGSS no impide la compatibilización.

No obstante, como también señala la propia STS de 14 de julio de 2014, la concesión de dos pensiones de IPT en regímenes distintos se lleva a cabo con apoyo en la naturaleza contributiva del sistema, una naturaleza contributiva que "determina que unas mismas cotizaciones no den origen a un número indefinido de prestaciones que puedan percibirse simultáneamente, pero al propio tiempo se establece el modo en que las mismas pueden ser aprovechadas", ahora bien, dicho reconocimiento solamente sería posible siempre que tales cotizaciones sean suficientes en cada uno de estos Regímenes para lucrarlas y, acudiendo al el art. 5.1º del RD 691/1991, sólo se permite compatibilizar pensiones generadas en regímenes distintos si las cotizaciones son de cada régimen respectivo.

El problema es que Santiago causó la primera de las pensiones de IPT en el RETA añadiendo un año y medio de cuotas ingresadas en el Régimen General, es decir, usando prestaciones generadas en otro Régimen.

Pero, a pesar de ello, el Tribunal admite que sí resultan compatibles las dos pensiones de IPT porque la ulterior pensión de IPT en el RGSS se sustenta exclusivamente en cotizaciones en dicho régimen que son posteriores, distintas y no coincidentes con las que ya fueron consideradas en la primera IPT, por lo que no se produce una utilización superpuesta de unas mismas cotizaciones; además, se reconocen dos IPT para dos profesiones fuertemente feminizadas -lo que implica efectuar una interpretación con perspectiva de género sustentada en la STJUE de 30 de junio de 2022-; en tercer lugar, añade a lo anterior el Tribunal que las dolencias que generan cada una de las situaciones de IPT son diferentes y, por último, entiende el Alto Tribunal que si la STJUE de 30 de junio de 2022 admite la compatibilidad de dos pensiones de IPT generadas en el Régimen General, con mayor razón debe de admitirse que, si las pensiones se generan en regímenes diferentes, esta posibilidad quede abierta, sobre todo teniendo en cuenta que las cotizaciones no se han computado doblemente en uno y otro caso.

IX. Apunte final

Por lo tanto, sí pueden generarse dos pensiones de IPT en el RETA y en el RG, incluso aunque -como aquí ocurre- se haya debido computar cotizaciones del otro régimen, debiendo matizarse que esta solución solamente es posible si las cotizaciones utilizadas del otro régimen no sirven, después, por partida doble, es decir, si no se han tenido en cuenta ya para generar la segunda prestación.

Por lo demás, la cuestión litigiosa que se resuelve en la STJUE de 30 de junio de 2022^[3] tiene su base en el hecho de que no existe diferencia entre una persona que padece dos o más incapacidades sucesivas y que ha cotizado únicamente a un régimen de seguridad social, como es el RGSS y una persona que padece las mismas incapacidades, pero ha cotizado en diferentes regímenes, y de ahí surge la

discriminación indirecta. Ambos colectivos -los primeros integrados por más mujeres- precisarían la misma protección social frente a la actualización de los riesgos derivados de enfermedad o invalidez y ambos habrían cotizado por igual. Lo mismo ocurre si se permite que algunos colectivos puedan generar dos pensiones y otros no, por no poder efectuar un trasvase de cuotas desde un régimen a otro, un trasvase que ahora sí se permite si las cuotas se usan una sola vez.

Para finalizar, esta conclusión cuadra, sobre todo, cuando dichas pensiones son, también, IPT, como aquí ocurre, ya que dicha compatibilidad es la que más enlaza con la misma naturaleza de la propia pensión de la IPT y de su compatibilidad con el trabajo y/o con las pensiones que se abonan por el ejercicio previo de un trabajo^[4].

Referencias:

1. ^ N° rec. 3938/2012.
2. ^ En ese otro caso sería aplicable el art. 49° TRLGSS que señala: **Artículo 49 Efecto de las cotizaciones superpuestas en varios regímenes en orden a las pensiones de la Seguridad Social.** Cuando se acrediten cotizaciones a varios regímenes y no se cause derecho a pensión en uno de ellos, las bases de cotización acreditadas en este último en régimen de pluriactividad podrán ser acumuladas a las del régimen en que se cause la pensión, exclusivamente para la determinación de la base reguladora de la misma, sin que la suma de las bases pueda exceder del límite máximo de cotización vigente en cada momento.
3. ^ Dicho pronunciamiento tiene por objeto dar solución a la cuestión prejudicial planteada en el Auto de 13 de octubre de 2023 por el Juzgado n° 26 de Barcelona, rec. N° 253/2019, AS 2020/2547. La Sentencia del Juzgado de lo Social n° 26 de Barcelona, sentencia n° 1/2023, de 9 de enero de 2023, n° rec. 253/2019 es la que, acogiendo la doctrina derivada del TJUE estima la compatibilidad de dos pensionistas de IPT en el mismo RG, una como administrativa, y otra como subalterna.
4. ^ Vid. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., *El tratamiento jurídico de la incapacidad para el trabajo en el Sistema español de seguridad social*, en AAVV., *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Murcia, Laborum, AESSS, p. 47 y ss. Esta compatibilidad era mucho más clara en la regulación previa de la IPT. Vid. ARAGÓN GÓMEZ, C., *La compatibilidad entre el trabajo y la pensión de incapacidad permanente*, en AAVV., *Las incapacidades laborales y la seguridad social en una sociedad en transformación*, Murcia, Laborum, AESSS, 2017, p. 1059. Vid. STSJ Castilla y León, Valladolid, Sala de lo Social, st de 20 de diciembre de 2018, rec. 1348/2018, la STSJ de Cantabria, Sala de lo Social, st 840/2023, de 7 de diciembre de 2023. Rec. 727/2023 y la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, st 1996/2023, de 19 de septiembre, rec. 679/2023.

§ 8 Derecho a prestación económica por cuidado de menor afectado de enfermedad grave. Interpretación finalista del requisito de ingreso hospitalario.

Eduardo Rojo Torrecilla

Catedrático (jubilado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona.

Resumen: La sentencia objeto de estudio trata sobre el derecho de una persona trabajadora al cuidado de un menor a su cargo y que está afectado de una enfermedad grave. Se debate sobre cómo debe interpretarse el requisito previsto en la normativa aplicable del ingreso hospitalario para tener derecho al permiso. El Tribunal Supremo, en una interpretación finalista, equipara este con el necesario cuidado en el domicilio que requiere la persona enferma.

Palabras clave: Permiso. Cuidados. Enfermedad. Ingreso hospitalario. Domicilio.

Abstract: The judgment under study deals with the right of a worker to care for a minor in her care who is suffering from a serious illness. There is a debate on how to interpret the requirement provided for in the applicable regulations of hospital admission in order to be entitled to leave. The Supreme Court, in a finalist interpretation, equates this with the necessary home care required by the sick person.

Keywords: Leave. Care. Illness. Hospital admission. Home.

I. Introducción

Es objeto de comentario en este artículo la sentencia dictada por la Sala Social del Tribunal Supremo el 3 de diciembre. La resolución judicial estima, en contra del criterio defendido por el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe y en el que abogaba por su improcedencia, el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la parte demandante en instancia contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 22 de diciembre de 2021 (rec. 5086/2021). EL TS casa y anula la sentencia recurrida, confirma la sentencia de instancia y declara su firmeza^[1].

La Sala autonómica había estimado el recurso de suplicación interpuesto por law partes demandadas en instancia, Mutual Midat Cyclops (MC Mutual), el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), que había estimado la demanda interpuesta en materia de prestación familiar para el cuidado de menores con cáncer u otras enfermedades graves interpuesto contras las citadas demandadas, reconociendo a la parte actora

“el derecho a percibir la prestación familiar por cuidado de menores solicitada calculada sobre una base reguladora de ... euros/ mes, con fecha de efectos desde el 01/02/2020, de la que habrá de responder la mutua MC MUTUAL.... todo ello con

revocación de las resoluciones/ acuerdos dictados por dicha mutua MC MUTUAL de fecha 03/03/2020 y de fecha 09/06/2020”^[2].

Buena parte de las tesis defendidas en la sentencia ahora analizada encuentran su razón de ser en la dictada el 28 de junio de 2016^[3] aquella, si bien, como destaca el TS en el fundamento de derecho tercero, “bien es cierto que en aquel otro asunto no se planteaba frontalmente la cuestión relativa al exacto alcance del requisito de ingreso hospitalario de larga duración”, y añadiendo inmediatamente que “pero no lo es menos, que la sentencia ofrece unos parámetros jurídicos que vienen a permitir una interpretación amplia de dicho requisito, que va más allá de la pura y mera dicción literal que pueda atribuirse al concepto de ingreso hospitalario, al vincularlo con la necesidad de cuidado directo y permanente del menor durante el tratamiento continuado de la enfermedad”.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala Social)

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 1308/2024, de 3 de diciembre.

Tipo y número recurso o procedimiento. RCUd núm. 1524/2022.

ECLI:ES:TS:2024:6111

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

Votos particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El litigio encuentra su origen en sede judicial con la presentación de una demanda en materia de prestación familiar para el cuidado de menores con cáncer u otras enfermedades graves.

Se trata de un menor de edad con una discapacidad reconocida del 37 %, que debe acudir a fisioterapia tres días al mes, realizar actividades de psicomotricidad privada dos veces por semana, y recibir tratamiento hospitalario un día por semana.

A todas estas visitas médicas le acompaña su progenitora materna, que formuló solicitud de prestación económica por cuidado de menores con cáncer u otras enfermedades graves, denegada por la Mutua antes citada por “no cumplir con los requisitos establecidos en el Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, con respecto a la acreditación del ingreso hospitalario, así como la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente por parte de uno de los progenitores, acogedores, adoptantes o tutores”. Igual suerte desestimatoria corrió la reclamación previa interpuesta en vía administrativa contra dicha resolución. Más tarde, la progenitora materna presentó demanda ante los JS de Barcelona, siendo su pretensión la de que se revocaran las anteriores resoluciones y se reconociera su derecho a “prestación económica por cuidado de menores aquejados de cáncer u otras enfermedades graves”.

Conocemos en los hechos probado se la sentencia de instancia que la demandante tenía formalizado un contrato de duración indefinido con la empresa para la que prestaba sus servicios, habiendo sido después solicitada, y concedida, la reducción de jornada por cuidado de hijo en un porcentaje del 50% de su jornada por cuidado de menor”, y que el progenitor paterno prestaba sus servicios en otra empresa mediante contrato indefinido y con jornada de 40 horas semanales.

La demanda fue estimada en instancia por considerar el JS que

“... aunque la patología del menor no ha precisado hospitalización de larga duración, debe equipararse a la hospitalización el tratamiento médico y continuado en un hospital de día, según consulta evacuada por el INSS^[4] el 15.9.2016, o en el domicilio familiar, siendo así que en el presente caso el menor viene recibiendo asistencia en centro de día/fundación/centros privados con propósito rehabilitador, según prescripciones de los facultativos, con sujeción a unos horarios, tratamiento rehabilitador en centro de día que tiene carácter continuado y prolongado en el tiempo y que también se lleva a cabo en el domicilio familiar”.

IV. Posición de las partes. Recurso de suplicación

En el recurso de suplicación interpuesto por la Mutua demandada al amparo del art. 190, apartado c), de la LGSS en relación con el RD 1148/2011, se insiste en las tesis expuestas en las resoluciones desestimatorias de la petición formulada por la madre del menor afectado por la enfermedad y también en el acto de juicio, siendo claro a su parecer que “.... es requisito necesario que el menor haya requerido un ingreso hospitalario de larga duración, con cuidados hospitalarios y amplía el derecho a percibir la prestación cuando estos cuidados hospitalarios deban prolongarse en el domicilio, pero el precepto en ningún caso extiende el concepto de cuidados hospitalarios a los tratamientos ambulatorios que nunca han requerido ingreso de larga duración, como ocurre en el presente caso”.

Por la parte recurrida se mantuvo la tesis expuesta en la demanda y reiterada en el acto de juicio, es decir que debía equipararse el cuidado del menor afectado de enfermedad grave en el domicilio con el ingreso en centro hospitalario.

V. Normativa aplicable al caso

A) En primer lugar, hemos de acudir a la Ley 39/2010 de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, cuya disposición final vigésima primera, modificó la LGSS y añadió un nuevo capítulo IV, sexies al título II de la entonces vigente LGSS (RDL 1/1994, de 20 de junio)

El citado precepto fue desarrollado por el RD 1148/2011 de 29 de julio, “para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave”.

Por otra parte, la disposición final vigésima segunda, modificó el texto entonces vigente de la LET, incorporando un nuevo párrafo al art. 37, apartado 5, con el siguiente contenido:

“... «El progenitor, adoptante o acogedor de carácter preadoptivo o permanente, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario de, al menos, la mitad de la duración de aquélla, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, acreditado por el informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo santuario de la Comunidad Autónoma correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los 18 años. Por convenio colectivo, se podrán establecer las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas.»

B) La LGSS aprobada por RDLeg 8/2015 de 30 de octubre, pasó al art. 190 la regulación del cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. El citado precepto fue modificado por la Ley 22/2021 de 28 de diciembre, de PGE para el año 2022.

C) Una nueva modificación se produce por el RDL 2/2023 de 16 de marzo, “de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones”

El art. 190 LGSS, tras la última modificación, fue desarrollado por el RD 677/2023 de 18 de julio, “por el que se modifica el Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave”

VI. Doctrina básica

Una vez efectuado este recordatorio histórico de la normativa aplicable, paso al examen de la sentencia del TS y más concretamente a su doctrina básica.

El RCUD interpuesto por la madre del menor se formuló al amparo del art. 207, apartado e) de la LRJS, con alegación de infracción del art. 190 de la LGSS y del art. 2 del RD 1148/2011, de diversas sentencias del alto tribunal, y del criterio anteriormente referenciado del INSS, sosteniendo, al igual que lo hizo desde el inicio del conflicto, que “el tratamiento permanente y continuado de carácter ambulatorio en el centro de día y en su propio domicilio que requiere el menor es equiparable a la necesidad de ingreso hospitalario de larga duración”.

La sentencia aportada de contraste fue la dictada por el TSJ de Madrid de 25 de abril de 2016 (rec. 653/2015)

Con prontitud centra la Sala la cuestión a la que debe dar respuesta, que no es otra que “... determinar si puede causar derecho a la prestación de cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, la madre de un menor con enfermedad grave que no requiere ingreso hospitalario de larga duración, pero está sometido sin embargo a un tratamiento médico continuado de carácter ambulatorio en un centro de día y en su propio domicilio”.

En el fundamento de derecho primero se repasa sucintamente el contenido de las sentencias de instancia y de suplicación, y también se recoge el parecer del Ministerio Fiscal, que se pronuncia, como ha ya indicado al inicio de mi exposición, a favor de la desestimación del RCUD, **“al entender que no concurre el requisito de ingreso hospitalario de larga duración previo al tratamiento continuado en centro de día que requiere la enfermedad del menor**. La misma tesis es la de la Mutua en su escrito de impugnación del recurso “para negar en primer lugar la existencia de contradicción, y defender seguidamente que **la prestación exige la existencia de un previo ingreso hospitalario de larga duración, al que no debe equipararse el tratamiento médico continuado de carácter rehabilitador que necesita en este caso el menor**” (la negrita es mía”).

Una vez aceptada la existencia de contradicción requerida por el art. 219.1 LRJS, 9[5], la Sala pasa revista a los preceptos aplicables. En primer lugar, el art. 190 de la LGSS, y a continuación el art. 2.1, párrafo segundo del RD 1148/2011 (normativa vigente en el momento en que se suscitó el conflicto), que disponía que

“El cáncer o enfermedad grave que padezca el menor deberá implicar un ingreso hospitalario de larga duración que requiera su cuidado directo, continuo y permanente, durante la hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad. Se considerará asimismo como ingreso hospitalario de larga duración la continuación del tratamiento médico o el cuidado del menor en domicilio tras el diagnóstico y hospitalización por la enfermedad grave”.

También se considera aplicable el art. 3 de la misma norma y el anexo. En el artículo se regula que

“A efectos del reconocimiento de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, tendrán la consideración de enfermedades graves las incluidas en el listado que figura en el anexo de este real decreto”, y del anexo se efectúa referencia al apartado V, psiquiatría, en el que se incluye (tras la modificación efectuada por la Orden TMS/103/2019 de 6 de febrero) **“cualquier otra enfermedad psiquiátrica grave que, por indicación expresa**

facultativa, como en las anteriores, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio” (la negrita es mía)

Un puntal básico de la fundamentación jurídica de la sentencia para llegar a la estimación del RCU es la anteriormente dictada el 28 de junio de 2016, por tratarse de “una situación sustancialmente coincidente con la que es objeto del presente procedimiento”, y siendo aún si cabe más digno de mención que “en el caso de autos concurre la relevante circunstancia adicional de que la escasa edad del menor hace que ni tan siquiera se encuentre en ese momento escolarizado, con lo que ello supone de mayor e intensa dedicación por parte de su madre, que debe acompañarle a los distintos centros sanitarios y participar de forma directa en las terapias que se le aplican”.

Tras una amplia síntesis de la sentencia anterior que es efectuada por la ahora analizada, el TS reconoce que en aquella no se planteaba “frontalmente” la cuestión relativa al “exacto alcance del requisito hospitalario”, pero ello no es óbice para seguir insistiendo en su importancia, ya que “la sentencia ofrece unos parámetros jurídicos que vienen a permitir una interpretación amplia de dicho requisito, que va más allá de la pura y mera dicción literal que pueda atribuirse al concepto de ingreso hospitalario, al vincularlo con la necesidad de cuidado directo y permanente del menor durante el tratamiento continuado de la enfermedad”.

Se apoya además en dos sentencias posteriores, de 12 de junio de 2018 (rec. 1470/2017), y de 20 de julio de 2021 (rec. 4710/2018), para insistir en el argumento de que la prestación a percibir se trata de un subsidio que “... viene a compensar la pérdida de ingresos que sufren las personas interesadas al tener que reducir su jornada, con la consiguiente disminución de salarios, por la necesidad de cuidar de manera, directa, continua y permanente a los hijos menores a su cargo durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad fuera del centro hospitalario”.

La síntesis de la nueva doctrina del TS, se plasma a mi parecer en estos contenidos del apartado 3 del fundamento de derecho tercero:

En primer lugar, que la interpretación teleológica (“interpretación que pretende hallar la finalidad o propósito buscados por los contratantes”, según el diccionario jurídico de la RAE) de las normas de aplicación avala la conclusión plasmada en las sentencias anteriormente referenciadas en un supuesto como el presente, en el que el menor “ha de acudir con regularidad a un centro sanitario de día para recibir la terapia rehabilitadora que su enfermedad requiere. **Esa asistencia sanitaria tan intensa, directa y continuada del menor en los centros de día es equiparable a la situación de ingreso hospitalario de larga duración, por cuanto igualmente se trata de cuidados médicos ineludibles para el tratamiento de la enfermedad que se prolongan de manera indefinida en el tiempo**” (la negrita es mía), enfatizando que en supuestos como el ahora analizado en el que se requiere de manera imprescindible la presencia de la madre del menor, es perfectamente aplicable el art. 2.1 del RD 1148/2011, que “equipara de forma expresa la asistencia a domicilio con el ingreso hospitalario en estas circunstancias tan extremas, al atribuir esa misma naturaleza a “la continuación del tratamiento médico o el cuidado del menor en domicilio tras el diagnóstico y hospitalización por la enfermedad grave”.

En segundo lugar, y de acuerdo a la interpretación finalista del art. 2.1 del RD 1148/2011, que el hecho de que el diagnóstico de la enfermedad grave pudiese haberse efectuado sin requerir un previo periodo de ingreso hospitalario de larga duración, “no puede ser obstáculo para el reconocimiento de una prestación de seguridad social cuya finalidad es la de compensar la pérdida de ingresos generada por la necesidad de reducir la jornada de trabajo para atender de manera directa al cuidado de los hijos menores que necesitan un tratamiento médico prolongado en el tiempo”.

En tercer lugar, que esta conclusión no se quiebra, en contra de la tesis de la Mutua, por el hecho de que la enfermedad pueda calificarse como permanente e incurable, dado que requiere en cualquier caso de asistencia sanitaria, y que aquello que es determinante “es que se trate de cáncer u otra enfermedad grave **que requiera del cuidado directo, continuo y permanente del menor durante el tratamiento de larga duración al que haya de estar sometido**, ya sea mediante el ingreso hospitalario o su administración en centros hospitalarios de día, e incluso en su propio domicilio familiar como la norma admite” (la negrita es mía). Siendo la situación que afecta al menor perfectamente encajable en la cláusula abierta del aparato V del anexo (modificado) del RD 1148/2011, ya que “... para cuyo más eficaz tratamiento no es en modo alguno descartable la hospitalización a domicilio y especialmente necesaria en menores de una edad tan temprana”.

En cuarto lugar, y manteniendo una tesis que puede ser extrapolable a cualquier otra respuesta que emita el INSS a consultas planteadas, el TS se va a manifestar en sentido diferente al del TSJ de Cataluña, que argumentó, con estricto criterio formalista, que no corresponde a dicho organismo la interpretación de un precepto legal, “sino a los tribunales de justicia”. Pues bien, el alto tribunal, tras poner de manifiesto que la tesis que le va a llevar a la estimación del RCUd es la misma que la mantenida por aquel en la respuesta dada el 15 de septiembre de 2016 a la consulta planteada núm.18/2016, reconoce primeramente, también con criterio formalista, que “la naturaleza jurídica de esta clase de respuesta a una consulta impide que se le pueda atribuir una eficacia vinculante en orden a la decisión que haya de adoptar el órgano judicial”, que inmediatamente matiza para subrayar que “no por ello deja de ser un elemento ciertamente relevante que viene a coincidir y a ratificar los criterios que hemos expuesto”.

VII. Parte dispositiva

Por todo lo anteriormente expuesto, el TS 1 estima el RCUd interpuesto contra la sentencia dictada por el TSJ de Cataluña, que resolvió el formulado contra la sentencia del JS de fecha 19 de marzo de 2020. Casa y anula la sentencia recurrida, y resuelve el debate de suplicación “en el sentido de desestimar el recurso de tal clase formulado por la Mutua demandada, para confirmar en sus términos la sentencia de instancia y declarar su firmeza”.

VIII. Apunte final

En definitiva, y con ello concluyo, se trata de una sentencia que abunda en el contenido social e interpretación finalista de las normas, en aras a la protección de situaciones fácticas que requieren de una especial protección legal para las personas que sufren cáncer o enfermedades graves.

Referencias:

1. [^] *La sentencia del alto tribunal mereció una muy amplia nota de prensa del gabinete de comunicación, publicada el día 27 de diciembre, titulada “El Tribunal Supremo reconoce a una madre el derecho a la prestación para cuidar a un hijo con una enfermedad grave”. Reproduzco unos fragmentos: “La Sala de lo Social ha dictado una sentencia en la que reconoce a una madre el derecho a la prestación familiar para cuidar de su hijo menor de edad afectado por una enfermedad grave que no requiere ingreso hospitalario de larga duración, pero recibe tratamiento médico continuado de carácter ambulatorio en un centro de día y en su domicilio. El tribunal considera que en este caso el requisito de ingreso hospitalario de larga*

duración que exige la prestación es equivalente a la atención sanitaria prolongada en centros hospitalarios de día que requiere el tratamiento directo y continuado de la enfermedad del menor...” <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-reconoce-a-una-madre-el-derecho-a-la-prestacion-para-cuidar-a-un-hijo-con-una-enfermedad-grave-> (consulta: 7 de febrero)

2. ^ La sentencia del TS ha merecido ya un muy interesante comentario por el letrado Miguel Arenas. En el artículo publicado el 9 de diciembre con el título “Prestación “CUMEE”: sobre el requisito “flexible” de ingreso hospitalario. a propósito de la STS 03/12/2024”, no solo analiza la sentencia, sino que también recuerda resoluciones judiciales anteriores de especial interés aun cuando no abordaran directamente la cuestión que ha sido tratada en la sentencia del TS de 3 de diciembre. De manera muy didáctica, va dando respuesta a las preguntas siguientes: “¿qué resuelve el TS?, ¿qué discrepancias jurisprudenciales objeto de unificación de doctrina aborda la decisión del Tribunal Supremo?, ¿cómo define la sentencia la hospitalización de larga duración?, ¿qué impacto tiene esta sentencia en el acceso a la prestación? En fin, destaca Miguel Arenas la importancia de esta sentencia, que “flexibiliza el acceso a la prestación al reconocer que la atención ambulatoria en centros de día o en el domicilio puede ser tan exigente como un ingreso hospitalario, y sustituye sin duda, el ingreso hospitalario previo -para acceder a la prestación-, pero también el posterior -para mantener la prestación” <https://miguelonarenas.blogspot.com/2025/01/prestacion-cume-sobre-el-requisito.html> (consulta: 6 de febrero)
3. ^ Fue objeto de mi atención en el artículo “Sentencias con contenido social. Derecho a prestación económica por cuidado de menor afectado de enfermedad grave” <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/08/sentencias-con-contenido-social-derecho.html> (consulta: 7 de febrero)
4. ^ La respuesta del INSS a la consulta realizada fue la siguiente: “ASUNTO CONSULTADO: Si, en caso de no existir hospitalización en régimen de internamiento ni hospitalización domiciliaria, el requisito de hospitalización previsto en el artículo 2 del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, se considera cumplido cuando el menor recibe tratamiento periódico y continuado de la enfermedad en hospital de día. RESPUESTA: A los efectos previstos en el precepto transcrito, aun cuando no haya existido hospitalización en régimen de internamiento ni hospitalización domiciliaria, el requisito relativo a la hospitalización se considera cumplido cuando el menor que padece una de las enfermedades tasadas en el Anexo del mencionado Real Decreto ha de acudir de manera periódica y continuada a un hospital de día para recibir el tratamiento -de larga duración- prescrito para curar su enfermedad, debiendo concurrir el resto de los requisitos exigidos por el mencionado artículo, entre los que se encuentra que dicha situación implique la necesidad de atención directa, continua y permanente por parte del trabajador a cuyo cargo está”. <https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/3214f83b-0414-40ba-a6c2-7399c8c9c9cf/Consulta+18-2016.pdf?MOD=AJPERES> (consulta: 7 de febrero)
5. ^ Vid. apartado 4 del fundamento de derecho tercero: “En ambos casos se trata de menores que padecen una enfermedad grave de etiología congénita (... en la recurrida; ... en la de contraste), que reciben tratamiento médico continuo de larga duración para su rehabilitación, pero no

*requieren ingreso hospitalario. En ninguno de ellos se cuestiona la circunstancia de la necesidad de cuidado directo, continuado y permanente del menor. En los dos asuntos trabajan ambos progenitores y es la madre quien reduce su jornada - que era completa -, al 50%, por cuidado del menor (en la recurrida ya se disfruta, en la de contraste se solicita con la prestación). En la sentencia de contraste la menor está escolarizada con clases de integración y terapia especializada; en la recurrida no consta escolarización, debido sin duda la menor edad del hijo enfermo. Ambas progenitoras solicitan la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, y la mutua que cubre las contingencias profesionales se la deniega. **Las sentencias alcanzan fallos distintos. La recurrida no concede la prestación atendiendo a la interpretación literal del art. 190.2 LGSS, que exige una previa hospitalización de larga duración**".*

§ 9 Aplicación al contrato a tiempo parcial de las cláusulas convencionales que limitan el trabajo en fines de semana y festivos.

Elena Lasaosa Irigoyen

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos.

Resumen: La sentencia comentada analiza si a quienes prestan servicios a tiempo parcial, con pacto expreso de que las horas de trabajo se distribuirán de lunes a domingo y festivos, les son aplicables los derechos a tener algunos descansos semanales coincidentes con el fin de semana y a no tener que prestar servicios más allá de un número de domingos y festivos anuales, que recoge el Convenio colectivo de grandes almacenes.

Palabras clave: Contrato de trabajo a tiempo parcial. Descanso semanal. Jornada. Fiestas laborales. Convenios colectivos.

Abstract: The commented ruling analyzes whether part-time employees, with an explicit agreement to distribute their working hours from Monday to Sunday and on bank holidays, are entitled to certain weekly rest periods coinciding with weekends and to a limit on the number of Sundays and bank holidays worked annually, as established in the Collective Bargaining Agreement for department stores.

Keywords: Part-time employment contract. Weekly rest. Working hours. Bank holidays. Collective bargaining agreements.

I. Introducción

La sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 29 de noviembre de 2024 resuelve la demanda de conflicto colectivo presentada por el sindicato UGT frente a la empresa Alcampo, solicitando que se reconozca el derecho de las personas trabajadoras con contrato a tiempo parcial, con pacto expreso de que las horas de trabajo se distribuirán de lunes a domingo y festivos, a los descansos semanales en sábado y domingo establecidos en el artículo 30 del Convenio colectivo estatal de grandes almacenes, y al límite al trabajo en domingo y festivos contenido en el artículo 31 de esta norma convencional.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Audiencia Nacional.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 160/2024, de 29 de noviembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: Procedimiento de conflicto colectivo núm. 299/2024.

ECLI:ES:AN:2024:6294.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilma. Sra. Dña. Ana Sancho Aranzasti.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La discrepancia se plantea en torno a la interpretación y aplicación del Convenio colectivo estatal del sector de grandes almacenes (Resolución de la Dirección General de Trabajo de 30 de mayo de 2023, BOE 9 de junio de 2023); y más concretamente de sus arts. 30.5 y 31.

La Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FeSMC-UGT) interpone demanda de conflicto colectivo ante la Audiencia Nacional, frente a la empresa Alcampo. Solicita el sindicato que se reconozca a las personas empleadas de esta empresa con contrato de trabajo a tiempo parcial el derecho a que se les apliquen las reglas contenidas en los arts. 30.5 y 31 del Convenio colectivo del sector de grandes almacenes.

Estos últimos contienen, en lo que aquí interesa, varias previsiones relativas al descanso semanal, así como a la obligación de prestar servicios en domingos y festivos.

En primer lugar, en lo referente al descanso semanal, declara el art. 30.5 del Convenio aludido que:

“las personas trabajadoras con más de cinco días de promedio de trabajo a la semana disfrutarán al menos de nueve fines de semana de descanso en los que se comprendan el sábado y el domingo”.

Así pues, el Convenio reconoce un derecho a tener descanso al menos nueve fines de semana al año a quienes reúnan el requisito establecido, que consiste en tener más de cinco días de promedio de trabajo a la semana. Además se fija una escala para ir aproximándose progresivamente a ese objetivo, el cual se alcanzará totalmente en el año 2026. A ello se añade que quienes trabajen en las zonas de apertura generalizada disfrutarán de un descanso de fin de semana adicional, alcanzando en 2026 la cifra de diez en total.

Conviene señalar que esta materia se aborda asimismo en el art. 20 del Plan de Igualdad de la empresa demandada. Respetando lo establecido en el art. 30.5 del Convenio colectivo de grandes almacenes, el Plan de Igualdad aporta algunas mejoras (concretamente, el derecho a que dos de los descansos en fin de semana se acumulen a un viernes o a un lunes dando lugar a tres días seguidos de descanso, de un lado; y de otro, a que quienes trabajan cuatro ó cinco días semanales de promedio anual disfruten de al menos seis libranzas de dos días consecutivos al año, de ellos dos en fin de semana).

En segundo lugar, en cuanto a la obligación de trabajar en domingos y festivos, el art. 31 del Convenio estatal de grandes almacenes preceptúa que:

“las personas trabajadoras con más de tres días de promedio anual de trabajo a la semana no tendrán obligación de trabajar en domingos o festivos, en centros o establecimientos abiertos al público más allá de 22 domingos y festivos en zonas de apertura generalizada”. Aportando a continuación una regulación específica para los casos de apertura al público no generalizada.

En síntesis, lo que hace este último artículo es fijar una limitación al número de domingos y festivos en que se debe trabajar al año, la cual resulta aplicable a quienes

reúnan el requisito establecido (tener más de tres días de promedio de trabajo a la semana).

Por otra parte, resulta relevante en este litigio la circunstancia de que en la empresa Alcampo, los contratos a tiempo parcial llevan incorporada la siguiente cláusula: *“La distribución del tiempo de trabajo será de lunes a domingo y festivos”*.

A partir de esta situación, el pleito se origina porque la empresa no está reconociendo los derechos que recogen los citados arts. 30.5 y 31 del Convenio colectivo de grandes almacenes a las personas trabajadoras a tiempo parcial, por las razones que a continuación se expondrán, lo que motiva la presentación de demanda de conflicto colectivo por parte del sindicato UGT.

En definitiva, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional deberá dirimir si las previsiones convencionales reseñadas deben aplicarse también a las personas trabajadoras a tiempo parcial de la empresa Alcampo, quienes según ha quedado dicho, tienen un pacto expreso en cuya virtud sus horas de trabajo se distribuirán de lunes a domingos y festivos.

IV. Posición de las partes

1. Parte demandante

Según sostiene la organización actora (FeSMC-UGT), a las personas que trabajan a tiempo parcial en Alcampo se les deben reconocer los derechos al descanso semanal en fin de semana y a la limitación del trabajo en domingos y festivos, en los términos que recogen los arts. 30.5 y 31 del Convenio colectivo estatal de grandes almacenes. Entendiéndose que cumplen los requisitos fijados en estos preceptos: tener respectivamente *“más de cinco días de promedio de trabajo a la semana”* (art. 30.5) y *“más de tres días de promedio anual de trabajo a la semana”* (art. 31).

Alega el sindicato que estas personas tienen una cláusula contractual según la cual sus horas de trabajo se distribuirán de lunes a domingo y festivos, lo que permite afirmar que trabajan de lunes a domingo y festivos, es decir más de cinco días a la semana. Por lo tanto, no permitirles el disfrute de estos derechos constituye una discriminación de quienes trabajan a tiempo parcial. Discriminación que incide además en sus derechos de conciliación, en una plantilla formada mayoritariamente por mujeres.

2. Parte demandada

La empleadora se opone a la demanda negándose a aplicar los arts. 30.5 y 31 del Convenio a quienes no realicen trabajo efectivo más de 5 y 3 días a la semana, respectivamente. Señala que debe distinguirse entre los días trabajados de promedio y los días *“potencialmente trabajados”*. Con relación a estos últimos, expone que la distribución de la jornada de las personas empleadas a tiempo parcial podrá realizarse en cualquier día de la semana, en consonancia con el art. 27 del Convenio (*“La distribución de la jornada podrá realizarse cualquier día de la semana”*); pero ello no quiere decir que todos los días de la semana y los festivos sean efectivamente laborables, sino tan solo potencialmente laborables. Y el requisito fijado en los arts. 30.5 y 31 se refiere a los días efectivamente trabajados.

También argumenta la empresa que no se trata aquí de una diferencia entre las personas trabajadoras a tiempo completo y a tiempo parcial. En este sentido, alega que quienes trabajan a tiempo completo pero solamente de lunes a viernes, tampoco cumplen el requisito de tener más de cinco días de promedio de trabajo a la semana y por lo tanto no se les reconocen los derechos al descanso en fines de semana que contiene el art. 30.5.

3. Parte interesada

Comparece también como parte interesada en este conflicto colectivo la Federación de Trabajadores Independientes de Comercio (FETICO); que en esencia

mantiene la misma posición que la empresa oponiéndose a la demanda, al entender que los arts. 30.5 y 31 del Convenio colectivo de grandes almacenes requieren, para su aplicación, la existencia de trabajo fáctico y no meramente teórico por encima de los días semanales fijados.

V. Normativa aplicable al caso

Normativa:

Como claramente se aprecia, la resolución de este litigio requiere establecer la correcta interpretación de los arts. 30 y 31 del Convenio colectivo estatal del sector de grandes almacenes (Resolución de la Dirección General de Trabajo de 30 de mayo de 2023, BOE 9 de junio de 2023), alusivos al descanso semanal y a la obligación de trabajar en domingos y festivos. Previsiones que han sido mejoradas por el III Plan de Igualdad de Alcampo, art. 20, como ya se ha señalado.

Para alcanzar la intelección correcta de las referidas cláusulas convencionales, la sentencia se apoya en las reglas de interpretación de las normas y de los contratos del Código Civil (Real Decreto de 24 de julio de 1889), en concreto en sus arts. 3.1; 1281; 1282; 1283; y 1285.

Con la misma finalidad interpretativa, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional pone en relación dichas cláusulas con el art. 37 del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre), en referencia al descanso semanal.

Jurisprudencia:

Esta sentencia nos recuerda la jurisprudencia emanada de la Sala Cuarta del TS sobre los criterios de interpretación de los convenios colectivos, con cita de las siguientes resoluciones:

- STS-SOC núm. 104/2020 (rcud 3174/2017), de 5 de febrero (ECLI:ES:2020:570).
- STS-SOC núm. 904/2020 (rco 132/2019), de 13 de octubre (ECLI:ES:2020:3376).
- STS-SOC núm. 904/2020 (rcud 132/2019), de 13 de octubre (ECLI:ES:TS:2020:3376).
- STS-SOC núm. 577/2020 (rcud 223/2018), de 1 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2462).
- STS-SOC núm. 1125/2020 (rco 80/2019), de 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2020:4407).
- STS-SOC núm. 1135/2020 (rco 76/2019), de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2020:4475).

VI. Doctrina básica

La doctrina de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en este pronunciamiento puede condensarse de esta manera:

- Los convenios colectivos deben interpretarse utilizando los siguientes criterios: 1º) interpretación literal; 2º) interpretación sistemática; 3º) interpretación histórica; 4º) interpretación finalista. Sin que proceda la interpretación analógica para cubrir lagunas, y teniendo en cuenta que el convenio debe ser interpretado en su conjunto.
- Los arts. 30.5 y 31 del Convenio colectivo estatal del sector de grandes almacenes deben entenderse en el sentido de que los derechos al descanso semanal y a la limitación del trabajo en domingos y festivos que recogen solamente se aplican a las personas que trabajen, efectivamente, más del número establecido de días por semana, como promedio anual.
- No se aprecia discriminación de las personas trabajadoras a tiempo parcial ni tampoco discriminación por razón de sexo, dado que las reglas

controvertidas se aplican por igual a quienes trabajan a tiempo parcial pero cumplen el requisito expresado, consistente en prestar servicios más de 3 o más de 5 días a la semana de promedio.

VII. Parte dispositiva

Se desestima la demanda, con base en los preceptos convencionales y legales y en la doctrina jurisprudencial reseñados, absolviendo a la empresa de todos los pedimentos.

Sin imposición de costas.

VIII. Pasajes decisivos

La Sala de lo Social de la AN se apoya en la doctrina jurisprudencial sobre la interpretación de los convenios colectivos:

- *Atendida la singular naturaleza mixta de los convenios colectivos (contrato con efectos normativos y norma de origen contractual), la interpretación de los mismos debe hacerse utilizando los siguientes criterios: 1º) La interpretación literal, atendiendo al sentido literal de sus cláusulas, salvo que sean contrarias a la intención evidente de las partes (arts. 3.1 y 1281 CC). 2º) La interpretación sistemática, atribuyendo a las cláusulas dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas (arts. 3.1 y 1285 CC). 3º) La interpretación histórica, atendiendo a los antecedentes históricos y a los actos de las partes negociadoras (arts. 3.1 y 1282 CC). 4º) La interpretación finalista, atendiendo a la intención de las partes negociadoras (arts. 3.1, 1281 y 1283 CC). 5º) No cabrá la interpretación analógica para cubrir las lagunas del convenio colectivo aplicable. 6º) Los convenios colectivos deberán ser interpretados en su conjunto, no admitiéndose el “espigueo”.*

Se concluye que las cláusulas convencionales en discusión solo resultan aplicables a quienes trabajan de hecho más de cinco o de tres días por semana, a través de la interpretación literal, es decir el primero de los referidos criterios, para lo que se acude incluso al diccionario:

- *Si efectivamente los arts. 30 y 31 condicionan el reconocimiento de los derechos a trabajar “de promedio” más de cinco o más de tres días de trabajo a la semana, siendo el promedio según el diccionario de la RAE el término medio de algo, es obvio que para el cálculo del mismo se deben haber trabajado los días sobre los que se calcula la media, sin que sea posible, como aquí se pretende, extender dicho cálculo a los hipotéticos días que pudieran trabajarse.*

Y ello, sin que esta intelección implique discriminación alguna de las personas trabajadoras a tiempo parcial, ni tampoco discriminación por razón de sexo:

- *A los trabajadores contratados a tiempo parcial que efectivamente han trabajado una media superior a la fijada en el convenio, se les ha reconocido el derecho que ahora se exige por lo que ninguna vulneración del derecho a la igualdad puede aducirse respecto a los trabajadores a tiempo completo ni apreciarse discriminación alguna tomando en consideración el dato de la alta feminización de la plantilla de la empresa.*

IX. Comentario

El conflicto colectivo que dirime esta sentencia gira en torno a la aplicabilidad a los trabajadores a tiempo parcial de dos artículos del Convenio colectivo estatal de grandes almacenes, como ya se ha expuesto.

Versan estos sobre el descanso semanal y el trabajo en domingos y festivos, materia en la cual las personas trabajadoras a tiempo parcial tienen los mismos derechos que quienes lo hacen a tiempo completo, sin que deba aplicarse a su tiempo de descanso ninguna reducción proporcional a la de su jornada. Así se desprende del art. 12.4 d) ET, que veta toda discriminación, y establece la proporcionalidad de los derechos únicamente cuando corresponda en atención a su naturaleza.

Significa ello que este colectivo de trabajadores está sometido, sin particularidades, al vigente régimen legal del descanso semanal y de las festividades laborales, ubicado en el art. 37 ET. Precepto que es desarrollado a su vez por varias normas reglamentarias: el RD 1561/1995, de 21 de septiembre, cuyo art. 6 establece algunas peculiaridades aplicables al sector del comercio (al que pertenece la empresa Alcampo); así como el RD 2001/1983, de 28 de julio, cuyo art. 47, que sigue en vigor, impone un incremento del 75% en la retribución de las horas prestadas en festivo o durante los días de descanso semanal salvo descanso compensatorio (pero que solamente resulta aplicable a las horas extraordinarias, SSTs, Social, 13 de mayo de 2014 -rec.181/2013-, 17 de junio de 2018 -rec. 227/2016- y 18 de diciembre de 2020 -rec. 62/2019-).

Como no podría ser de otra manera, este régimen legal y reglamentario que acaba de exponerse es mejorable por la vía del convenio colectivo, y a ello se dedican los dos preceptos convencionales discutidos. En primer lugar, el art. 30.5 del Convenio colectivo de grandes almacenes recoge el derecho a tener descansos semanales que coincidan con el fin de semana completo, como mínimo, nueve veces al año.

Al respecto, es importante poner de relieve que nuestro ordenamiento no reconoce a las personas trabajadoras un derecho a que su descanso semanal coincida con el fin de semana, por lo que esta cláusula del convenio supone una evidente mejora.

Y es que en efecto, el art. 37 ET admite sin ambages que el trabajo en domingos pueda formar parte de la jornada ordinaria. Pues cuando afirma que el descanso semanal comprenderá el día completo del domingo y parte del sábado o del lunes “*con carácter general*”, está expresando que la coincidencia con el domingo tiene un carácter meramente dispositivo y que por tanto puede fijarse otro día de la semana para el descanso, siempre que así se acuerde por convenio o por contrato. Incluso cuando se haya establecido que el descanso tenga lugar en fin de semana, este puede acumularse por periodos de hasta catorce días, lo que trae como resultado igualmente que se presten servicios en fin de semana. Y a todo ello se suma que, en el sector del comercio al que pertenece la empresa Alcampo, el art. 6 del Real Decreto 1561/1995 permite trocear el descanso semanal de día y medio, separando el medio para su disfrute en otro día de la semana o para su acumulación por periodos de hasta cuatro semanas. Todo lo cual lleva a concluir que poder gozar de descansos que comprendan enteramente el sábado y el domingo, como recoge el art. 30.5 del Convenio, es una mejora nada desdeñable con relación al marco legal, para las personas trabajadoras del comercio.

Por otra parte, el art. 31 del mismo Convenio fija un tope al número de domingos y festivos que los empleados han de trabajar obligatoriamente en un año, como ya se ha indicado.

Poniendo esta última cláusula en relación con la ordenación legal hay que partir de que, según acaba de afirmarse, el ET permite que el trabajo en domingos forme parte de la jornada ordinaria; y lo cierto es que no establece ninguna limitación al número de domingos que se deba trabajar anualmente.

Y en lo que concierne a las festividades, a pesar del tenor literal del art. 37.2 (“*Las fiestas laborales, que tendrán carácter retribuido y no recuperable*”), la jurisprudencia admite que las empresas puedan exigir a sus trabajadores el trabajo en festivos, incluso dentro de la jornada ordinaria, siempre que concurren razones técnicas y organizativas -SSTs, Social, 11 de febrero de 2010 (rec. 33/2009); y 20 de abril de 2010 (rec. 3296/2008)-

Fácilmente se comprende, así pues, que la limitación del número de domingos y festivos anuales de trabajo supone asimismo otra importante ventaja, fijada por vía convencional.

Ahora bien, se trata de dos mejoras que el Convenio de grandes almacenes no asigna a toda la plantilla, sino únicamente a quienes cumplan determinadas exigencias. Y es en la configuración de estos requerimientos donde surgen las dudas.

La primera es qué significan exactamente los requisitos fijados: tener “más de cinco días de promedio de trabajo a la semana”, o “más de tres”. La Sala responde que equivale a trabajar de hecho más de cinco o más de tres días por semana de media, y que no es suficiente con que la actividad pueda desarrollarse en cualquiera de los días de la semana y los festivos. Argumentando que para poder calcular el promedio o término medio de algo, se deben tener los datos reales y efectivos (los días trabajados); y no los datos hipotéticos (días en los que teóricamente pudiera trabajarse).

Pero una vez sentada la interpretación correcta surge un problema nada desdeñable, consistente en que quedan fuera del disfrute de los derechos controvertidos la gran mayoría de los trabajadores a tiempo parcial.

La Sala entiende que aun así no concurre discriminación alguna, porque la aplicabilidad de las cláusulas analizadas no depende de que se tenga un contrato a tiempo completo o a tiempo parcial, sino de que se trabaje de media más de un número de días por semana. De manera que existen algunas personas con contrato a tiempo completo que no cumplen la condición establecida, por ejemplo, porque trabajan de lunes a viernes y por tanto no lo hacen más de cinco días por semana; y a la inversa personas con contrato a tiempo parcial que sí la cumplen, porque independientemente de cuántas horas trabajen, lo hacen un número de días por semana superior al requerido.

La sentencia examinada refuerza su argumentación aludiendo a “la finalidad de los negociadores” (interpretación finalista), para afirmar que el art. 30.5 del Convenio pretende favorecer a quienes trabajan más de cinco días a la semana, que son justamente quienes tienen mayores dificultades de conciliación, compensándoles con una serie de fines de semana completos de descanso para que puedan atender sus necesidades familiares.

En cuanto a la limitación a la prestación laboral en domingos y festivos contenida en el art. 31, aplicable solo a quienes trabajan más de tres días por semana, y aunque la sentencia no lo menciona expresamente, la empresa alude en su argumentación a cuál pueda ser el sentido de este requisito: permitir que la empleadora realice contrataciones de tres o menos días semanales, que le sirvan para cubrir precisamente los fines de semana; posibilitando a la vez que las personas así empleadas pueda compatibilizar esta actividad con otra.

Finalmente, la Sala de lo Social de la AN descarta que concurra discriminación por razón de sexo, remitiéndose al mismo razonamiento que conduce a descartar la discriminación de las personas trabajadoras a tiempo parcial.

Ello, a pesar de la relación directa que tienen los preceptos convencionales controvertidos con la conciliación de la vida laboral y familiar, tal y como declara el propio art. 30.5 del Convenio que comienza afirmando: “*A fin de facilitar la conciliación de la vida laboral con la familiar...*”. Y recuérdese que el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral puede constituir discriminación por razón de sexo, según tiene declarado el Tribunal Constitucional -SSTC 3/2007, de 15 de enero y 26/2011, de 14 de marzo- y tal y como explicita el art. 4.2 c) ET. A lo que se añade, en este caso, el alto grado de feminización de la plantilla de la empresa, como expresa el sindicato demandante.

X. Apunte final

Según se desprende de esta Sentencia, no resultan discriminatorias las cláusulas del Convenio analizado, que excluyen del reconocimiento de algunos derechos a quienes no alcanzan a trabajar más de cierto número de días por semana,

En otros términos, para la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, este Convenio no vulnera la Directiva 97/81/CE, Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, cuando dispone: *“Por lo que respecta a las condiciones de empleo, no podrá tratarse a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas”*.

Pero inevitablemente, la solución de este litigio suscita algunos interrogantes. En primer lugar, cabe preguntarse si el convenio colectivo podría igualmente dejar fuera de un beneficio a las personas trabajadoras cuya jornada no alcanzase un determinado número de horas por semana (en lugar de un número de días por semana como aquí sucede).

Más concretamente qué sucedería si por ejemplo, una cláusula convencional exigiera, para el reconocimiento de determinados derechos, tener una jornada que alcanzase como mínimo un porcentaje de horas de la jornada completa; de tal manera que entre las personas trabajadoras a tiempo parcial, algunas cumplieran el requisito y otras no. Pues bien, la respuesta la encontramos en la Sentencia de esta misma Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 6 de marzo de 2013 (Rec. 253/2009), que anuló por discriminatorio un precepto del Convenio colectivo de grandes almacenes 2009-2012, que declaraba: *“Los trabajadores a tiempo parcial que realicen una jornada igual o superior al 80% de la máxima prevista en el Convenio disfrutarán de iguales derechos que los empleados a tiempo completo, salvo los salariales que se abonarán a prorrata de su jornada”*.

Téngase presente, de otro lado, que para que se aprecie discriminación de los trabajadores a tiempo parcial, no es óbice que el precepto controvertido excluya solo a una parte y no a la totalidad de este colectivo, según se desprende de la doctrina del TJUE. En este sentido es ilustrativa la Sentencia de 19 de octubre de 2023, Lufthansa Cityline, Asunto C-660/2020. En ella se declaró discriminatoria una cláusula convencional que condicionaba el pago de una retribución complementaria a la superación de un número de horas de trabajo, de tal modo que para los pilotos a tiempo parcial la probabilidad de alcanzar el umbral fijado era “significativamente inferior a la de los pilotos a tiempo completo”. Otros supuestos en los que el TJUE apreció discriminación a pesar de que no afectaba a todos los trabajadores a tiempo parcial sino solo a algunos, serían los resueltos en las SSTJUE 27 de mayo de 2004, Elsner-Lakeberg, C-285/2002; y 10 de junio de 2010, Bruno y Pettini, Asuntos C-395/08 y 396/08.

§ 10 ¿Los representantes legales de los trabajadores pueden acceder al registro de jornada en cualquier momento y de manera inmediata?

María Areta Martínez

Secretaria de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos

Resumen: La SAN-SOC núm. 168/2024, de 9 de diciembre, desestima la demanda de conflicto colectivo en la que se insta que se declare la obligación de la empresa de habilitar un sistema de registro diario de la jornada que resulte accesible para los representantes legales de los trabajadores (RLT) en cualquier momento y de manera inmediata. En el sector de la banca, la empresa tiene la obligación convencional de entregar cada mes a los RLT la información del registro diario de la jornada en los términos pactados en el acuerdo sectorial y en el propio Convenio Colectivo estatal del sector de la banca. La Sala dictamina que, más allá de la referida obligación convencional, del tenor literal del artículo 34.9 del ET no deriva una obligación legal, diferenciada y complementaria, de que el registro de jornada que la empresa pone disposición de los RLT haya de ser accesible en cualquier momento y de manera inmediata.

Palabras clave: Acceso al registro diario de la jornada laboral. Representantes legales de los trabajadores (RLT).

I. Introducción

Las páginas que siguen a continuación tienen por objeto comentar los Antecedentes de Hecho, los Fundamentos de Derecho y el Fallo de la SAN-SOC núm. 168/2024, de 9 de diciembre (ECLI:ES:AN:2024:6352), que resuelve demanda de conflicto colectivo interpuesta por la Federación Sindicat D'estalvi de Catalunya – Sindicato de Empleados de Crédito (Federación SEC) contra el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA SA). La demanda insta que se declare la obligación de la empresa de mantener a disposición de los representantes legales de los trabajadores (RLT) un sistema de registro diario de la jornada que sea accesible en cualquier momento y de manera inmediata.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 168/2024, de 9 de diciembre.

Tipo y número de procedimiento: procedimiento de conflicto colectivo núm. 54/2022.

ECLI:ES:AN:2024:6352

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Piñonosa Ros.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

En el sector de la banca, la empresa tiene la obligación convencional de proporcionar cada mes el contenido del registro diario de la jornada a los representantes unitarios y sindicales de los trabajadores. Así lo establecen: 1) el apartado IV.2 del Acuerdo sobre registro diario de la jornada del Convenio Colectivo estatal del sector de la banca (BOE núm. 30, de 4 febrero 2020) y 2) el artículo 29.IV.2 del XXIV Convenio Colectivo del sector de la banca (BOE núm. 76, de 30 marzo 2021). Para la entidad BBVA, dicha obligación convencional también se desprende del apartado V del acuerdo de empresa suscrito el 25 de septiembre de 2019 con las secciones sindicales de CC.OO., UGT y ACB, que representan el 72,69 % de la representación legal de la plantilla.

La cuestión de fondo consiste en determinar si más allá de la referida obligación convencional, la empresa BBVA tiene una obligación legal complementaria, ex artículo 34.9 del ET, de habilitar un registro diario de la jornada al que los representantes legales de los trabajadores (RLT) tengan acceso en cualquier momento y de manera inmediata. En palabras de la propia Sala de lo Social de la AN, *no se discute, por tanto, ni la exigencia legal del registro de jornada, ni la existencia de un acuerdo de empresa sobre registro de jornada alcanzado con el 72,69 % de la representación legal de la plantilla ni la existencia de un acuerdo sectorial sobre registro diario de jornada del Convenio Colectivo del sector de la banca. Lo solicitado es, únicamente, que se reconozca la obligación empresarial de poner a disposición de la RLT el registro horario de modo que sea accesible en cualquier momento y de manera inmediata, sin que pueda limitarse la empresa a poner a disposición de las secciones sindicales un listado mensual.*

IV. Posiciones de las partes

1. La parte demandante (sindicatos)

Los sindicatos demandantes sostienen que, en aplicación del artículo 34.9 del ET, la RLT tiene el derecho de acceder en cualquier momento y de forma inmediata al registro de jornada. Para sustentar dicha postura, los sindicatos demandantes se apoyan en dos instrumentos: 1) la *Guía sobre Registro de Jornada* elaborada en su día por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social; y 2) el Criterio Técnico núm. 101/2019 sobre actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de registro de jornada. Ambos instrumentos aluden a un sistema de registro diario de la jornada que resulte accesible para la RLT en cualquier momento y de manera inmediata. Los sindicatos demandantes consideran que la empresa tiene una obligación legal en tal sentido, que solo puede ser mejorada en la negociación colectiva.

2. La parte demandada (empresa)

La empresa demandada (BBVA) se opuso en su día a la demanda alegando inadecuación de procedimiento porque existe un acuerdo sobre registro de jornada en el Convenio Colectivo estatal del sector de la banca acerca de cómo se accede por la RLT al registro de jornada, que es el que también se aplica conforme a los acuerdos de empresa alcanzados, indicándose que tampoco se está solicitando la nulidad de estos acuerdos, lo cual provoca defecto legal en el modo de proponer la demanda.

La SAN-SOC núm. 51/2022, de 31 de marzo (ECLI:ES:AN:2022:1354), apreció inadecuación de procedimiento para resolver la demanda, que quedó desestimada sin entrar al fondo del asunto. Posteriormente, la STS-SOC núm. 1142/2024, de 17 de septiembre (RCO núm. 191/2022. ECLI:ES:TS:2024:4573), estimó el recurso, casando y anulando la SAN-SOC núm. 51/2022, de 31 de marzo, ordenando retrotraer las acciones al momento anterior al de dictarse para que la Sala de lo Social de la AN, con libertad de criterio y actuación, dictase nueva sentencia partiendo de la adecuación del procedimiento de conflicto colectivo seguido.

V. Normativa aplicable al caso

La SAN-SOC núm. 168/2024 fundamenta el Fallo en la normativa señalada a continuación:

- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) (BOE núm. 255, de 24 octubre 2015): artículo 34.9, cuyo tenor literal es el siguiente:

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

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

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

- Acuerdo suscrito el 18 de diciembre de 2019 sobre registro diario de jornada del Convenio Colectivo del sector de la banca (Código de convenio núm. 99000585011981. BOE núm. 30, de 4 febrero 2020). El apartado IV.2, referido a la accesibilidad a la información registrada por los representantes legales de los trabajadores, dispone:

Con carácter mensual la Empresa facilitará a la representación legal de los trabajadores, mediante soporte informático que permita su tratamiento (hoja de cálculo o similares) el contenido del registro de jornada de las personas trabajadoras del centro de trabajo en el que ejerzan su representación. La misma información, y en los mismos términos, se facilitará a los Delegados Sindicales en el ámbito de su representación, de conformidad con lo establecido en los artículos 10.2. y 10.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

Esta información, también podrá facilitarse a través de las Secciones Sindicales de Empresa, según lo establecido en el artículo 60 del Convenio Colectivo.

- XXIV Convenio Colectivo estatal del sector de la banca (Código de convenio núm. 990005850119. BOE núm. 76, de 30 marzo 2021). El artículo 29.IV.2, referido a la accesibilidad a la información registrada por los representantes legales de los trabajadores, dispone:

Con carácter mensual la Empresa facilitará a la representación legal de los trabajadores, mediante soporte informático que permita su tratamiento (hoja de cálculo o similares) el contenido del registro de jornada de las personas trabajadoras del centro de trabajo en el que ejerzan su representación. La misma información, y en los mismos términos, se facilitará a los Delegados Sindicales en el ámbito de su representación, de conformidad con lo establecido en los artículos 10.2. y 10.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

Esta información, también podrá facilitarse a través de las Secciones Sindicales de Empresa, según lo establecido en el artículo 60 del Convenio Colectivo.

VI. Doctrina básica

La SAN-SOC núm. 168/2024, de 9 de diciembre, declara que **la empresa no tiene obligación legal** de habilitar un sistema de registro diario de la jornada al que los RLT pueden acceder en cualquier momento y de manera inmediata. La Sala argumenta que:

- Del tenor literal del artículo 34.9 del ET no se desprende que el registro de jornada sea accesible en cualquier momento y de manera inmediata para los RLT.
- El artículo 34.9.párrafo 3º del ET establece dos obligaciones legales del empresario: 1) conservar los registros diarios de la jornada durante cuatro años y 2) poner los registros diarios de la jornada a disposición de las personas trabajadoras, de los RLT y de la ITSS. La Sala considera que la obligación que tiene la empresa de poner los registros de disposición de los RLT no significa que tal puesta a disposición haya de ser inmediata. Una cosa es que los registros deben “permanecer” a disposición de los RLT y otra que tengan que permanecer a disposición de manera “inmediata” y “en cualquier momento”.
- La obligación legal del empresario de habilitar un sistema de registro diario de la jornada al que los RLT pueden acceder de manera inmediata y en cualquier momento no puede derivar de guías o criterios técnicos porque estos carecen de carácter vinculante.

La SAN-SOC núm. 168/2024, de 9 de diciembre, declara que **la empresa no tiene obligación convencional** de habilitar un sistema de registro diario de la jornada al que los RLT pueden acceder en cualquier momento y de manera inmediata. La Sala destaca que la obligación convencional del empresario que se desprende tanto del apartado IV del Acuerdo sobre registro diario de jornada del Convenio Colectivo estatal del sector de banca como del artículo 29.IV.2 del XXIV Convenio Colectivo estatal del sector de banca aplicable es la de facilitar con carácter mensual a los RLT el contenido del registro de jornada de las personas trabajadoras del centro de trabajo en el que ejercen su representación. Más allá de esta obligación convencional, la empresa no tiene una obligación legal adicional diferenciada de poner el registro a disposición de los RLT de manera inmediata y en cualquier momento.

VII. Parte dispositiva

La Sala de lo Social de la AN falla en los términos siguientes:

- **Primero.** Desestimar la demanda de conflicto colectivo interpuesta por la Federación Sindicat D'estalvi de Catalunya – Sindicato de Empleados de Crédito (Federación SEC), a la que se adhirieron los sindicatos CIG, ELA y CGT, contra el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA SA), absolviendo a tal demandada de las pretensiones contenidas en la demanda.
- **Segundo.** Sin imposición de cotas.

VIII. Comentario

1. Con carácter general, el acceso de los RLT al registro de jornada en cualquier momento y de manera inmediata no está previsto legalmente

La SAN-SOC núm. 168/2024, que ahora se comenta, expone con claridad que si el legislador quisiera establecer un sistema de acceso al registro de jornada inmediato y en cualquier momento *habría de resultar de manera inequívoca de la previsión legal*. Resulta que no hay previsión legal al respecto. La Sala de lo Social de la AN declara que:

- Del tenor literal del artículo 34.9 del ET no se desprende la obligación legal de la empresa de habilitar un sistema de registro diario de la jornada que permita a los RLT el acceso de forma inmediata y en cualquier momento.

- La existencia de guías^[1] o criterios técnicos^[2] que contemplen el acceso al registro diario de la jornada de forma inmediata y en cualquier momento no comporta la existencia de una obligación legal. Dichos instrumentos (guías, criterios) no son normas jurídicas de carácter vinculantes de las que derive una obligación legal.

El 4 de febrero de 2025, el Consejo de Ministros aprobó el **Anteproyecto de Ley para la reducción de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, el registro de jornada y el derecho a la desconexión**. El artículo primero del Anteproyecto de Ley prevé la incorporación de un nuevo artículo 34 bis en el ET con el fin de regular de manera unificada el registro de jornada, suprimiendo el artículo 34.9 (registro de la jornada ordinaria), el artículo 12.4.c) (registro de la jornada parcial) y el artículo 35.5 (registro de las horas extraordinarias). Llegados a este punto interesa destacar la referencia del Anteproyecto de Ley al sistema de acceso al registro diario de la jornada:

Las personas trabajadoras, sus representantes legales y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social podrán acceder de forma inmediata al registro en el centro de trabajo, y en cualquier momento. Además, el registro deberá ser accesible de forma remota para la Inspección de Trabajo y Seguridad social y para la representación de las personas trabajadoras.

En definitiva, el Anteproyecto de Ley contempla el acceso al registro de jornada de forma inmediata y en cualquier momento tanto por parte de las personas trabajadoras, como de los RLT y de la ITSS. No obstante, mientras los RLT y la ITSS podrán acceder al mismo tanto en el centro de trabajo como de forma remota, para las personas trabajadoras el acceso solo se contempla en el centro de trabajo, no así en remoto.

Esta nueva previsión legal cuenta con un plazo específico de entrada en vigor. Concretamente, la disposición final cuarta del Anteproyecto de Ley establece que el nuevo artículo 34 bis del ET *entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el BOE, a excepción de la obligación de interoperabilidad y accesibilidad remota al registro, que entrará en vigor cuando se determine en el reglamento de desarrollo del artículo 34.bis*.

El hecho de que el referido Anteproyecto de Ley incorpore como novedad el acceso al registro de jornada de forma inmediata y en el cualquier momento viene a confirmar que, efectivamente, tal y como indica la SAN-SOC núm. 168/2024, la normativa legal actualmente vigente no establece una obligación empresarial diferenciada en tal sentido.

Nótese que el referido Anteproyecto de Ley constituye un primer paso del procedimiento legislativo. Así, habrá que prestar atención al *iter* que siga a partir del 5 de febrero de 2025, examinando: 1) los informes preceptivos (Informe del Ministerio de Economía, Comercio y Empresa; Informe del Ministerio de Seguridad Social y Migraciones; Dictamen del CES^[3]; Dictamen del Consejo de Estado; etc.), 2) la posterior revisión que el Consejo de Ministros haga del Anteproyecto para su transformación en Proyecto de Ley, 3) la ulterior remisión al Congreso de los Diputados para su tramitación en la que cabe la posibilidad de presentar enmiendas. Tras la aprobación definitiva, la Ley será sancionada y promulgada por el Rey y finalmente publicada en el BOE. Caso de que el futuro Proyecto de Ley salga adelante y teniendo en cuenta la *vacatio legis* prevista para el nuevo artículo 34 bis del ET, todo parece indicar que el acceso al registro de jornada de forma inmediata y en cualquier momento resultará legalmente exigible no antes del segundo semestre del año 2026.

2. *Con carácter particular para el sector de la banca, el acceso de los RLT al registro de jornada en cualquier momento y de manera inmediata no está previsto convencionalmente*

La SAN-SOC núm. 168/2024, que ahora se comenta, expone con claridad la ausencia de una obligación empresarial, tanto legal como convencional, de habilitar un sistema de registro diario de la jornada que permita a los RLT acceder al mismo de forma inmediata y en cualquier momento.

El artículo 34.9.párrafo 2º del ET dispone que el sistema de organización y documentación del registro diario de la jornada será el previsto mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, el que establezca la empresa, previa consulta con los RLT. Por tanto, el artículo 34.9 del ET no concreta ningún sistema de organización y documentación del registro de jornada, regulando esta materia por remisión a la negociación colectiva; y a falta de previsión convencional, el empresario podrá fijarlo unilateralmente, previa consulta con los RLT.

En el caso ahora examinado, el sistema de organización y documentación del registro de jornada se ha fijado convencionalmente a través de tres instrumentos:

- Apartado V del Acuerdo de empresa sobre “Registro de Jornada”, suscrito el 25 de septiembre de 2019 entre la empresa BBVA y las secciones sindicales de CC.OO., UGT y ACB.
- Apartado IV.2 del Acuerdo sobre registro diario de la jornada del Convenio Colectivo del sector de la banca, suscrito el 18 de diciembre de 2019 (BOE núm. 30, de 4 febrero 2020).
- Artículo 29 del XXIV del Convenio Colectivo estatal del sector de la banca, suscrito el 29 de enero de 2021 (Código convenio núm. 99000585011981. BOE núm. 76, de 31 marzo 2021).

Los tres instrumentos coinciden al señalar que *Con carácter mensual la Empresa facilitará a la representación legal de los trabajadores, mediante soporte informático que permita su tratamiento (hoja de cálculo o similares) el contenido del registro de jornada*. Por tanto, no cabe afirmar la existencia de una obligación convencional de las empresas del sector de la banca de habilitar un sistema de registro diario de la jornada al que la RLT tenga acceso de manera inmediata y en cualquier momento.

El 12 de diciembre de 2024 se suscribió el XXV Convenio Colectivo estatal del sector de la banca ((Código convenio núm. 99000585011981. BOE núm. 1, de 1 enero 2025), cuyo artículo 29.IV.2, siguiendo la estela del precedente: 1) mantiene la obligación de la empresa de proporcionar cada mes a la RLT la información del registro diario de la jornada; y 2) omite toda referencia a la obligación de la empresa de habilitar un sistema de registro diario de la jornada al que la RLT pueda acceder de manera inmediata y en cualquier momento.

IX. Apunte final

A modo de apunte final merece la pena concluir con dos ideas sobre la habilitación de un sistema de registro diario de la jornada al que los RLT tengan acceso en cualquier momento y de manera inmediata:

- **Ausencia de una obligación empresarial de carácter general.** La habilitación de un sistema de registro diario de la jornada al que los RLT tengan acceso de forma inmediata y en cualquier momento no es una obligación empresarial legal y de carácter general porque no se desprende de manera inequívoca del artículo 34.9 del ET. Habrá que seguir el devenir del *Anteproyecto de Ley para la reducción de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, el registro de jornada y el derecho a la desconexión* y constar si la obligación empresarial en cuestión termina materializándose como obligación legal de carácter general (para todas las empresas y sectores de actividad) y en qué términos.

- **Existencia de una obligación convencional de carácter particular para concretas empresas.** La habilitación de un sistema de registro diario de la jornada al que los RLT tengan acceso de forma inmediata y en cualquier momento puede ser una obligación convencional del empresario cuando así resulte de lo dispuesto en el convenio colectivo aplicable o mediante acuerdo de empresa. En el sector de la banca, tal obligación convencional no existe porque no está prevista en el XXV Convenio Colectivo del sector de banca (Código convenio núm. 99000585011981. BOE núm. 1, de 1 enero 2025), que es el actualmente vigente; todo ello a salvo de lo que pueda establecerse vía acuerdo de empresa para una concreta entidad bancaria. Este Convenio Colectivo se pronuncia en términos idénticos al precedente, permitiendo acceder a la información del registro diario de la jornada en los términos siguientes (artículo 29.IV): 1) la persona trabajadora puede acceder en cualquier momento, pero solo de forma exclusiva a sus propios datos; y 2) los representantes unitarios y sindicales de los trabajadores pueden acceder con carácter mensual a la información del registro correspondiente a las personas trabajadoras del centro de trabajo en el que ejerzan su representación.

Referencias:

1. ^ *Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social: Guía sobre el Registro de Jornada.* [LINK](#)
2. ^ *Criterio Técnico núm. 101/2019, sobre actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de registro de jornada.* [LINK](#)
3. ^ *Vid., Dictamen del CES, de 26 de febrero de 2025, sobre el Anteproyecto de Ley para la reducción de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, el registro de jornada y el derecho a la desconexión.* [LINK](#)

§ 11 **El TEDH, la libertad de expresión, y los códigos morales normativizados destinados a disciplinar el desarrollo de una actividad profesional.**

Luisa María Gómez Garrido

Presidenta y Magistrada de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha

Resumen: *Resulta admisible que el Estado imponga ciertas exigencias de alcance moral con relación a la conducta exigible a un profesor. Pero en el caso concreto la injerencia del Estado no resultaba necesaria, en cuanto la conducta considerada quedaba al margen de la actividad profesional del demandante, limitándose a su vida privada y, además, se desarrollaba en el marco de un blog en internet no destinado a menores.*

Palabras clave: *Libertad de expresión. Ejercicio profesional. Códigos morales. Injerencia legítima.*

Abstract: *It is acceptable for the State to impose certain requirements of moral scope in relation to the conduct required of a teacher. But in the specific case the interference of the State was not necessary, since the conduct in question was outside the professional activity of the plaintiff, was limited to his private life and, furthermore, was carried out within the framework of an internet blog not intended for minors.*

Keywords: *Freedom of expression. Professional practice. Moral codes. Legitimate interference.*

I. Introducción

El presente comentario tiene por objeto la STEDH abajo referenciada, que resuelve, para estimar, la reclamación presentada por P., un profesor de educación secundaria, frente al Estado polaco, que le había despedido, entre otras cosas, y de manera más significativa, por escribir un blog de Internet para adultos con contenido sexual. Las autoridades calificaron dicha actividad como una afrenta a las costumbres sociales imperantes en el país y una vulneración de las exigencias dignidad y decoro aplicables a los profesores. El TEDH ha entendido que, aunque dichas exigencias morales fueran legítimas, la actividad privada del demandante no incidía en sus deberes profesionales, al no dirigirse a sus alumnos.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección 1ª.

Fecha de la resolución judicial: 13 de febrero de 2025.

Tipo y número de procedimiento: Demanda núm. 56310/15.

ECLI:CE:ECHR:2025:0213JUD005631015

Fuente: HUDOC

Ponente: No consta

Votos Particulares: De los jueces Wojtyczek, Paczolay y Poláčeková.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

P. es un profesor que impartía clases de polaco e inglés a estudiantes de secundaria de entre quince a dieciocho años. Sus antecedentes profesionales eran impecables ya que, no solo no existían quejas o correcciones disciplinarias previas, sino que, además, había sido distinguido como mejor profesor en todos los años de 2008 a 2012 y, además, había ganado varios concursos nacionales como mejor tutor de 2010 a 2013.

Al margen de lo anterior, P. supervisó en 2013 dos viajes escolares, en los que fue acompañado por su pareja del mismo sexo. El demandante conocía que, de acuerdo con la Ordenanza del Ministerio de Educación sobre organización del turismo por parte de los centros escolares, solo podían asistir a una excursión escolar las personas previamente inscritas, siendo además práctica consolidada que no se podía invitar a terceros.

De manera concurrente con lo anterior, entre 2012 y 2013 P. había escrito unas cien entradas en un blog público dirigido a hombres homosexuales, al que se accedía declarando previamente que se era mayor de edad. En dicho blog P. hablaba de su vida cotidiana y sentimientos, y había colgado diversas fotografías de contenido abiertamente homosexual, aunque en ninguna de ellas se mostraban órganos sexuales ni relaciones sexuales explícitas. Además, en varias entradas del blog P. habló de manera despectiva o burlona de sus compañeros y superiores, y en alguna ocasión también de sus alumnos. Si bien el blog era inicialmente anónimo, el mismo había sido leído y comentado por el personal de la escuela, y al menos unos cuantos alumnos conocían de su existencia.

En julio de 2013, y previa petición del director del centro, se incoó un expediente disciplinario que terminó con propuesta de amonestación con apercibimiento. A pesar de ello, en diciembre de 2013 la Comisión Disciplinaria acordó el despido de P., considerando que era responsable de una violación de la dignidad de la profesión docente y de los deberes asociados.

El demandante recurrió esta decisión, reconociendo los hechos relativos a las excursiones escolares, pero aduciendo que no se había producido dejación de ningún deber profesional. Igualmente, admitió que escribir en el blog en los términos descritos era censurable, aunque ello se debió a una situación personal complicada, entendiendo que, en todo caso, la sanción era desproporcionada. En septiembre de 2014 la Comisión de Apelación anuló la sanción previa y archivó el procedimiento disciplinario.

A su vez, esta decisión fue recurrida por el representante del Ministerio de Educación Nacional y, finalmente, en mayo de 2015, el Tribunal de Apelación decidió confirmar la sanción de expulsión o despido del demandante, considerando, en lo esencial que, además de infringir los criterios sobre la realización de excursiones, había incurrido en una conducta indigna, de carácter "profano, obsceno y sexual", sin hacer mención específica a la eventual difamación a otros profesores o superiores. Dicha decisión era firme, y contra ella se presentó demanda ante el TEDH.

IV. Posición de las partes

El demandante planteó ante el Tribunal la eventual vulneración de dos derechos.

De un lado, afirmó que se había afectado el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH), en relación con el art. 14 del mismo texto,

por entender que su despido disciplinario suponía una vulneración de su derecho al respeto de su vida privada y familiar, así como la prohibición de discriminación. En particular, alegó que la sanción se había fundado en prejuicios relativos a su orientación sexual y su relación con una pareja del mismo sexo.

Sobre esta primera afirmación, ninguna de las partes impugnó la aplicabilidad *ratione materiae* del mentado art. 8 del Convenio, ni consta tampoco que se hubieran desplegado alegaciones específicas al respecto del resto de partes.

De otro lado, el demandante invocó el art. 10 del Convenio, también en relación con el 14 como en el caso anterior, por entender que el despido implicaba una violación de su derecho a la libertad de expresión desplegada en su blog privado, negando que el mismo pudiera tenerse como pornográfico o carente de ética. Afirmó igualmente que existía discriminación ya que la decisión había estado motivada por prejuicios contra personas de orientación homosexual. Y, en todo caso, calificó la sanción como desproporcionada, afirmando igualmente que su despido le había impedido, en la práctica, retomar su profesión, ya que ningún otro establecimiento escolar querría contratarlo.

En respuesta a esta acusación, el gobierno polaco sostuvo que su actuación no había vulnerado derecho alguno del demandante, por cuanto tenía por objeto proteger la moral de los estudiantes frente a una conducta que socavaba la dignidad del profesorado, en atención al contenido “profano, obsceno, erótico y pornográfico” de su blog, que no había sido anónimo en cuanto él mismo había incorporado sus propias fotos, y tampoco podía calificarse como de “ficción literaria” al describir hechos reales de su propia vida. Igualmente, el Gobierno argumentó que no había existido desproporción en la sanción, en cuanto el demandante había acumulado varias infracciones, y él mismo había reconocido la entidad de su incumplimiento al eliminar el blog.

Debe hacerse constar que, junto a las dos partes principales, comparecieron como tercero tres organizaciones no gubernamentales agrupadas a tal fin: la Región Europea de la Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (ILGA-Europa), Campaña Contra la Homofobia (CAH), y la Sociedad Polaca de Lucha contra la Discriminación (PSAL). Tales representaciones invocaron, en lo sustancial, la libertad de expresión de las personas LGTBI, como un instrumento especialmente cualificado para preservar sus derechos y para eliminar la homofobia y la transfobia, recordando que diversos organismos internacionales habían rechazado categóricamente que prohibir la difusión de información sobre cuestiones de orientación sexual o identidad de género, fuera necesario para proteger la moral pública o el bienestar de las personas vulnerables. Igualmente, hicieron valer el puesto ocupado por Polonia (el 43 entre 49 países europeos y el último entre los Estados miembros de la Unión Europea) en lo relativo a las prácticas legales y políticas relativas a las personas LGTBI.

V. Normativa aplicable al caso

Normativa nacional: arts. 6, 9, 75 y 76 de la Ley del Estatuto del Profesor, de 26 de enero de 1982, relativos a la conducta exigible a los profesores en el sistema educativo polaco.

Preceptos del Convenio Europeo de Derechos Humanos: arts. 8 (Derecho al respeto a la vida privada y familiar), 10 (Libertad de expresión) y 14 (Prohibición de discriminación).

VI. Doctrina básica

A.- El TEDH aborda en primer lugar la eventual afectación en el caso del derecho del demandante al respeto de su vida privada, para lo cual desarrolla su doctrina básica en los siguientes aspectos:

- El concepto de «vida privada» no es susceptible de una definición exhaustiva, y puede abarcar a múltiples aspectos de la identidad física y social de una persona.

- La afectación de la vida privada de una persona puede producirse desde dos posibles perspectivas con un enfoque basado bien en los motivos, bien en las consecuencias de la conducta denunciada.

- Desde la perspectiva de los motivos, el Tribunal no detecta que la actuación de las autoridades polacas se basara en ninguna política oficial contra las personas homosexuales, ni que el Estatuto del Profesor, que no contiene mención alguna al respecto, tuvieran alguna intención subyacente al respecto. Tampoco detecta que hubieran tenido influencia en el desarrollo de los hechos la orientación sexual del demandante, ni su conducta sexual al margen de su homosexualidad.

- En lo que se refiere a la perspectiva de las consecuencias, el Tribunal recuerda que en este caso se requiere que la conducta eventualmente vulneradora de la privacidad alcance un determinado umbral de gravedad. Y a tal efecto aplica el que ha sido llamado por el propio Tribunal «principio de exclusión de Gillberg», a cuyo tenor, no puede invocarse el art. 8 del CEDH cuando los efectos negativos denunciados se limitan a las consecuencias de una conducta ilícita que eran previsibles por el demandante. En el caso, y a la vista de la normativa nacional, era previsible una sanción al prohibirse el acompañamiento no autorizado de un tercero a las excursiones escolares. Además, se constata que el registro de la sanción disciplinaria se había suprimido automáticamente al cabo de tres años, que el elemento financiero, relativo en el caso a la pérdida de retribuciones, no hace aplicable automáticamente el art. 8 del CEDH, que no se había presentado prueba alguna por el demandante de que resultara imposible obtener con posterioridad otro empleo, y que ni siquiera se había alegado que los motivos de su despido se hicieran públicos, o que se causara un perjuicio sustancial a su reputación profesional o social. En consecuencia, se considera que no se había superado el umbral de gravedad requerido.

- En consecuencia, el Tribunal concluye que la reclamación del demandante debía rechazarse en lo relativo a la eventual vulneración del art. 8 del CEDH y, del mismo modo, en lo que se refería a la existencia de una eventual discriminación vinculada ex art. 14 del CEDH.

B.- En segundo lugar y por lo que se refiere a la eventual vulneración de la libertad de expresión del demandante, el Tribunal resuelve la cuestión en atención a las siguientes consideraciones:

- La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de las sociedades democráticas, y ampara no solo las informaciones o ideas que pueden percibirse como inofensivas, sino también las que ofenden, escandalizan o perturban.

- La libertad de expresión puede verse sometida a condicionantes o restricciones que resulten necesarios para la preservación de ciertos intereses definidos en el art. 10 del CEDH. Corresponde al Tribunal apreciar no solo la necesidad de tales limitaciones, sino también su proporcionalidad.

- En el caso concreto, el Tribunal considera que no era preciso pronunciarse sobre si la medida controvertida (el despido del demandante) perseguía alguno de los fines previstos en el art. 10 del CEDH como fundamento posible de la restricción de la libertad de expresión, por entender que, de manera conceptualmente previa, resultaba que no era necesaria en una sociedad democrática. Ello se debe a que, a pesar de la ambigüedad de la actuación del propio demandante en el seno del expediente disciplinario, al reconocer la impropiedad de su conducta y borrar el blog, resultaba evidente que en el mismo se ejercía su libertad de expresión. Y partiendo de esta base, resulta que, al calificar el contenido del blog como "profano", "obsceno" y "sexual", el tribunal polaco no había explicado cómo esos textos e imágenes habían violado las costumbres sociales prevaletientes en Polonia. Igualmente, el tribunal nacional había concedido importancia al carácter público del blog del demandante, pero sin valorar que el acceso al mismo estaba restringido a personas adultas, o que

no se hubieran acreditado que, mientras duró, el contenido del blog hubiera tenido un impacto negativo en los estudiantes.

- De manera más particular, el TEDH valora: a/ que el tribunal nacional había prescindido del dato de que el demandante no había participado activamente en la transmisión de contenidos supuestamente inmorales a los estudiantes y que, correlativamente, no había existido una intrusión en el ámbito de las políticas educativas o de las decisiones de los padres en materia de ética o sexualidad b/ que el tribunal nacional tampoco había valorado que el demandante no había realizado una actividad ilegal, sino que la plataforma de internet en la que escribía cumplía la normativa según la cual el hecho de que un posible lector marcara una casilla que afirmara que era un adulto se consideraba suficiente en relación a los sitios web con contenido para adultos y c/ que, si bien los creadores de contenido en internet también están sometidos a ciertas condiciones y requerimientos, particularmente si se trata de un profesor, con especiales responsabilidades frente a sus alumnos, resultaba que el demandante no había tratado de interactuar con sus alumnos y, por el contrario, si algún alumno había leído el blog del demandante, es porque lo había buscado activamente.

- Igualmente, el TEDH señala que, si bien los profesores constituyen figuras de autoridad para sus alumnos, y asumen deberes y responsabilidades especiales por ello, lo cierto es que el demandante fue empleado en el contexto de una relación jurídica neutral, no para trabajar para una entidad religiosa, ni para impartir religión o ética, lo cual hubiera permitido la exigencia de una especial lealtad hace ciertos principios o valores morales.

- A pesar de haber afirmado en varias ocasiones que no constaba que la condición del demandante como homosexual hubiera influido en la decisión de despedir al demandante, el Tribunal alude a la circunstancia de que, tanto el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, como la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE, habían informado de que la actitud social predominante hacia las personas LGBTI en Polonia era negativa.

- Finalmente, el Tribunal considera que, a la vista de todas las circunstancias concurrentes, incluido el arrepentimiento del demandante, sus excelentes antecedentes profesionales, y la ausencia de sanciones previas, el despido se mostraba como una reacción desproporcionada.

- Por tanto, el Tribunal concluye que se ha producido una violación del art. 10 del CEDH

C.- La decisión mayoritaria del Tribunal se acompaña de un voto particular suscrito por tres jueces, que se fundamenta íntegramente en una distinta lectura de las circunstancias de hecho valoradas en el caso en el siguiente sentido: a/ no puede decirse que el blog del demandante no fuera accesible a menores cuando, de hecho, era conocido por los alumnos del demandante b/ en el marco del expediente disciplinario resultaba imposible demostrar que el blog hubiera tenido un efecto negativo entre los estudiantes c/ las autoridades polacas no entraron a valorar otros aspectos que sí se han tenido en cuenta por el TEDH, simplemente porque el propio demandante reconoció en el seno del expediente disciplinario que su conducta al escribir en el blog resultaba reprochable d/ a pesar del silencio de la mayoría sobre tal aspecto, los jueces discrepantes consideran que la medida disciplinaria adoptada perseguía un fin legítimo, que existían razones pertinentes para adoptarla, y que era proporcional e/ y, finalmente, alude a la actitud social negativa en Polonia sobre las personas LGTBI como un factor valorativo discutible, en cuanto se sugiere que la decisión podría haber sido otra si la temática del blog hubiera sido heterosexual en lugar de homosexual.

VII. Parte dispositiva

El Tribunal desestima la reclamación en lo relativo a la eventual vulneración del art. 8 del CEDH, atinente al derecho del demandante a su vida privada.

Y estima la reclamación entendiendo que hay infracción del art. 10 del CEDH por vulneración de la libertad de expresión del demandante, con obligación del Estado polaco de abonar al interesado en concepto de indemnización por daños morales la cantidad de 2.600 € más intereses a partir de los tres meses desde la firmeza de la sentencia.

VIII. Pasajes decisivos

70. «La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones básicas para su progreso y para la realización personal de cada individuo... es aplicable no sólo a la "información" o "ideas" que sean recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que ofenden, escandalizan o perturban. Tales son las exigencias del pluralismo, la tolerancia y la amplitud de miras sin las cuales no hay "sociedad democrática". Como se establece en el artículo 10, esta libertad está sujeta a excepciones que... sin embargo, deben interpretarse estrictamente, y la necesidad de cualquier restricción debe establecerse de manera convincente»

77. «El Tribunal recuerda que no es posible encontrar en los ordenamientos jurídicos y sociales de los Estados contratantes una concepción europea uniforme de la moral. La concepción que se tiene de las exigencias de la moral varía de época en época y de lugar en lugar, especialmente en nuestra época, caracterizada por una profunda evolución de las opiniones sobre tales asuntos...».

91. «El Tribunal también desea subrayar que el solicitante fue empleado en el contexto de una relación jurídica neutral entre una autoridad y un individuo. Dicho de otro modo, no estaba empleado por una escuela religiosa y no enseñaba religión ni ética. Tal condición podría, de hecho, exigir lealtad hacia una visión singular de la moralidad o crear entre los profesores de educación religiosa y sus alumnos un vínculo especial de confianza marcado por ciertas características específicas que se extendieran a la conducta privada y al estilo de vida de los profesores». De acuerdo con la normativa nacional, se podía exigir a un profesor que se adhiera a «principios morales básicos» pero, por el contrario, «no era razonable imponerle un deber de lealtad más estricto que le impidiera expresar su sexualidad en el contexto de un blog de Internet para adultos que funcionaba legalmente».

IX. Comentario

La sentencia objeto de comentario presenta un especial interés al referirse a un aspecto muy específico de los potenciales límites de la libertad de expresión en el marco de las relaciones profesionales de dependencia, a las que nos referiremos a partir de este momento como "relaciones laborales", a pesar de que, de la sentencia comentada, no se deriva con claridad si se trata de una relación propiamente laboral o bien funcionarial, cualquiera que fueran las situaciones correlativas en la normativa polaca. La peculiaridad de la resolución del TEDH es que toma como elemento de reflexión y luego decisión, la existencia de una previsión en la normativa nacional que impone un cierto compromiso moral por parte del colectivo profesional concernido, en este caso el de los profesores. Veamos esto con algo más de detalle.

La resolución glosada recoge los criterios básicos del propio Tribunal sobre la libertad de expresión que, como es bien sabido, constituye uno de los pilares básico de una sociedad democrática, en cuanto presupuesto primordial del progreso social y del desarrollo de cada individuo. Su ámbito se ha delimitado con la debida extensión, en cuanto protege no solo las ideas o informaciones que pueden tenerse por favorables, o al menos neutras, inofensivas o indiferentes, sino también las que chocan, molestan, ofenden o inquietan. Y ello porque tal variedad en la expresión, que implica también un grado inevitable de malestar, se muestra como la base del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura.

La misma sentencia comentada reproduce estos principios básicos, y cita sus propios precedentes al respecto. Por otro lado, parece conveniente remarcar que la delimitación de la libertad de expresión realizada por el TEDH, coincide prácticamente

de manera mimética con la doctrina desarrollada en España por el TC, que resulta tributaria de aquella en no pocos aspectos. No es objeto de este comentario realizar una cita extensa al respecto, pero al menos debe traerse ahora a colación dos resoluciones más recientes en la materia, las SSTC 146/2019, de 25 de noviembre, y la de 83/2023, de 4 de julio.

En segundo lugar, también se encuentra plenamente consolidada, tanto en el repertorio del TEDH como en el del TC patrio, la doctrina relativa a la efectividad de la relación laboral en el ámbito de las relaciones laborales. En este punto puede que haya sido más prolífico el TC español, que ha desarrollado sus criterios de manera progresiva, eminentemente casuística y con una clara vocación expansiva desde las tempranas SSTC 120/1983, de 5 de diciembre y 88/1985, de 19 de julio, hasta las más recientes SSTC 89/2018, de 6 de septiembre, 114/2018, de 29 de octubre y 146/2019 de 25 de noviembre. Así, constituye ya una doctrina clásica la constatación de que la celebración de un contrato de trabajo no priva al trabajador de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, lo cual es conciliable con que tal libertad pueda modularse en base a dos factores, la exigencia de la buena fe y confianza mutua, y las facultades empresariales de control y dirección.

Finalmente, también resulta clásico el criterio relativo a las llamadas empresas de tendencia o ideológicas, esto es, aquellas que cuentan con un ideario definido en función de sus objetivos políticos, religiosos o de otro tipo. Para estos casos, y como se recuerda en la más reciente STC 79/2023 de 3 de julio y las que en ella se citan, resulta que la libertad de expresión puede experimentar una limitación o condicionamiento, en cuanto no parece admisible una conducta hostil al ideario de la empresa, ya se produzca de manera abierta o solapada. Y, aun en este caso, se ha dicho que la injerencia empresarial no es ilimitada, ya que la simple disconformidad de un trabajador respecto a tal ideario no es bastante para dotar de justificación a la reacción empresarial «si no se ha exteriorizado o puesto de manifiesto en algunas de las actividades educativas del centro».

Pues bien, en el supuesto planteado el TEDH hace expresa mención a su propia doctrina sobre las empresas de tendencia ideológica, precisamente para hacer notar que en tales casos la libertad de expresión del trabajador puede verse condicionada, al exigirse lealtad hacia una cierta concepción moral del que deriva la imposición de un vínculo de especial confianza en relación con ciertas características de conducta que podrían extenderse a la vida privada del trabajador.

La novedad en el caso deriva de que en la resolución comentada, la obligación moral no deriva de los principios ideológicos de la empresa, sino de la normativa nacional considerada, que impone a los profesores polacos, con carácter general, deberes morales: de educar a los jóvenes en ciertos valores (el amor a la Patria y el respeto a la Constitución), promover actitudes morales y cívicas en los estudiantes, adherirse ellos mismos a principios morales básicos, y mantener la dignidad de la profesión. Se trata, por tanto, de deberes morales normativizados.

No se trata ya entonces de que una entidad privada adopte cierto marco de referencia moral, sino hasta qué punto puede hacer tal cosa el propio Estado en relación, en este caso, a las exigencias al profesorado al que encomienda la educación de su juventud. No es cuestión en absoluto baladí, si se considera, como igualmente señala el propio Tribunal, que en una sociedad democrática moderna debe asumirse la natural pluralidad moral de sus ciudadanos, no siendo posible «encontrar en los ordenamientos jurídicos y sociales de los Estados contratantes una concepción europea uniforme de la moral». A lo anterior añadimos nosotros que aquella pluralidad moral tiene su origen en el carácter naturalmente controvertido de buena parte de los principios morales. Hasta qué punto las constituciones implican un límite al debate moral posible, es cuestión que excede al objetivo de este comentario. Lo que ahora interesa es hacer notar que el Tribunal parece partir de dos presupuestos básicos.

El primero de ellos, es que, en efecto, un Estado puede establecer un marco de referencia moral para el desarrollo de ciertas actividades. No hace el Tribunal un

expreso desarrollo teórico sobre este capital aspecto, pero se deriva de manera clara del hecho de que se entre a dilucidar si la regulación del Estado polaco en la materia considerada podía entenderse justificada. En este punto, el Tribunal reconoce no solo que los profesores ejercen una profesión de confianza pública en el marco de un importante servicio público sino que, además, «dado que los profesores son figuras de autoridad para sus alumnos, sus deberes y responsabilidades especiales se aplican en cierta medida también a sus actividades fuera de la escuela», y ello en relación con el hecho de que el Tribunal hubiera ya reconocido en otras ocasiones «la necesidad de tener en cuenta la vulnerabilidad e impresionabilidad de los menores». Esto es, el Tribunal está admitiendo que ciertos profesionales pueden estar sometidos a deberes morales normativizados en el desempeño de su profesión, aunque no desarrolle este aspecto de una manera específica, quizás porque entiende que existe una asunción implícita de que dicha necesidad concurre en el caso de los profesores.

El segundo presupuesto es que, siendo amparable en el caso la imposición de ciertos deberes morales al profesorado, el Estado no puede hacer efectiva una injerencia si la conducta que se reprocha al trabajador no ha incidido de manera constatable en la finalidad perseguida por aquellos principios morales. En el caso concreto, puede que el demandante hubiera exhibido en su blog una conducta sexual (insiste el Tribunal, con independencia de su orientación sexual) inapropiada, cosa que él mismo había reconocido en sus alegaciones en el seno del expediente disciplinario; pero tal factor quedaba privado de cualquier relevancia para su estatuto profesional desde el momento en que no había intentado siquiera la transmisión de contenidos entre los alumnos y, de hecho, se trataba de una actividad reservada a adultos.

En fin, resulta interesante hacer constar que, cuando el Tribunal afirma que la medida disciplinaria adoptada no era necesario en una sociedad democrática, no se dice tal cosa porque las restricciones a la libertad de expresión del profesorado polaco no pudieran tener alguna utilidad para la sociedad, sino porque, como acabamos de ver, en el caso concreto no existía relación entre la conducta del demandante, y el cumplimiento de sus deberes profesionales. De aquí pueden derivarse una última reflexión: La imposición de deberes morales por un Estado puede sustentar la configuración de un “estatuto profesional” siempre que este se oriente a una finalidad legítima; pero no parece posible admitir que se establezca un “estatuto personal” que implique la exigencia de conductas que impregnen y condicionen la vida privada de un profesional, de manera incompatible con las modernas sociedades plurales como ya dijimos, pero también laicas o, cuando menos, aconfesionales.

X. Apunte final

Es claro que los Estados pueden tener un interés legítimo en la regulación o cuando menos tutela de algunas profesiones. A tal fin el art. 36 de la CE prevé que una ley regule «las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas» cosa que ha ocurrido con la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales.

Por lo demás, el TEDH se ha ocupado también de algunas de las implicaciones de las asociaciones o de los colegios profesionales, en atención al interés general de ciertas ocupaciones y al control público del que pueden ser acreedoras (entre otras, SSTEDH de 23 de junio de 1981 – asunto *Le Compte, Van Leuven y De Meyère vs. Bélgica*-, 30 de junio de 1993 -asunto *Singurdur A. Singurjónsson vs. Islandia*-, o 29 de abril de 1999 -asunto *Chassanoy y otros vs. Francia*-).

También el TC español se ha referido las competencias del Estado en la regulación y control de los colegios profesionales (entre otras, en las SSTC 42/1981, de 22 de diciembre, 122/1989, de 6 de julio, 111/2012, de 24 de mayo, o 201/2013, de 5 de diciembre).

Sin embargo, la situación planteada en la sentencia comentada es distinta, ya que implica la imposición de obligaciones morales para ciertas profesiones no en virtud de códigos éticos auto otorgados por Colegios Profesionales, por mucho que puedan ser

supervisados por el Estado, sino de una normativa general independiente de las obligaciones de colegiación. En consecuencia, queda seguramente como tarea pendiente para el TEDH y, por irradiación, para el TC español, un desarrollo más completo y trabado en relación con esta posibilidad de los Estados de normativizar obligaciones morales en función de la naturaleza de ciertas actividades, del interés social concurrente, y de la finalidad perseguida por la potencial limitación de la conducta privada. Se trataría de profundizar sobre el alcance que un eventual juicio de necesidad y proporcionalidad podría tener en un caso como el considerado.

§ 12 La valoración del hecho global en la calificación del acoso laboral penalmente relevante.

Juan Martínez Moya

Magistrado de la Sala de lo Social del TSJ de la Región de Murcia.

Resumen: La sentencia describe las situaciones o conductas que pueden constituir el delito de acoso laboral. En el ámbito penal, la interpretación de la norma ha de ser estricta. El hecho debe valorarse en su globalidad con la finalidad de identificar el elemento sistémico y el umbral de significativa gravedad de los actos hostiles o humillantes. La valoración de los hechos debe hacerse desde la perspectiva del tercero imparcial y razonable.

Palabras clave: Delito. Acoso laboral. Hecho global.

Abstract: L'arrêt analysée décrit les situations ou les comportements pouvant constituer le délit de harcèlement au travail. Dans le domaine pénal, l'interprétation de la norme doit être stricte. Le fait doit être apprécié dans son ensemble afin d'identifier l'élément systémique et le seuil de gravité significative des actes hostiles ou humiliants. L'évaluation des faits doit être effectuée du point de vue d'un tiers impartial et raisonnable.

Keywords: Infraction. Harcèlement au travail. Ensembles de faits.

I. Introducción

Parafraseando el subtítulo que figura en una clásica obra de la psiquiatra Marie-France Hirigoyen^[1], la sentencia objeto de este comentario dictada por el Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, en fecha 6 de febrero de 2025, es un buen ejemplo para “distinguir lo verdadero de lo falso”, para saber cuándo estamos en presencia de una situación de acoso moral en el trabajo penalmente relevante.

Dos aspectos y momentos jurídicos cruciales confluyen en el enjuiciamiento de una situación de conflictividad vivida en la relación profesional entre un arquitecto municipal y un alcalde (que lo fue en dos periodos distintos):

(a) El momento procesal fáctico: la construcción de los hechos probados (el “hecho global”), y su valoración en el contexto casacional.

(b) El momento aplicativo o de tipificación de la conducta penal (“el acoso penalmente relevante”), “para evitar una indeseable expansión del tipo y solaparse con mecanismos de protección contra otras formas menos lesivas de afectación del clima y la relación laboral.” Lo que podríamos denominar “test del silogismo” razonado y razonable.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala Penal).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 101/2025, 6 de febrero.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de casación núm. 4666/2022.

ECLI:ES:TS:2025:487.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Cuestión jurídica

El *problema* suscitado consiste en determinar, desde un prisma penal, si una situación de grave deterioro de la concreta relación laboral que mantenían un arquitecto municipal (recurrente en casación) y el acusado (alcalde del Ayuntamiento donde presta aquél sus servicios), con numerosas situaciones conflictivas que repercutieron en el retraso en la tramitación de expedientes, quejas de vecinos y en la salud del recurrente es constitutiva de un delito de acoso o un delito contra la integridad moral en la modalidad de acoso en el ámbito laboral y otro de lesiones.

2. La historia procesal del caso

1.- El *Juzgado de Instrucción núm. 2 de Castuera* incoó *Diligencias Previas P.A. núm. 17/2018* por delitos contra la integridad moral y delito de lesiones contra [B], alcalde del municipio. Terminada la instrucción se remitió al *Juzgado de lo Penal número 1 de Don Benito, P.A. 236/2019*, quien, tras la celebración de juicio, dictó *sentencia en fecha 4 de noviembre de 2020* condenó a [B] : a) como autor penalmente responsable de un delito contra la integridad moral en la modalidad de acoso en el ámbito laboral, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dos años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para el cargo de alcalde durante el tiempo de la condena; b) como autor de un delito de lesiones, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; c) como responsable civil le condena a indemnizar a [A] la cantidad de 33.100 euros por la lesión en la salud psíquica causada, más intereses legales.

2.- Recurrida en apelación la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal, la Audiencia Provincial (AP) de Badajoz (Sección 3ª) en fecha 21 de marzo de 2022, revoca íntegramente la sentencia, absolviendo a [B]. de los delitos de los que venía siendo acusado, sin que haya lugar a hacer pronunciamiento alguno sobre la responsabilidad civil.

3.- Recurrida en casación la sentencia de la AP por [A] (arquitecto municipal), la Sala de lo Penal del TS dicta sentencia declarando no haber lugar al recurso de casación, confirmando íntegramente la sentencia recurrida.

IV. Posición de las partes

1.- El recurrente, [A], querellante en su momento (y parte acusadora en el proceso), arquitecto municipal de Castuera, interpone recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial que, revocando la del Juzgado de lo Penal,

absolvió al [B] de los delitos de acoso laboral y lesiones, objeto de acusación, y dejó sin efecto la obligación indemnizatoria fijada a su favor. Sostiene: 1º: *la conducta del acusado Sr. Pedro Enrique reúne todos los elementos esenciales del tipo contra la integridad moral en su modalidad de acoso en el ámbito laboral*. Y prosigue con otra con un similar nivel de genericidad: *entre el periodo de 2015 a 2019 el acusado ha realizado actos hostiles o humillantes contra el recurrente*. 2º la baja médica que se prolongó durante dos años y el trastorno depresivo son consecuencia del conflicto laboral vivido. En consecuencia, procede la condena del Sr. Pedro Enrique como autor de un delito de lesiones del artículo 147 CP .3º la sentencia haya dejado sin efecto la indemnización por las lesiones sufridas a consecuencia de los hechos delictivos que han sido objeto de acusación.

2.- El *Ministerio Fiscal* y la *acusación* solicitan la inadmisión del recurso y subsidiariamente su desestimación.

V. Normativa aplicable al caso

* Código Penal:

-Artículo 173.1, párrafo segundo

-Artículo 147

VI. Doctrina básica

1º.- *Reafirmando el concepto de acoso*. El acoso laboral engloba situaciones o conductas muy diversas que, por su carácter sistemático y reiterado en el tiempo y por la carga de humillación y hostilidad que conllevan, tienen por finalidad o como resultado atentar o poner en peligro la integridad moral de la persona empleada, jerárquicamente subordinada.

2º.- *Elemento definidores del acoso laboral con fundamento en doctrina constitucional y jurisprudencial*. Para apreciar conducta de acoso penalmente relevante debe, desde un análisis contextual de las concretas circunstancias del caso, identificarse, como se precisa en la STC 56/2019, si la conducta enjuiciada es deliberada o, al menos, está adecuadamente conectada al resultado lesivo (elemento intención); si ha causado a la víctima un padecimiento físico, psíquico o moral o, al menos, encerraba la potencialidad de hacerlo (elemento menoscabo); y si respondió al fin de humillar o envilecer o era objetivamente idónea para producir ese resultado (elemento vejación) que, sin embargo, no necesariamente debe alcanzar la gravedad del trato degradante, como se precisa en el tipo del artículo 173.1 CP.

3º.- *Criterios y elementos de interpretación del acoso penalmente relevante*.

(a) Siempre una *interpretación estricta* para evitar una indeseable expansión del tipo y solaparse con mecanismos de protección contra otras formas menos lesivas de afectación del clima y la relación laboral, identificar, además del elemento sistémico, un umbral de significativa gravedad de los actos hostiles o humillantes.

(b) El *umbral de gravedad* no puede fijarse atendiendo exclusivamente a la percepción personal de quien afirma estar siendo acosado.

(c) La *perspectiva del tercero imparcial y razonable* -Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 29 de junio de 2018, caso HF c. Parlamento Europeo- resulta determinante en el caso concreto examinado. Permite valorar, y descartar que sea constitutiva de un delito de acoso en el trabajo lo que acontece en “un contexto administrativo difícil, marcado por las críticas de los vecinos a la actuación profesional del recurrente y la necesidad de contratar a otros técnicos para realizar trabajos pendientes, la conducta del alcalde que se describe en los hechos probados, aunque en alguna de las conversaciones mantenidas con el recurrente utilizara un tono inadecuado o exaltado.”

VII. Parte dispositiva

1º.- *Pronunciamiento principal*: declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación del querellante contra la *sentencia de 21 de marzo de 2022 de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 3ª)* que absolvió al acusado de un delito contra la integridad moral en la modalidad de acoso en el ámbito laboral y otro de lesiones.

2º.- *Pronunciamiento accesorio*: condena al recurrente al pago de las costas causadas por su recurso.

VIII. Pasajes decisivos

"[...] Es, por tanto, el *hecho global* fijado en la sentencia recurrida el que determina el campo de juego del motivo por infracción de ley formulado."

"[...] Para apreciar conducta de acoso penalmente relevante debe, desde un análisis contextual de las concretas circunstancias del caso, identificarse, como se precisa en la *STC 56/2019*, si la conducta enjuiciada es deliberada o, al menos, está adecuadamente conectada al resultado lesivo (*elemento intención*); si ha causado a la víctima un padecimiento físico, psíquico o moral o, al menos, encerraba la potencialidad de hacerlo (*elemento menoscabo*); y si respondió al fin de humillar o envilecer o era objetivamente idónea para producir ese resultado (*elemento vejación*) que, sin embargo, no necesariamente debe alcanzar la gravedad del trato degradante, como se precisa en el tipo."

[...] 10. Ahora bien, las exigencias de interpretación estricta reclaman, para evitar una indeseable expansión del tipo y solaparse con mecanismos de protección contra otras formas menos lesivas de afectación del clima y la relación laboral, identificar, además del elemento sistémico, un umbral de significativa gravedad de los actos hostiles o humillantes. Umbral que no puede fijarse atendiendo exclusivamente a la percepción personal de quien afirma estar siendo acosado.

[...] Es obvia, por tanto, la necesidad de un abordaje minucioso de todas las circunstancias concurrentes, tanto individual como conjuntamente consideradas, que permita: individualizar los actos de contenido objetivamente humillante u hostil realizados por quien ostenta una posición de superioridad en la relación laboral o funcional a partir del concreto contexto en que se desarrolla dicha relación, sin obviar la conducta de la propia persona que afirma sufrirlas; apreciar el carácter sistémico y repetitivo de los actos humillantes u hostiles, para lo que su prolongación en el tiempo constituye un factor valioso de medición; medir la gravedad de tales actos, para lo que podrá atenderse, por un lado, a las circunstancias en las que se producen -por ejemplo, las concretas expresiones utilizadas, el tono empleado, la presencia de terceros, la intensidad de la alteración de las condiciones laborales o de las expectativas legítimas del trabajador afectado- y, por otro, a su idoneidad para generar sentimientos de humillación, pérdida de autoestima o capacidad de reacción en la persona afectada.

[...] Los hechos probados describen, ciertamente, desencuentros y explícita desaprobación por parte del acusado de la actividad que como arquitecto municipal desarrollaba el recurrente. Incluso puntuales momentos de tensión, como los que se reflejan en las conversaciones grabadas por el hoy recurrente, y que se aportaron como prueba documental, pero no actos sistemáticos de hostilidad y humillación.

No pueden considerarse así ni el cambio de despacho que, además, se ordenó por el alcalde que presidía la anterior Corporación ni, desde luego, los requerimientos dirigidos al hoy recurrente para que, por un lado, realizara los informes y trabajos relacionados con su función municipal utilizando el equipo informático facilitado para ello por la Corporación y, por otro, estando de baja, facilitara las claves de acceso al ordenador para poder disponer de los documentos archivados necesarios para el funcionamiento del servicio municipal de urbanismo.

13. En un contexto administrativo difícil, marcado por las críticas de los vecinos a la actuación profesional del recurrente y la necesidad de contratar a otros técnicos para realizar trabajos pendientes, la conducta del alcalde que se describe en los hechos probados, aunque en alguna de las conversaciones mantenidas con el recurrente utilizara un tono inadecuado o exaltado, no puede considerarse, desde la posición del tercer observador objetivo y razonable, constitutiva de un delito de acoso en el trabajo.

Ninguna de las decisiones adoptadas y requerimientos dirigidos al recurrente por el acusado, en los términos que se declaran probados, pueden considerarse actos hostiles o humillantes. Tan siquiera que se desviaran de las facultades de gestión y dirección que la ley le atribuye como alcalde -vid artículo 21.1 d) Ley 7/1985, reguladora de las Bases del Régimen Local-.

No ha habido, por tanto, infracción de ley por inaplicación del artículo 173.1, párrafo segundo, CP.

El silogismo que le presta apoyo se construye prescindiendo del hecho probado global conformado por la Audiencia en el que se excluye " *que los síntomas psicopatológicos que viene padeciendo el querellante (y ahora recurrente) estén en relación de causa-efecto con la conducta del acusado y, como consecuencia, haya provocado el resultado descrito*" (sic).

IX. Comentario

Desbrozaremos el comentario de la sentencia en dos aspectos capitales:

- Lo jurídico- sustantivo, esto es, el concepto de acoso en general, y en especial, la tipificación del acoso penalmente relevante y los condicionantes en juego derivados de la pluralidad de vías de tutela o de protección jurídica frente a estas situaciones.

-Y en segundo término, haremos referencia a la doble importancia de la construcción de los hechos y de la valoración del "hecho global" en el silogismo judicial a la hora de calificar los hechos desde un punto de vista penal.

Dentro de las limitaciones inherentes a un debate casacional, sobre estos dos puntos la sentencia es paradigmática.

1. Sobre el concepto de acoso laboral y su tipificación penal

La tutela penal de la violencia y el acoso en el trabajo se canaliza expresamente a través de 2 tipos delictivos el del acoso laboral regulado en el artículo 173. 1 del Código Penal (CP) y el del acoso sexual en el trabajo al que se refiere el artículo 184 del mismo texto legal. La sentencia analizada se refiere al primero.

La Ley Orgánica 5/2020, tipificó en el que, tras la LO 14/2022, es el párrafo tercero del artículo 173.1 del Código Penal, el acoso laboral o funcional al disponer que con la pena de seis meses a dos años de prisión "serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaleciendo de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima."

Delimitar jurídicamente el acoso no es tarea sencilla. Primero por la dispersión normativa. Confluye normativa nacional y también internacional, en particular el Convenio de la OIT núm. 190 y la Carta Social Europea – art. 2- y el Acuerdo marco europeo sobre el acoso y la violencia en el trabajo, de 27 de abril de 2007. Segundo, por la diversidad cauces administrativos y judiciales de tutela. Ello exige precisar dos ideas fundamentales^[2]:

(A) El relevante papel de los tribunales en la conformación del concepto jurídico laboral de acoso y de los elementos configuradores del acoso en general. Ha sido en sede judicial donde se ha ido perfilando un concepto jurídico distinto social y del que se utiliza en la psicología clínica. La sentencia que analizamos es buena muestra de ello cuando: a) por una parte, sienta la premisa general de que "el acoso laboral

engloba situaciones o conductas muy diversas que, por su carácter sistemático y reiterado en el tiempo y por la carga de humillación y hostilidad que conllevan, tienen por finalidad o como resultado atentar o poner en peligro la integridad moral de la persona empleada, jerárquicamente subordinada.” (b) Después concreta las pautas interpretativas de subsunción de los hechos en el tipo penal, cuando señala que “para apreciar conducta de acoso penalmente relevante debe, desde un análisis contextual de las concretas circunstancias del caso, identificarse, como se precisa en la STC 56/2019, si la conducta enjuiciada es deliberada o, al menos, está adecuadamente conectada al resultado lesivo (*elemento intención*); si ha causado a la víctima un padecimiento físico, psíquico o moral o, al menos, encerraba la potencialidad de hacerlo (*elemento menoscabo*); y si respondió al fin de humillar o envilecer o era objetivamente idónea para producir ese resultado (*elemento vejación*) que, sin embargo, no necesariamente debe alcanzar la gravedad del trato degradante, como se precisa en el tipo.” Y (c) como señala la sentencia TS, Penal, de 19 de mayo (Ponente, M. Marchena), el acoso moral “exige la realización de actos graves, hostiles o humillantes, realizados en el contexto de una relación laboral o funcional, de forma reiterada, ejecutados por quien tenga una relación de superioridad, y se prevalega de esa condición para su perpetración”. El acoso implica una “*estrategia sistemática de persecución*”^[3].

(B) Clarificar el acoso en la empresa (en sentido amplio, personas trabajadoras tanto del sector público como privado) es algo más que el acoso discriminatorio al que expresamente se refiere el art. 54 ET, la LOI, art. 7, la L 15/2022 art. 6.4 y la L. 4/2023 (LGTBI) art. 3.d y 15.1. El acoso puede ser discriminatorio o no, y con independencia de que lo sea o no será acoso.

Si delimitar jurídicamente el concepto de acoso moral no es sencillo, más complicado resulta ceñirlo al concepto de acoso penalmente relevante. Elemento material del delito es la conducta de humillación u hostigamiento, integrada tanto por actitudes o gestos como por palabras o expresiones que generalmente adquieren trascendencia por su reiteración, aunque aisladamente consideradas puedan con entenderse escasamente relevantes o penalmente inocuas. En este aspecto, la jurisprudencia penal (STS, Penal, 45/2021, de 21 de enero, Ponente, A. del Moral) ha precisado que el acoso en tanto por sí implica reiteración de actos, “la gravedad como elemento intencional no puede estar basada exclusivamente en la repetición, aunque sin duda entre los factores que deben ponderarse para catalogar de grave un acoso ocupará un lugar importante el hecho de la mayor o menor repetición y la mecánica sistemática metódica y perseverante de los actos de acoso.”

Los cauces de protección o vías de tutela y están presentes en estos casos. Desde la doctrina laboral^[4] se ha puesto de manifiesto la desproporción con relación a este delito entre la incidencia del acoso laboral en las empresas y el escaso número de sentencias estimatorias. Se ha señalado que ello puede obedecer a varias causas: la ausencia de denuncias, la dificultad probatoria para lograr una condena incluso, incluso se ha llegado a afirmar la falta de sensibilidad de los órganos penales en la comprensión del ilícito en lo referente a los contornos que diferencian el conflicto laboral el ilícito laboral y el propio.^[5] delito. Asimismo, lugar destacado en las sentencias dictadas en el ámbito penal lo ocupa la aplicación del principio de intervención mínima de la norma penal a la hora de poner énfasis en la gravedad de las conductas. Ciertamente es que constituyó un punto relevante la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en la sentencia 56/2019 de 6 de mayo en la delimitación del acoso laboral, expresamente citada en la sentencia que comentamos, que destaca que la intencionalidad y el daño no son determinantes bastando probar la conexión entre la conducta y el resultado y que sea idónea para producir un daño. Sin embargo, en mi opinión, esta sentencia es oportuna traerla a colación en cuanto a que ayuda a delimitar conceptualmente el acoso. Ahora bien, no puede olvidarse que la STC recae un supuesto de acoso denunciado en un contexto de tutela administrativa. Por ello, con prudencia y criterio, a continuación, repara la sentencia comentada en que “las exigencias de interpretación estricta reclaman, para evitar una indeseable expansión del tipo y solaparse con mecanismos de protección contra otras formas menos lesivas

de afectación del clima y la relación laboral, identificar, además del elemento sistémico, un umbral de significativa gravedad de los actos hostiles o humillantes. Umbral que no puede fijarse atendiendo exclusivamente a la percepción personal de quien afirma estar siendo acosado.”

2. Sobre la importancia de la construcción de los hechos. El hecho global

La sentencia maneja con precisión el marco fáctico de la controversia a la hora de dar respuesta a los motivos del recurso admitidos (recordemos que dos de ellos se inadmitieron)

Primero habla del requisito de la *realidad objetiva suficiente*. Se apoya en la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 29 de junio de 2018, *caso HF c. Parlamento Europeo* que señala que “*la calificación de acoso se supedita al requisito de que este revista una realidad objetiva suficiente, en el sentido de que un observador imparcial y razonable, dotado de una sensibilidad normal y que se encuentre en las mismas condiciones, consideraría el comportamiento o la actuación de que se trate excesiva o criticable*”.

En segundo lugar, describe la *metodología de la construcción de los hechos*. Llama al análisis minucioso “de todas las circunstancias concurrentes, tanto individual como conjuntamente consideradas”. A partir de aquí ofrece el catálogo de pautas que ayudan a “individualizar los actos de contenido objetivamente humillante u hostil realizados por quien ostenta una posición de superioridad en la relación laboral o funcional a partir del concreto contexto en que se desarrolla dicha relación, sin obviar la conducta de la propia persona que afirma sufrirlos; apreciar el carácter sistémico y repetitivo de los actos humillantes u hostiles, para lo que su prolongación en el tiempo constituye un factor valioso de medición; medir la gravedad de tales actos, para lo que podrá atenderse, por un lado, a las circunstancias en las que se producen -por ejemplo, las concretas expresiones utilizadas, el tono empleado, la presencia de terceros, la intensidad de la alteración de las condiciones laborales o de las expectativas legítimas del trabajador afectado- y, por otro, a su idoneidad para generar sentimientos de humillación, pérdida de autoestima o capacidad de reacción en la persona afectada.”

En la base de este elenco de situaciones hay toda una teoría de la construcción del hecho en el proceso. El profesor Michele Taruffo nos recuerda que “las partes construyen y narran sus historias con un fin muy preciso justificar su versión de los hechos de forma que induzca al juez a acoger sus demandas y satisfacer sus pretensiones. Las historias narradas por las partes no necesitan ver ser verdaderas: tienden a ser convincentes y si lo son pueden considerarse buenas”. Sin embargo – nos sigue diciendo– “el juez se encuentra en una situación completamente diferente [...] debe justificar su decisión, aunque esta sigue siendo ampliamente discrecional y la motivación de la sentencia no tiene una función persuasiva. Esperamos que no con que no construya cualquier narración de los hechos sino una narración verdadera.”^[6]

Pues bien, siguiendo a Taruffo, en la sentencia analizada hay hechos principales, y secundarios, que conforman un hecho global.

Entre los primeros, se identifica una situación de grave deterioro de la concreta relación laboral que mantenían el arquitecto (acusador en el proceso) y el acusado (el alcalde). Se trata de desencuentros y explícita desaprobación por parte del acusado (alcalde) de la actividad que el arquitecto municipal realizaba.

Sin embargo, también valora hechos circunstanciales como: 1º “[e]l cambio de despacho que, ordenado por el alcalde que presidía la anterior Corporación” o 2º “los requerimientos dirigidos al arquitecto para que, por un lado, realizara los informes y trabajos relacionados con su función municipal utilizando el equipo informático facilitado para ello por la Corporación y, por otro, estando de baja, facilitara las claves de acceso al ordenador para poder disponer de los documentos archivados necesarios para el funcionamiento del servicio municipal de urbanismo.” Y 3º “también valora que

desempeño de sus funciones como arquitecto municipal provocó numerosas quejas de los vecinos de Castuera, y comportó “la necesidad de contratar a distintos arquitectos para la tramitación de expedientes retrasados”; y los distintos problemas que el arquitecto tuvo con otros empleados del Ayuntamiento, derivando uno de ellos hasta la jurisdicción penal”. Y excluye la relación causal entre el cuadro psicopatológico que presenta el arquitecto municipal y la conducta del acusado que se declara probada.

Y la sentencia del TS concluye, y comparte la decisión de la Audiencia Provincial, señalando que “a partir de dichos presupuestos fácticos, [...] descarta con contundencia que pueda considerarse acreditada la existencia de una conducta del acusado duradera, reiterada, sistemática que, mediante comportamientos, palabras, gestos o escritos, buscara de forma intencional atentar contra la personalidad, la dignidad o la integridad física o psíquica del recurrente que pueda ser subsumida en el tipo penal de acoso laboral.”

X. Apunte final

El artículo 173 del Código Penal sugiere la reflexión sobre los oportunos cauces de tutela. Y por qué no decirlo también, las estrategias procesales de efectos resarcitorios o reparadores.

Un muestreo aleatorio en la base de datos de Cendoj – extranet- en los tres últimos años, arroja 348 sentencias y autos donde el concepto “acoso laboral” forma parte de la tutela entablada ante los tribunales laborales, frente a 77 autos y sentencias en el orden jurisdiccional penal, y 27 en la jurisdicción contencioso-administrativa [7], en todos los niveles funcionales.

La doctrina^[8] ha señalado que existe una doble dimensión concepto de acoso laboral: la estrictamente social o laboral, en el que el acoso moral podrá tener efectos propios en el área social del derecho o en el ámbito administrativo; y la dimensión penal constituida por aquellos otros actos que, sin perjuicio de producir efectos en el área social del derecho son también relevantes para el ordenamiento penal al constituir delito de acoso laboral tipificado en el 173. El presupuesto que permite al operador jurídico diferenciar un plano de otro es la gravedad de las conductas constitutivas de acoso. Ahora bien, lo difícil es concluir cuándo y con qué elementos la conducta acosadora reviste suficiente gravedad para constituir delito. Estamos ante un concepto jurídico indeterminado y como tal requiere una apreciación. Pues bien, en este punto residen el valor añadido de esta sentencia en su proyección pedagógica para todos los operadores jurídicos (laborales, penalistas y administrativistas).

La sentencia analizada es paradigmática desde una doble perspectiva:

-Contiene una “caja de herramientas” para identificar hechos principales y secundarios, y enseña a ordenar la narración de hechos que después tienen que ser valorados en su conjunto o como “hecho global”, concepto que veladamente acuña.

- Delimita fronteras, bajo el auspicio del principio de intervención mínima del derecho penal (que no cita) reclamando una interpretación restrictiva cuando en el ámbito penal nos movemos. Proyecta luz larga para enfocar otros escenarios o vías de protección de comportamientos de menor intensidad agravatoria – penalmente no relevantes- como es la tutela administrativa o laboral que también dispensa los tribunales, que incluso – añadimos- puede tener alcances resarcitorios mayores.

Referencias:

1. ^ HIRIGOYEN, MARIE-FRANCE. *El acoso moral en el trabajo. Distinguir lo verdadero de lo falso*. Edit. Paidós Contextos. Barcelona, Buenos Aires, México. 2001.
2. ^ FABREGAT MONFORT, Gemma, *Compliance laboral en acoso y otras conductas contrarias a la libertad sexual e integridad moral: La responsabilidad empresarial* / Gemma Fabregat Monfort -- Madrid : Lefebvre-El Derecho, 2023. -- 120 p. ; 22 cm. -- (Claves prácticas laborales Sagardoy). ISBN978-84-19896-20-9.
3. ^ De la Cuesta Aguado De la Cuesta Aguado, P., "Mujeres inmigrantes y siniestralidad laboral: acoso, explotación y esclavitud", *Revista de Derecho Social*, núm. 41, 2008.
4. ^ Altés Tárrega, Juan Antonio, 15. *La tutela administrativa y penal frente a la violencia y el acoso en el trabajo*. En *Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso* / Directores: Juan Antonio Altés Tárrega, Sergio Yagüe Blanco – Valencia, Tirant lo Blanch, 2024. Pág. 462 y ss. (Enfoque laboral; 56).
5. ^ *Ibidem*.
6. ^ Taruffo, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Filosofía y Derecho. Marcial Pons. Traducción Daniela Accatino Scagliotti. Marcial Pons, Madrid. 2010. Pág. 232 y ss.
7. ^ Cendoj. Extranet. *Campo resumen (y no texto libre)*. Periodo marzo 2022-marzo 2025.
8. ^ Montoya Medina, David *Acoso laboral (CP art. 173)* / David Montoya Medina. En: *Los delitos laborales* / Manuela Abeleira Colao, Dolores Carrascosa Bermejo, Antonio V. Sempere Navarro, dirección y coordinación -- Madrid : Boletín Oficial del Estado, 2024. Pág. 562.

§ 13 ¿Cómo castigar la conducta delictiva en materia de prevención de riesgos que desemboca en lesiones?

Antonio V. Sempere Navarro

Director de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Universidad (s.e.)

Resumen: La STS-PEN 125/2025 examina un supuesto frecuente: accidente de trabajo en que concurre infracción de normas sobre prevención de riesgos laborales y que provoca lesiones. Además del recargo de prestaciones de Seguridad Social y de la sanción administrativa a la empresa, se persigue penalmente al administrador. Como ha habido tanto un incumplimiento de normas que ha provocado un peligro grave cuanto unas lesiones reales, se discute qué norma penal es la aplicable. Estamos ante un concurso de delitos, que podrá ser real o ideal. El Tribunal Supremo diferencia los casos en que el incumplimiento solo ha generado peligro para la víctima de aquellos en que ha habido otras personas trabajadoras que no resultaron lesionadas, pero sí estuvieron en situación de riesgo. Cuando el riesgo solo se materializa en la persona lesionada no se aplica el delito de peligro (artículo 316 Código Penal), sino el de resultado lesivo (artículo 152 Código Penal), con la determinación de pena contemplada en el delito de lesiones (artículo 8.3 del Código Penal).

Palabras clave: Concurso de delitos. Delito de peligro y de resultado. Delito contra la seguridad y salud de los trabajadores.

Abstract: STS-PEN 125/2025 examines a frequent case: an accident at work in which there is an infringement of the rules on the prevention of occupational risks and that causes injuries. In addition to the surcharge of Social Security benefits and the administrative sanction to the company, the administrator is criminally prosecuted. As there has been both a breach of the rules that has caused a serious danger and real injuries, it is debated which criminal rule is applicable. We are facing a concurrent crime, which may be real or ideal. The Supreme Court differentiates cases in which non-compliance has only generated danger for the victim from those in which there have been other workers who were not injured but were at risk. When the risk only materializes in the injured person, the crime of danger (art. 316 of the Criminal Code) is not applied, but that of harmful result (art. 152 of the Criminal Code), with the determination of the penalty contemplated in the crime of injury (article 8.3 of the Criminal Code).

Keywords: Concurrence of crimes. Crime of danger and result. Crime against the safety and health of workers.

I. Introducción

La cuestión debatida estriba en determinar cómo se resuelve la concurrencia (*concurso*) de normas que surge cuando la empresa incumple sus deberes en materia de prevención de riesgos laborales, generando un peligro importante, si como consecuencia de ello se producen unas lesiones.

La STS-PEN 125/2025 examina un supuesto frecuente: lesiones derivadas de accidente de trabajo causado con infracción de normas sobre prevención de riesgos laborales. Además del recargo de prestaciones de Seguridad Social y de la sanción administrativa a la empresa, se persigue penalmente al administrador. Como ha habido tanto un incumplimiento de normas que ha provocado un peligro grave cuanto unas lesiones reales, se discute qué norma penal es la aplicable.

En la esfera jurídico-penal, la aplicación del principio *non bis in idem* resulta problemática en relación con los concursos de delitos y con los delitos continuados. Respecto de los primeros, el hecho de que la naturaleza del delito sea más o menos compleja no puede atenuar, ni mucho menos anular, los efectos del mandato constitucional sobre la base de consideraciones procesales o sustantivas vinculadas a la excepción de cosa juzgada^[1].

Recordemos que un concurso *real* de delitos surge cuando confluyen varias infracciones conectadas pero autónomas^[2], mientras que el concurso *ideal* de delitos se aprecia cuando un solo hecho constituya dos o más delitos o cuando uno de los delitos sea medio necesario para cometer el otro.

El Tribunal Supremo diferencia los casos en que el incumplimiento solo ha generado peligro para la víctima de aquellos en que ha habido otras personas trabajadoras que no resultaron lesionadas pero estuvieron en situación de riesgo. Concluye que cuando el riesgo solo se materializa en la persona lesionada no se aplica el delito de peligro (art. 316 Código Penal) sino el de resultado lesivo (art. 152 Código Penal), con la determinación de pena contemplada en el delito de lesiones (artículo 8.3 del Código Penal).

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia (Sala de cinco componentes).

Órgano judicial: Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 121/2025, de 13 de febrero.

Tipo y número recurso: recurso de casación por infracción de ley núm. 4765/2022.

ECLI:ES:TS:2025:631.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. El trasfondo fáctico

El empleado que aparece como víctima de la conducta delictiva presta sus servicios, mediante contrato fijo discontinuo^[3], para una mercantil fabricante de calzado (Sociedad Limitada), cuyo administrador ha cumplido 62 años y posee importante experiencia en el sector (más de 20 años)^[4].

El trabajador montaba puntas al calzado en elaboración y utilizaba una máquina (fabricada once años atrás) que la empresa había adquirido, de segunda mano, solo una semana antes. Carecía de las protecciones legalmente previstas (doble pulsador manual, resguardos de partes móviles, barreras, células fotoeléctricas, documentación técnica) para evitar el contacto de las manos del operario con la zona de atrapamiento de la máquina. La empresa no había facilitado formación alguna en prevención de riesgos laborales, ni en cuanto al uso de la máquina, que tampoco había sido evaluada como factor de riesgo.

En plena jornada laboral (mayo de 2017), cuando el obrero sujetaba la pieza muy cerca de la zona de pinzas, al pulsar el pedal de la máquina con el pie, las pinzas atraparon su dedo índice de la mano izquierda, que acabó perdiendo en parte.

A resultas del accidente laboral el perjuicio personal básico arroja 449 días, de los cuales, 444 días lo fueron por pérdida temporal de calidad de vida moderado y 5 días por pérdida temporal de calidad de vida grave.

2. Consecuencias del accidente

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social: 1º) Propuso que la empresa abonase un recargo de prestaciones del 40% de todas las prestaciones económicas que se satisfagan como consecuencia del accidente de trabajo^[5]. 2º) Concluyó que había existido un incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, con riesgo grave para la integridad física, en materia de elección, instalación, disposición, utilización y mantenimiento de maquinaria y equipos^[6]. Ello, en relación con diversas prescripciones sustantivas sobre deberes empresariales en materia de prevención de riesgos laborales^[7]. 3º) La sanción propuesta era una multa de 6.000 euros^[8].

Mediante su sentencia (firme) de 6 de julio de 2020 el Juzgado de lo Social nº 1 de Elche reconoció al accidentado la incapacidad permanente total para su profesión habitual.

En el momento del accidente, la empresa tenía suscrito póliza de seguros multirriesgo industrial con la compañía de seguros REALE SEGUROS (límite por víctima para cobertura de recurso patronal 150.000 euros).

3. La sentencia del Juzgado de lo Penal

Mediante su sentencia 284/2021, de 22 de julio, el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Elche consideró al administrador culpable de dos delitos: contra el derecho de los trabajadores (arts. 316 y 318 CP) y de lesiones por imprudencia grave (art. 152.1.3 CP).

La pena impuesta fue: 1) Un año y seis meses de prisión. 2) Inhabilitación especial para el ejercicio de derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. 3) Inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio, industria o comercio durante 2 años y 6 meses. 4) Nueve meses de multa con una cuota diaria de 6 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 1 día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas. 5) Indemnización de 117.214 €, con responsabilidad civil directa de la Aseguradora Reale y subsidiaria de la mercantil.

4. La sentencia de la Audiencia Provincial

La Sección Séptima de la Audiencia Provincial (sede de Elche), mediante su sentencia 132/2022 de 11 marzo desestimó el recurso de apelación interpuesto por la Aseguradora y estimó en parte el del condenado, sustituyendo la pena de inhabilitación impuesta en la instancia, reduciéndola a un año y seis meses.

IV. Posición de las partes

El administrador condenado es quien formaliza el recurso de casación, articulado en tres motivos, considerando que no había habido valoración adecuada de la prueba, que se habían vulnerado sus derechos constitucionales y que la pena debía reducirse.

V. Normativa aplicable al caso

Conforme al artículo 8.3ª CP los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos se castigarán de modo que el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.

Al establecer las reglas especiales para determinación de la pena, el artículo 77 CP aborda los casos en que *un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro*:

- 2. En el primer caso, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.
- 3. En el segundo, se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior.

El Título XV del Libro Segundo (*“De los delitos contra los derechos de los trabajadores”*) alberga el artículo 316, conforme al cual *Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.*

Conforme al artículo 147.1 quien causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. A su vez, el artículo 152 prescribe que quien por imprudencia grave causare tales lesiones será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a dieciocho meses y *si las lesiones hubieran sido cometidas por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un periodo de seis meses a cuatro años.*

VI. Doctrina básica

Son cuatro los núcleos principales a cuyo alrededor se construye la sentencia 121/2025, que considera indiscutible la conducta típica y dolosa del artículo 316 CP^[9]. No es inexacto afirmar que descarta la existencia de un concurso real de delitos y abraza la figura del concurso ideal de delitos, pero desemboca en la absorción del uno sobre el otro.

1. Concurso de delitos

La forma de resolver el concurso de delitos (generar peligro, provocar daño) debe resolverse de modo que cuando la omisión imprudente sobre normas de seguridad en el trabajo afecta no solo al trabajador perjudicado, sino también a otros, cabe apreciar un concurso ideal entre ambos. Dicho de otro modo: si pese a la existencia de resultados lesivos para la vida o la salud de una o varias personas, existen también otra u otras en situación de peligro por el incumplimiento de la normativa de seguridad laboral, será de aplicación el concurso ideal de delitos. Conforme al 77 CP, entonces, debe imponerse la pena por ambos delitos para evitar que la situación de peligro para el resto de personas expuestas a la situación de riesgo quede impune.

Pero si la omisión imprudente afectó solo al perjudicado, el delito de resultado absorbe al delito de peligro. Eso es lo que sucede en nuestro caso^[10]: la relación entre el delito de riesgo contra los derechos de los trabajadores (art. 316 del CP) y el delito de lesiones por imprudencia (art. 152.1.3 del CP) es la propia de un concurso aparente de normas a resolver conforme al principio de absorción (art. 8.3 del CP). No hay dos delitos que penar, descartándose la doble incriminación propia del concurso ideal.

Cuando se produce la referida absorción de un delito por otro, la pena de inhabilitación asociada al delito de lesiones por imprudencia grave no es una pena accesoria, sino principal, prevista para aquellos casos en que "*las lesiones hubieran sido cometidas por imprudencia profesional*". Su duración es la prevista en el delito de resultado (lesiones) y se circunscribe de forma específica a la profesión, oficio o cargo que ha estado en el origen de la omisión imprudente.

2. Determinación de la pena

Por ello, la pena de prisión impuesta (1 año y 6 meses) se mantiene, pero se deja sin efecto la pena de multa, al no estar prevista en el art. 152.1.3 del CP. Y la inhabilitación deja de ser pena accesoria regida por los arts. 45, 56 y 79 del CP, debiendo ser considerada como una pena principal asociada al art. 152.1.3, último apartado, que fija una duración de 6 meses a 4 años.

3. El artículo 24 CE y la casación penal

Importancia práctica grande posee el recordatorio de que la invocación de preceptos constitucionales como motivo casacional no cabe si solo se hace prescindiendo del relato de hechos probados para combatir directamente la valoración probatoria^[11].

4. El artículo 316 CP

El artículo 316 CP contiene un tipo penal de estructura omisiva o más propiamente de infracción de un deber que protege la seguridad en el trabajo entendido como la ausencia de riesgos para la vida y la salud del trabajador dimanante de las condiciones materiales de la prestación del trabajo, bien jurídico autónomo y por tanto independiente de la efectiva lesión que en todo caso merecería calificación independiente^[12].

La situación de peligro grave ha de ser el resultado de la falta de medidas de seguridad y la infracción normativa. De este modo, se adelanta la línea de intervención punitiva: surge por la generación de un peligro grave y concreto para los bienes jurídicos objeto de protección. Cuando el riesgo se materialice en una lesión para la vida, la integridad física o la salud, concurre, además, la responsabilidad penal tipificada con carácter general (por lesiones, muerte, etc.).

VII. Parte dispositiva

De conformidad con la doctrina expuesta, la STS-PEN 121/2025: 1º) Da lugar al recurso de casación. 2º) Deja sin efecto la pena de multa y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de toda profesión, oficio, industria o comercio durante el período de 1 año y 6 meses de duración. 3º) Impone la pena principal de inhabilitación para el ejercicio de la profesión de gerente o administrador de empresas de fabricación de calzado durante el período de 1 año. 4º) Mantiene la pena de prisión por el período de 1 año y 6 meses y el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada en la instancia en lo que no se oponga a la presente.

VIII. Pasajes decisivos

En el apartado 2.3 de su Fundamentación avanza la esencia de la argumentación que aboca a que prospere (en parte) el recurso de casación: *La dogmática penal, no sin alguna excepción, apunta que en aquellas ocasiones las que el peligro generado por la omisión de las medidas de seguridad se materializa en un resultado lesivo, la*

relación concursal entre el delito de peligro y el delito de resultado es distinta en función de que exista o no una identidad de sujetos pasivos entre el delito de peligro y la lesión padecida. Si esa identidad se da -como se deduce de la lectura del relato de hechos probados- el concurso ha de ser tratado como concurso de normas a resolver conforme a la regla de consunción que precisa el art. 8.3 del CP. Por el contrario, en aquellas ocasiones en las que el peligro afectó también a otros trabajadores en quienes el riesgo no llegó a materializarse, estaríamos en presencia de un concurso ideal de delitos a castigar con arreglo al art. 77 del CP.

IX. Comentario

La contextualización del criterio expuesto puede llevarse a cabo mediante el recordatorio de algunas cuestiones básicas^[13].

1. La pena de inhabilitación

La STS-PEN 121/2025 dedica especial atención a la pena de inhabilitación. Según los arts. 39 y ss. CP pueden consistir, entre otras, en:

- Inhabilitación absoluta, que tiene una duración entre seis y veinte años (art. 40) y tiene el triple efecto de “la privación definitiva de todos los honores, empleo y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos”; “la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos”; “incapacidad para ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la condena” (art. 41 CP).
- Inhabilitación especial para empleo o cargo público que tiene una duración de seis meses a veinte años (art. 40 CP) y un doble efecto: la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere –según se especificará en la sentencia- y de los honores que le sean anejos; la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena (art. 42 CP).
- Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo que tiene una duración de seis meses a veinte años (art. 40 CP) y “priva al penado, durante el tiempo de la condena, del derecho a ser elegido para cargos públicos” (art. 44 CP).
- Inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, que tiene una duración de seis meses a veinte años (art. 40 CP) y, según se concrete expresa y motivadamente en la sentencia, privará al penado de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena (art. 45)^[14].
- Suspensión de empleo o cargo público, que tiene una duración entre seis meses y seis años (art. 40 CP) y “priva de su ejercicio al penado durante el tiempo de la condena” (art. 43 CP).

2. La pena de multa

De acuerdo con el art. 50 CP, la pena de multa consistirá en la imposición al condenado de una sanción pecuniaria y se impondrá, salvo que la Ley disponga otra cosa, por el sistema de días-multa. Su determinación por los Tribunales será motivada, con indicación de la extensión de la pena dentro de los límites establecidos para cada delito. Igualmente, fijarán en la sentencia, el importe de estas cuotas, teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo.

3. La responsabilidad civil

Según el art. 116.1 CP, “toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito los jueces o tribunales señalarán la cuota de que deba

responder cada uno". Además, "los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables.

La responsabilidad subsidiaria se hará efectiva: primero, en los bienes de los autores, y después, en los de los cómplices. Tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria como la subsidiaria, quedará a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno" (art. 116.2 CP). En fin, "la responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil (...) de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos".

La empresa no solo responde civilmente de las conductas desarrolladas por su plantilla en el ejercicio de la actividad laboral sino que también lo hace ante sus propios trabajadores cuando aparecen como sujetos pasivos de un delito, siempre que concurren determinadas circunstancias^[15]. Tampoco debemos olvidar que surge esa misma responsabilidad por conductas delictivas de quienes pertenecen a la empresa en su condición asociativa^[16].

4. El sujeto activo

Salvo el tema de la responsabilidad civil, como autor del delito penado aparece una persona física, el administrador de la sociedad limitada. El art. 318 CP prescribe que *se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello*.

Es claro que un presupuesto para que el tipo delictivo opere es que posea capacidad de incidencia en los incumplimientos de normas preventivas. Por eso se admite que pueda existir responsabilidad penal exclusiva de persona distinta al empresario cuando éste ha cumplido sus obligaciones, ya que de lo que se trata en realidad, es de determinar material y no solo formalmente quién realmente tiene la competencia y puede ejercerla en relación a la seguridad e higiene, ya que la responsabilidad penal, debe, necesariamente, referirse a una actuación dolosa o imprudente^[17].

X. Apunte final^[18]

La incriminación de conductas como la aquí examinada viene siendo objeto de reflexión crítica. Por lo pronto, la práctica demuestra que se aplica exclusivamente cuando hay un resultado dañoso en concurso con el tipo de lesiones u homicidio correspondiente al caso en concreto, con lo que en vez de evitar el daño, contribuye a aumentar la responsabilidad en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, lo que en cierto modo coadyuva a la objetivación de la responsabilidad, a criminalizar los supuestos de accidente de trabajo o enfermedad profesional y a desincentivar la prevención de riesgos laborales.

No se pone en duda la pervivencia del tipo, sino que se trata de comprobar si resulta acorde con la protección del bien jurídico protegido^[19]. No todo resultado dañoso debiera resolverse en el orden penal, limitándose a los casos en los que verdaderamente sea precisa la manifestación de la potestad punitiva del Estado con fines represivos y de ejemplaridad social, como consecuencia de la magnitud de la conducta antijurídica, de la infracción del deber de cuidado, y no por el resultado que ésta desencadena. Sobre todo, debe evitarse que la persecución penal por parte de las víctimas se termine convirtiendo en una fórmula para pactar una rápida satisfacción económica a cambio de la terminación del proceso penal.

Referencias:

1. [^] STC 221/1997, de 4 de diciembre, FJ 3º.
2. [^] Es la situación que se produce cuando un mismo sujeto lleva a cabo en un cierto espacio de tiempo dos o más hechos que constituyen dos o más delitos, conforme al Diccionario Panhispánico del español jurídico: <https://dpej.rae.es/lema/concurso-real-de-delitos>.
3. [^] Excede a la finalidad de estas páginas el examen de la pertinencia de tal modalidad contractual, que acaba desplazando al contrato los riesgos (fluctuación de los pedidos). Cf. el artículo 16 ET.
4. [^] Nótese cómo los datos del accidentado apenas aparecen en el relato de hechos probados, contrastando con la expuesta referencia al perfil del inculpado.
5. [^] El art. 164.1 LGSS prescribe que todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por ciento, cuando la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador. El relato penal no da cuenta de cómo finaliza ese procedimiento de recargo.
6. [^] Cf. el artículo 12.16.b) LISOS.
7. [^] Art 4 y 19 de ET y art, 14 y 15 de la Ley 31/95 de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales en relación con lo dispuesto en el Anexo I del RD 164 /2008 de 10 de octubre sobre normas para comercialización y puesta en servicio de máquinas; así como en Anexo I del R.D. 1215/1997 de 18 de julio de disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo.
8. [^] Tampoco hay constancia de cómo interacciona este procedimiento de sanción administrativa a la empresa con las actuaciones penales.
9. [^] El precepto, por su amplitud, permite tomar en cuenta las obligaciones fijadas en normas de todo rango (de la UE, internacionales, legales, reglamentarias, convenios colectivos, e incluso técnicas).
10. [^] No existe dato alguno que permita asegurar que la falta de las medidas que habrían tenido que garantizar la ausencia de riesgo para Ernesto en el manejo de una máquina montadora de puntas de calzado y que provocaron la amputación traumática de la primera falange del dedo índice de su mano izquierda, puso también en riesgo la integridad física de otros trabajadores.
11. [^] Una cosa es que se admita la invocación de normas constitucionales para reforzar el alegato de infracción de norma sustantiva, y otra bien distinta es que se permita el anuncio de motivos autónomos por vulneración de derechos fundamentales.
12. [^] La norma y tiene la estructura característica de un delito de omisión y de peligro concreto grave, que lo configura autónomamente respecto de los delitos de resultado y permite la compatibilidad entre ambos si el resultado lesivo se produce, aplicándose como regla general el principio de consunción del art. 8.2 del CP, como una manifestación lógica de la progresión delictiva (SSTS 1036/2002, 4 de junio ; 537/2005, 25 de abril).
13. [^] Véase la obra colectiva Los delitos laborales, publicada por esta misma Editorial en su Colección de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

nº 30, Madrid, 2024, en especial el estudio realizado con Rodrigo Martín Jiménez, pág. 11 ss. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-DT-2024-344

14. ^ La inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio u otras actividades, sean o no retribuidas, o cualquier otro derecho, que ha de concretarse expresa y motivadamente en la sentencia, priva a la persona penada de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena. La autoridad judicial podrá restringir la inhabilitación a determinadas actividades o funciones de la profesión u oficio, retribuido o no, permitiendo, si ello fuera posible, el ejercicio de aquellas funciones no directamente relacionadas con el delito cometido.
15. ^ La STS-PEN 53/2020 de 17 febrero aplica esa construcción y constituye un buen ejemplo para comprobar cómo el incumplimiento de normas sobre seguridad y salud laborales puede generar responsabilidad indemnizatoria, aquilataada por los órganos de la jurisdicción penal si consideran que ha existido conducta punible. Su estudio puede verse en el Anuario de Jurisprudencia Laboral 2020, AEBOE.
16. ^ Por ejemplo, la STS-PEN 341/2020 de 22 junio aborda las consecuencias de que un profesional de la Abogacía cometa irregularidades tanto de cara a sus clientes cuanto frente a la propia sociedad profesional en la que se integra. Puede verse su estudio en Anuario de Jurisprudencia Laboral 2020, AEBOE.
17. ^ STS-PEN 1254/2001, de 26 de septiembre.
18. ^ Sigo aquí a Belén Fernández Collados, en la obra ya citada Los delitos laborales, pág. 433 ss.
19. ^ A este respecto, resultan particularmente interesantes las reflexiones sobre la escasa aplicación práctica de estos delitos realizada por OLAIZOLA NOGALES, Inés: "Delitos contra los derechos de los trabajadores (arts. 316 y 317 CP) y su relación con los resultados lesivos", Indret: Revista para el Análisis del Derecho, núm. 12, 2010, págs. 26 y ss.

§ 14 Los servicios mínimos fijados en una huelga de transporte aéreo son “máximos” para la empresa. Inexistencia de indemnización automática derivada de la lesión del derecho fundamental de huelga.

Magdalena Nogueira Guastavino

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

Resumen: *La fijación de los servicios mínimos debe ser neutral e imparcial y no puede ser la empresa quien los fije en la práctica. La anulación de una resolución fijando servicios mínimos no da derecho, por sí misma, a que se reconozca una indemnización al sindicato convocante por daño moral.*

Palabras clave: *Huelga. Servicios mínimos. Indemnización por daño moral.*

Abstract: *The fixing of minimum services must be neutral and impartial, and the company cannot be the one to fix them in practice. The annulment of a resolution setting minimum services does not, by itself, entitle the calling trade union to compensation for moral damage.*

Keywords: *Strike. Minimum services. Compensation for moral damages.*

I. Introducción

Se aborda la problemática de la fijación de servicios mínimos en el contexto de la huelga en el transporte aéreo y su ejecución por parte de la empresa. Dos son las cuestiones abordadas. La primera, si la empresa puede precisar determinados aspectos de los servicios mínimos dentro de los límites fijados en la resolución administrativa, en virtud de sus facultades de dirección y organización. La segunda si, en caso de que se haya incumplido por la autoridad laboral la obligación de ofrecer una motivación detallada vulnerando el derecho fundamental de la huelga del art. 28.2 CE, cabe una indemnización automática por daño moral para el sindicato convocante o si los únicos que podrían solicitar la indemnización son los trabajadores afectados.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 28/2025, de 16 de enero.

Tipo y número recurso: Recurso de casación núm. 8699/2023.

ECLI:ES:TS:2025:340

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La Unión Sindical Obrera de Madrid (USO Madrid) convocó una huelga de tripulantes de cabina de Iberia Express para los días 28 de agosto a 6 de septiembre de 2022 en el aeropuerto de Madrid-Barajas. La autoridad laboral (Ministerio de Transportes) fijó servicios mínimos en

resolución de 25 de agosto de 2022. En varios de los servicios mínimos impuestos la resolución utiliza la expresión "aproximados por exceso. En concreto en el apartado b) sobre Rutas Domésticas a Territorios No Peninsulares, donde se establecieron porcentajes aproximados por exceso para cada ruta doméstica hacia o desde territorios no peninsulares, como Asturias, Madrid, Tenerife Norte y Vigo, lo que se justificó basándose en el factor de ocupación y la capacidad de reubicación de pasajeros en otros vuelos, permitiendo que la empresa redondeara al alza para garantizar el transporte mínimo; apartado c) Rutas Internacionales y Domésticas sin Alternativa Terrestre Razonable, donde la expresión se usa para fijar los servicios mínimos en vuelos internacionales y en rutas nacionales sin alternativa terrestre razonable (trayectos en tren o carretera superiores a 5 horas), justificándolo en la necesidad de proteger el derecho a la movilidad de los pasajeros en rutas sin alternativas adecuadas; y en el apartado d) Rutas Domésticas con Alternativa Terrestre Inferior a 5 Horas por la necesidad de mantener una mínima conectividad en el territorio peninsular.

En el apartado 1.f) se establecían como servicios mínimos aquellas operaciones técnicas de posicionamiento y otras como la situación de tripulaciones necesarias para la realización efectiva de los servicios de transporte aéreo considerados como esenciales, los operados en los periodos entre jornadas de huelga y los posteriores a la finalización de esta y en el apartado 1.g) aquellos vuelos cuya hora de salida programada fuera anterior al inicio de la huelga y cuya llegada prevista se produzca en el periodo de huelga.

Asimismo, dejando fuera otros apartados que ahora no interesan, se consideraba expresamente como funciones esenciales de los tripulantes de cabina asignados a vuelos protegidos "aquellas que dentro de sus funciones habituales tienen como objetivo salvaguardar la seguridad, tanto de la aeronave como de la operación 15 | 17 en general y la seguridad y salud de los pasajeros, incluyendo el suministro de alimentos y bebidas hidratantes a aquellos pasajeros que así lo soliciten", es decir se incluye la denominada "mayordomía".

USO impugnó por el procedimiento para la protección de derechos fundamentales la determinación de servicios mínimos fijados durante una huelga de tripulantes de cabina en Iberia Express, alegando que los servicios mínimos fueron establecidos "aproximados por exceso", lo que permitía a Iberia Express fijar servicios mínimos superiores a los necesarios, anulando prácticamente los efectos de la huelga. Denuncia falta de motivación pues la resolución no justificó suficientemente los porcentajes establecidos, careciendo de datos sobre programación de vuelos, número de pasajeros y alternativas de transporte. Cuestionó también que se incluyera en los servicios mínimos la mayordomía (servicios de catering y asistencia), al tratarse de un negocio accesorio y no esencial. Por todo ello solicitaba una indemnización de 30.000 euros por daños morales, alegando que la resolución afectó la imagen del sindicato y la afiliación sindical.

La Audiencia Nacional confirmó parcialmente la legalidad de los servicios mínimos. Consideró correctos los que se establecían por exceso, pero considera no motivados los vuelos de posicionamiento y los vuelos cuya hora de salida programada fuera anterior al inicio de la huelga y cuya llegada prevista se produjera en el periodo de huelga. En cuanto al establecimiento de los porcentajes consignados, aproximando por exceso, los considera motivados porque se obtiene el porcentaje de vuelos a

proteger multiplicando el factor de ocupación por el porcentaje de personas a reubicar para: cada ruta domestica hacia o desde territorios no peninsulares, para cada uno de los aeropuertos indicados (Asturias, Madrid, Tenerife N y Vigo); para los vuelos domésticos peninsulares cuyo tiempo de desplazamiento en transporte público sea superior a 5 horas y vuelos internacionales; para los vuelos domésticos peninsulares cuyo tiempo de desplazamiento en transporte público sea inferior a 5 horas. Para la AN “a diferencia de lo que sucedía en otros recursos de los que ha conocido este tribunal, en los que la convocatoria de huelga afectaba a varios aeropuertos, en el presente caso, la motivación de la resolución hace referencia al supuesto concreto del aeropuerto afectado por la convocatoria y especifica los criterios tenidos en cuenta, y las razones por las que la aplicación de esos criterios lleva a esa fijación de servicios mínimos”.

Sin embargo, considera que la motivación de la resolución impugnada es meramente formal y no material en relación con “otros vuelos”, entre los que se incluyen los vuelos de posicionamiento, los servicios de transporte de correo postal universal y de mercancías perecederas, medicamentos y material sanitario (que no se impugnaban en este concreto apartado), los vuelos cuya hora de salida programada fuera anterior al inicio de la huelga y cuya llegada prevista se produzca en el periodo de huelga, porque “la resolución no contiene una concreta determinación de los servicios mínimos a prestar, imponiendo solo la adopción de las “medidas necesarias para garantizar *que se presten, como mínimo, los servicios establecidos*, salvaguardando en todo momento la seguridad de las operaciones”. Además, para los vuelos que IBERIA EXPRESS opere para otras aerolíneas, se prevé que “deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar *que se presten, como mínimo, los servicios* establecidos en los apartados anteriores, en este caso en la medida de sus posibilidades, salvaguardando en todo momento la seguridad de todas las operaciones. En particular, establecerán las operaciones que dentro de su programación para los días de huelga quedan protegidas aplicando los criterios establecidos en esta resolución, así como los trabajadores que deberán atender tales operaciones, incluyendo aquellos afectados por imaginarias”. En consecuencia, tal como denunciaban la parte recurrente y el Fiscal, la Audiencia señala que “no se precisan los criterios objetivos en función de los cuales se fijan los servicios mínimos, adoleciendo la resolución de la necesaria motivación que es exigible, al tratarse de la limitación de un derecho fundamental. En consecuencia, procede la estimación parcial del recurso, en los términos expuestos, anulando la resolución impugnada en los concretos pronunciamientos del apartado 1º. f) y g)” (operaciones técnicas de posicionamiento y vuelos cuya salida era previa al inicio de la huelga, pero cuya llegada ocurría durante la huelga).

USO y el Ministerio Fiscal recurren en casación por concurrir un interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Los recursos se admiten declarando la Sala que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en: (i) Si a efectos de la debida motivación para fijar los servicios mínimos cuando se ejerce el derecho de huelga en el sector aéreo, las empresas deben conservar la facultad de precisar determinados aspectos de los servicios mínimos dentro de los límites fijados en la resolución administrativa correspondiente, como consecuencia de sus facultades de dirección y organización de la plantilla. (ii) Si la consideración de falta de motivación en parte de los servicios mínimos conlleva el reconocimiento automático de indemnización a favor del sindicato recurrente en la instancia, porque se entiende que vulnera la libertad sindical, o si dicha indemnización correspondería, en su caso, a los trabajadores afectados.

Excluye el examen de los servicios mínimos referidos a la “mayordomía” por no haberse incluido en el auto de admisión y no haberse planteado si el porcentaje es abusivo, inmotivado o desproporcionado.

La Sala reitera la doctrina general sobre la fijación de servicios mínimos, estableciendo que esta debe ser neutral e imparcial, sin que la empresa pueda fijarlos en la práctica ni que la Administración se limite a aprobar propuestas empresariales. Sin embargo, una vez fijados, la empresa puede organizar su actividad conforme a los

servicios mínimos establecidos. En este caso, la Sala considera que el redondeo "aproximados por exceso" es una regla aritmética complementaria que no otorga discrecionalidad a la empresa, sino que asegura el cumplimiento efectivo de los porcentajes establecidos. Justifica que, al expresarse los servicios mínimos en porcentajes, es previsible que surjan decimales, por lo que el redondeo al alza es una operación aritmética lógica.

Respecto a la indemnización, la Sala niega su automaticidad, argumentando que la jurisprudencia contencioso-administrativa exige prueba efectiva del daño moral y rechaza la responsabilidad objetiva automática, ya que la nulidad del acto administrativo no prueba por sí misma un daño directo. Además, no se admiten daños punitivos según la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público. Frente al argumento del Ministerio Fiscal sobre el desprestigio del sindicato por soportar servicios mínimos declarados abusivos, la Sala sostiene que no se ha vulnerado el libre ejercicio de la acción sindical (contenido esencial del artículo 28 de la Constitución), ya que el sindicato participó en la negociación, intervino en la fijación de los servicios mínimos e impugnó exitosamente parte de ellos, considerándose esto una compensación suficiente. Por tanto, no se aprecia un daño moral concreto ni una restricción a la libertad de acción sindical.

IV. Posición de las partes

1. Del sindicato demandante (USO Madrid)

Alegan que la fijación de servicios mínimos "aproximados por exceso", que la Audiencia no anula, vulnera el derecho de huelga al permitir a la empresa fijar servicios mínimos superiores a los necesarios y solicitan la indemnización automática al sindicato por la vulneración del derecho fundamental de huelga.

2. Ministerio Fiscal

Coindice con USO Madrid en que la resolución delegaba en la empresa la fijación de servicios mínimos, vulnerando el derecho de huelga, así como que la motivación de la proporcionalidad en cuanto al número de trabajadores no fue suficiente. Solicita una indemnización de 2.000 euros al sindicato por daño moral automático derivado de la vulneración del derecho fundamental de huelga como medida disuasoria (en línea con el art. 15 LOLS y 183 LRJS), aunque reconoce que no se acreditaron daños específicos. Invoca a este respecto la STC 2/2022.

3. Oposición de la abogacía del Estado

Defiende la legalidad de la resolución administrativa, alegando que la fijación de servicios mínimos en porcentajes no otorgó a la empresa la potestad de determinar los servicios mínimos, sino únicamente la obligación de organizarlos. Argumenta que la función de la Administración se limita a fijar de manera precisa y motivada el nivel de prestaciones mínimas, pero sin sustituir el poder de dirección del empresario, quien tiene la potestad junto a la autonomía colectiva para organizar la actividad ajustándose a esos servicios mínimos. Sobre la expresión "aproximados por exceso" defiende la licitud de la expresión porque es una operación aritmética que redondea al número entero superior para garantizar el cumplimiento de los servicios mínimos. Por otro lado, rechaza la existencia de una indemnización automática por vulneración del derecho fundamental.

V. Normativa aplicable al caso

Artículo 28.2 de la Constitución (CE) y arts. 2.1.d, 2.2.d y art. 15 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

VI. Doctrina básica

- La fijación de los servicios mínimos debe ser neutral e imparcial, luego no puede ser la empresa quien, en la práctica, los fije, ni que la Administración se limite a dar su conformidad a las propuestas empresariales.

- La anulación de una resolución fijando servicios mínimos no da derecho, por sí misma, a que se reconozca una indemnización al sindicato convocante por daño moral

VII. Parte dispositiva

Desestimación del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de USO confirmando la sentencia de 20 de febrero de 2023, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 8/2022.

VIII. Pasajes decisivos

- “La jurisprudencia exige que la fijación de los servicios mínimos sea neutral e imparcial, luego no puede ser la empresa la que, en la práctica, los fije, ni que la Administración se limite a dar su conformidad a las propuestas empresariales” (...) “cosa distinta es que, una vez fijados, la empresa concrete cómo desarrollará su actividad conforme y dentro de los servicios mínimos fijados por la Administración, cómo ordenará sus medios de producción afectos a esos servicios mínimos o que, mediante negociación laboral, designe a quienes los atiendan. Es un aspecto que se desenvuelve ad intrade la empresa y que afecta a la relación de los trabajadores en huelga con el empresario, luego el posible desacuerdo se solventará en el ámbito de la jurisdicción social”.

- “De ordinario se dicta sentencia una vez concluida la huelga, luego su efecto será declarativo, pero no ineficaz. Ya hemos dicho que por la escasa y desfasada regulación legal, se ha consolidado una jurisprudencia basada en una doctrina constitucional, que establece unos criterios formales y sustantivos para la fijación de servicios mínimos y además se ha hecho por sectores productivos; habrá discrepancias puntuales, también revocaciones, pero la realidad es que las Administraciones ejercen esta potestad siguiendo las pautas jurisprudenciales”.

- “De *lege ferenda* podría plantearse un procedimiento especial y sumario como lo es, por ejemplo, el previsto en el artículo 122 de la LJCA, que permitiese dictar sentencia en tiempo real. Su ausencia hace que las sentencias, como decimos, sean declarativas, pero su valor está en que son precedentes en general y para cada sector afectado. Ese desfase entre la huelga y la sentencia abonaría la idea que sostiene el Ministerio Fiscal: el resarcimiento, más que indemnizar, disuadiría de la imposición de servicios mínimos excesivos, arbitrarios o inmotivados. Sin embargo, es jurisprudencia de esta Sala -dictada ciertamente para otros supuestos- que ese tipo de indemnizaciones no resarcitorias sino sancionadoras, se aproximan «[a] lo que, en la terminología jurídica angloamericana, se denominan “daños punitivos”. Ocurre, sin embargo, que la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración no contempla la posibilidad de otorgar indemnizaciones a fin de sancionar comportamientos administrativos ilegales, satisfaciendo una necesidad de prevención general o disuasión por esta vía indirecta» (por todas, sentencia 1401/2021, de 21 de mayo, casación 6302/2018)”.

- “Además, la pertinencia de la indemnización no puede basarse en una suerte de responsabilidad objetiva, automática, derivada de la declaración de nulidad del acto de fijación de los servicios mínimos, pues colisionaría con la regla general del párrafo segundo del artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público”. “En consecuencia, no es descartable que el sindicato u organización convocante de la huelga reclame una indemnización tras anularse los servicios mínimos que impugna, pero siempre que se alegue un daño material, real y directo causado a tales organizaciones, luego un daño personal, no de terceros. Esos terceros son los trabajadores que ejercen el derecho a la huelga, luego los realmente lesionados por unos servicios mínimos que se declaren ilícitos”.

- “En cuanto a la pretensión indemnizatoria, en su demanda USO Madrid sostuvo que lo lesionado habría sido la imagen del sindicato, lo que afecta a la afiliación y

consideró que por tal razón habría daños morales indemnizables. (...). De autos se deduce que USO Madrid es el sindicato más representativo en el Comité de Empresa de IBERIA EXPRESS SAU, que intervino en la Mesa de negociación del segundo convenio colectivo y al bloquearse y ralentizarse por la empresa, convocó la huelga y antes había interesado la mediación de la Fundación Instituto Regional de Mediación y Arbitraje de Madrid, que resultó sin avenencia; en fin, consta que intervino en las reuniones entre la empresa y el Comité de Huelga para la fijación de los servicios mínimos y que acabó sin acuerdo. 5. La consecuencia es que, en línea con nuestro juicio casacional, USO Madrid ha podido ejercer sus funciones representativas, ha desarrollado su acción sindical conforme al artículo 28 de la Constitución; cosa distinta es que los servicios mínimos se hayan declarado parcialmente nulos gracias a su demanda, pero de esa nulidad no se deduce perjuicio para el derecho del sindicato en cuanto a los derechos de los que es titular y que ha ejercitado”.

IX. Comentario

La sentencia que se comenta presenta enorme interés por varios motivos, uno procesal y otros dos sustantivos referidos, respectivamente, a la proporcionalidad de los servicios y a la indemnización denegada.

1º) *Interés casacional objetivo*. El primero porque se trata de un recurso que se interpone porque el presenta un “interés casacional objetivo”, esto es, porque se entiende que a partir del caso se puede dictar una doctrina general que garantice la uniformidad y la coherencia en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico. Se busca con ello reforzar el recurso de casación para asegurar la homogeneidad en la aplicación del derecho proporcionando seguridad jurídica. En la jurisdicción contencioso-administrativa esta figura del interés casacional objetivo se incorporó a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, mediante la reforma llevada a cabo por la disposición final tercera de la LO 7/2015, de reforma de la LOPJ. Esta figura casacional no se contemplaba en la jurisdicción social hasta la reciente LO 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia. En dicha norma, se perfila el interés casacional objetivo, entendiendo que existe si concurren circunstancias que aconsejen un nuevo pronunciamiento de la Sala, cuando la cuestión posee una trascendencia o proyección significativa, o si el debate suscitado presenta relevancia para la formación de la jurisprudencia. Pero también la nueva ley aprovecha para introducir de modo novedoso esta figura en la jurisdicción social, unificando, de este modo, el alcance y finalidad del recurso de casación en todas las Salas del Tribunal Supremo. Se trata de un criterio parecido al de la especial trascendencia constitucional al que alude la LOTC para poder interponer el recurso de amparo.

En el presente caso, la jurisdicción contencioso-administrativa ha establecido dos criterios doctrinales fundamentales. En primer lugar, respecto a la fijación de los servicios mínimos, se declara que esta debe ser neutral e imparcial, lo que implica que la empresa no puede determinar en la práctica el alcance de dichos servicios ni la Administración limitarse a aprobar las propuestas empresariales sin una evaluación autónoma y motivada. En segundo lugar, se establece que la anulación total o parcial de una resolución que fija servicios mínimos no genera automáticamente el derecho a una indemnización por daño moral para el sindicato convocante. Para que proceda dicha indemnización, es necesario acreditar un daño real y directo, sin que la nulidad del acto administrativo, por sí sola, sea suficiente.

2º) *Motivación y proporcionalidad*. En relación con el establecimiento de servicios mínimos, podemos estar de acuerdo en líneas generales con la sentencia del TS en cuanto a la existencia de motivación y a su ausencia en varios casos, aunque no los que principalmente ocupaban la reclamación sindical. En efecto, se motivaron las razones por las que se permitía el denominado “redondeo en exceso” en tanto la resolución fijaba servicios mínimos en porcentajes y lo normal es que fuera necesario un redondeo final para evitar decimales y que afectaría como máximo a una persona. No obstante, en mi opinión, el razonamiento de que el redondeo por exceso es una mera regla aritmética para evitar decimales abre una vía indirecta para superar los

porcentajes establecidos. Esto se debe a que el exceso de una persona en cada vuelo o servicio puede multiplicarse en tantos supuestos como veces se aplique, limitando así el derecho de huelga de manera acumulativa. Por ello, considero que la Administración podría haber optado por permitir el "redondeo a la baja", evitando así que la empresa superase los porcentajes máximos y ponderando con mayor precisión los derechos en juego. De esta manera, se hubiera priorizado el derecho fundamental de huelga frente al interés empresarial, sin que el impacto en los derechos de terceros resultara significativo. Además, el redondeo a la baja sería una medida menos restrictiva del derecho de huelga y no infringiría los límites máximos establecidos.

En todo caso, aunque motivados, las dudas en su establecimiento surgen en relación con la "proporcionalidad" como exigencia constitucional adicional vinculada al "carácter restrictivo que tiene la determinación de los servicios mínimos para el ejercicio del derecho de huelga" (por todas STC 2/2022). Parece confundir la resolución administrativa el concepto de servicios mínimos. Se trata de servicios que no son mínimos para la empresa, sino los máximos de prestación del servicio necesarios para dotar de "cobertura mínima" a los derechos, libertades o bienes que el propio servicio satisface, pero sin alcanzar el nivel de rendimiento habitual (SSTC 53/1986, 27/1989, 183/2006, 2/2022). Se trata de una "cobertura solo mínima en protección del derecho de huelga de los trabajadores que prestan ese servicio" (STC 2/2022). La resolución parece confundir el concepto de servicios mínimos, al interpretar que se trata de garantizar un umbral mínimo de operatividad para la empresa, cuando en realidad se trata de establecer el máximo de prestación de servicio necesario para proporcionar una "cobertura mínima" a los derechos, libertades o bienes protegidos por el servicio, sin llegar al nivel de rendimiento habitual (SSTC 53/1986, 27/1989, 183/2006 y 2/2022). Esto implica una cobertura estrictamente mínima que respete el derecho de huelga de los trabajadores que prestan el servicio (STC 2/2022).

En este sentido, la resolución impugnada, aunque menciona a Iberia Express y al aeropuerto de Madrid, mezcla datos de toda la operativa de la compañía, sin especificar cuáles corresponden al centro de trabajo afectado por la huelga. Se consideran todas las operaciones con origen y/o destino en España, pero sin distinguir las relacionadas específicamente con Madrid, lugar donde exclusivamente se convoca la huelga, careciendo de motivación en cuanto a la incidencia de los vuelos en otras provincias y sin datos que permitan sostener que en dichos aeropuertos se les tiene que extrapolar el mismo tratamiento que se establece en atención al tráfico aéreo de Madrid. Ello supone, en la práctica, como señalaba el sindicato recurrente, la posible protección del 100% de los vuelos en las provincias afectadas, lo que desvirtúa el ejercicio del derecho de huelga. Asimismo, el sindicato recurrente acierta al señalar que, respecto a los vuelos de trayectos superiores a 500 km (más de 5 horas de viaje), la resolución solo considera la alternativa del transporte por carretera, omitiendo la opción de tren de alta velocidad, a pesar de que existen múltiples operadores en competencia que minimizan los posibles perjuicios para los pasajeros.

En fin, se observa una tendencia creciente en las resoluciones de servicios mínimos en el transporte aéreo a fijar porcentajes excesivamente altos, que posteriormente se ratifican judicialmente sin un análisis exhaustivo ni un control riguroso de proporcionalidad, afectando a la efectividad del derecho de huelga.

3ª) *Indemnización por daños morales.* La última de las cuestiones que plantea la sentencia se alinea en esa concepción restrictiva del derecho de huelga. En concreto, deniega la indemnización alegando que no procede de manera automática, sino que requiere la acreditación efectiva de los daños sufridos. Además, fundamenta esta decisión en que la titularidad del derecho de huelga recae exclusivamente en los trabajadores de manera individual, y no en el sindicato como entidad colectiva. Esta interpretación limita la posibilidad de compensación al sindicato, ya que no se reconoce un daño directo a la organización, sino únicamente a los trabajadores afectados de forma individual. La Sala de lo Social adopta una posición más protectora en relación con los derechos fundamentales, permitiendo la indemnización por daños morales en el ámbito laboral y sindical de manera más flexible (*vid.* STS 23 de febrero

de 2022 rec 4322/2019; STS 6 de junio, RCUd núm. 4538/2019, y las que citan), siguiendo la línea de flexibilización impuesta para la interpretación del art. 180 LPL, ahora 183 LRJS en combinación con el art. 15 LOLS (precepto, este último, que usa en la conformación de su doctrina igualmente la sentencia que se comenta). En cambio, la Sala de lo Contencioso-Administrativo aplica un criterio más restrictivo, exigiendo prueba directa del daño y excluyendo la indemnización automática incluso en casos de nulidad de resoluciones administrativas que afecten derechos fundamentales, como el derecho de huelga.

Aunque es cierto que la titularidad del derecho de huelga recae individualmente en cada trabajador, ignorar el impacto inmediato que unos servicios mínimos excesivos tienen en el ejercicio efectivo del derecho de huelga, como contenido esencial de la libertad sindical, supone desconocer la relación indisoluble entre ambas facetas del derecho tal y como está configurado en nuestro sistema jurídico (y que, difiere en tal configuración de otros sistemas de nuestro entorno). Sin convocatoria colectiva, no hay huelga posible. Esta interpretación restrictiva del derecho de huelga obliga a los sindicatos a impugnar sistemáticamente servicios mínimos que, en muchos casos, son claramente excesivos o inmotivados. El resultado es un ciclo agotador de litigiosidad que, después de un largo proceso judicial, solo conduce a una declaración de nulidad sin ninguna consecuencia disuasoria para la Administración. El efecto práctico de la sentencia se limita a un fallo que declara la nulidad de la resolución, cuando el derecho de huelga ya ha quedado irremediadamente afectado y el conflicto laboral ha perdido su vigencia e impacto. Esta ausencia de consecuencias efectivas incentiva a la Administración a continuar aplicando criterios rutinarios, sin un análisis específico del caso concreto, y reproduciendo resoluciones sistemáticas que priorizan la continuidad de los servicios y la aparente normalidad sobre el ejercicio efectivo del derecho de huelga. Con ello, se garantiza la satisfacción ciudadana y se preserva la normalidad, pero se desvirtúa el derecho fundamental de huelga, al eliminar cualquier riesgo de consecuencias jurídicas más allá de una sentencia que se archiva y se olvida. Este enfoque, en fin, perpetúa un modelo de fijación de servicios mínimos que vulnera el derecho de huelga y vacía de contenido la libertad sindical, degradando así la efectividad de ambos derechos fundamentales.

Es cierto que la posición de la Sala de lo contencioso está fundada en Derecho. Sustenta su posición en jurisprudencia reiterada que niega daños punitivos en la responsabilidad patrimonial de la Administración y en su colisión con el art. 32.1 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, por el que la anulación de actos o disposiciones administrativas no presupone, por su misma, derecho a la indemnización, proponiendo, incluso, de *lege ferenda* un procedimiento especial y sumario como el previsto en el art. 122 LJCE para obtener una sentencia en tiempo real. Asimismo, admite la indemnización del sindicato tras la anulación de servicios mínimos, pero siempre que se alegue el daño material real y directo causado a la organización daño personal no de terceros, aunque considera que no ha sufrido daños en el caso concreto. Pues bien, es aquí donde podría comenzar la confluencia de las Salas y donde peca de estricta la sentencia ahora comentada.

El sindicato ha alegado el daño material y directo causado, al aducir el daño en la imagen del sindicato y el impacto en la afiliación al sindicato. Se trata de argumentos tenidos en cuenta por tribunales internacionales (TEDH) y que desde una perspectiva económica pueden valorarse. La huelga es un instrumento de presión cuyo efecto disuasorio y potenciador de la capacidad de negociación sindical radica en la afectación de la actividad productiva de la empresa. Cuando la huelga pierde efectividad, el sindicato pierde poder negociador, debilita su posición frente a la empresa, reduciendo su capacidad de negociación (de mejora, en definitiva, de las condiciones de sus afiliados), minando la percepción de eficacia que tienen los trabajadores en su organización, lo que se traduce en menores ingresos por cuotas y en menor implicación en las actividades colectivas llevadas a cabo. El TEDH ha señalado que la huelga está protegida por el art. 11 CEDH solo en la medida en que sea convocada por organizaciones sindicales y se considere efectivamente como parte de la actividad sindical (Bariş y otros c. Turquía demanda n. 66828/16 ,14-12-2021, §

45) y que el impacto de cualquier restricción sobre la capacidad de los sindicatos para convocar huelgas no debe poner a sus miembros en un riesgo real o inmediato de quedar indefensos ante intentos futuros de degradar salarios u otras condiciones laborales (UNISON c. Reino Unido, demanda n. 53574/99, 10-01-2002). La Sala, en contra de la opinión del sindicato y del Ministerio Fiscal, rechaza la existencia de daño moral por la nulidad parcial de los servicios mínimos, así como la existencia de desprestigio, aduciendo que ha podido negociar ha ejercido libremente su acción sindical al convocar la huelga y ha impugnado con éxito los servicios mínimos, lo que lejos de desprestigiar al sindicato considera un activo pues los “trabajadores lo valoraran como un sindicato diligente para defender sus intereses”. Pero lo que se dirime no es la capacidad de negociar ni la libertad sindical, sino la ablación de otro derecho fundamental, cual es la huelga, para cuya convocatoria y desarrollo el sindicato incurre en gastos organizativos, costes de comunicación (difusión de convocatoria y acciones de movilización), de asesoramiento jurídico y gastos logísticos de materiales de movilización y transporte). Gastos que no generan el retorno esperado cuando la huelga no produce impacto económico en la empresa, dado que el objetivo de presión se frustra por la imposición de servicios mínimos desproporcionados y, dado que al declararse la nulidad de los servicios mínimos tiempo después de la huelga, el daño ya está consumado, pues la actividad productiva no se ha visto afectada como se pretendía, se ha minimizado o anulado la pérdida económica para la empresa, por lo que el efecto disuasorio se ha neutralizado, esto es, el objetivo sindical de presión económica y social se ha visto frustrado.

§ 15 El concepto tiempo de trabajo no alcanza a las guardias no presenciales sin efectiva prestación del servicio de un empleado del cuerpo de bomberos.

Susana Rodríguez Escanciano

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

Resumen: La disponibilidad y localización durante 24 horas, impuesta a un empleado del cuerpo de bomberos durante la pandemia, no puede considerarse “tiempo de trabajo”, pues, dada la falta de prestación del servicio, se trata de una mera obligación genérica que, por sí misma, no limita su capacidad de decisión para la realización de actividades personales, familiares o sociales, máxime cuando las restricciones vinieron impuestas a todos los ciudadanos por la declaración del estado de alarma.

Palabras clave: Tiempo efectivo de trabajo. Retribución. Guardia localizada. Falta de prestación de servicios.

Abstract: The 24-hour on-call time imposed on an employee of the fire brigade during the pandemic cannot be considered ‘working time’ because, given the absence of service provision, it is simply a generic obligation which, in itself, does not limit his ability to decide to carry out personal, family or social activities, especially when the restrictions were imposed on all citizens by the declaration of the state of emergency.

Keywords: Effective working time. Remuneration. On-call duty. Absence from work.

I. Introducción

Como es de sobra conocido, el tiempo de trabajo ha sido una de las bases del conflicto laboral desde los orígenes del industrialismo, constituyendo un ámbito donde se ha venido produciendo una tensión permanente de intereses divergentes entre las personas asalariadas y empresarias. Particular debate se ha planteado a la hora de configurar determinados espacios como tiempo de “trabajo efectivo” y, por tanto, retribuido.

De conformidad con la Directiva 2003/88, de 4 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, procede entender que para incluir ciertos parámetros en el concepto “tiempo de trabajo” deben cumplirse los tres requisitos siguientes: la persona trabajadora debe estar en ejercicio de su actividad, a disposición de la empresa y permanecer en su puesto de trabajo. Bajo tales premisas, varios pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea han intentado dar respuesta a algunas incertidumbres planteadas por tales condicionantes en los supuestos de guardias localizadas, destacando una línea evolutiva hacia una progresiva ampliación en la consideración de concretos aspectos que deben ser considerados tiempo de trabajo y excluidos, por tanto, del ámbito del tiempo de descanso. Como primer exponente de esta interpretación extensiva, cabe mencionar la Sentencia de 21 de febrero de 2018 (C-518/15, asunto Matzak), que

considera tiempo de trabajo la guardia realizada por un trabajador fuera de las instalaciones de la empresa, en concreto en su domicilio particular, siempre y cuando tenga que acudir e incorporarse a su puesto de trabajo en un período de tiempo breve (8 minutos) que no le permite libertad de movimientos ni disponer de capacidad de decisión.

Lógicamente, esta impronta se ha seguido también en el Tribunal Supremo español, tanto en la Sala de lo Social como en la Sala de lo Contencioso-Administrativo, en las que se han venido definiendo como tiempo de trabajo algunas zonas grises denominadas “horas de espera”, “horas de presencia” u “horas de disponibilidad”, pivotando desde una inicial exigencia de la presencia física de la persona trabajadora en el centro de trabajo hasta la adopción actual de un concepto más flexible como es la posible localización fuera de los emplazamientos de la empresa, de manera que los casos de guardias realizados en casa (o en un lugar elegido por el trabajador) se consideran tiempo efectivo de trabajo si éste se ve obstaculizado de manera objetiva y muy significativa en su facultad de gestionar su tiempo libre cuando no se le exijan sus servicios profesionales.

En el presente supuesto de hecho se analiza la consideración como tiempo de trabajo o no del periodo en que estuvo vigente el régimen de disponibilidad no presencial de un empleado público perteneciente al cuerpo de bomberos del Ayuntamiento de Madrid en el marco del estado de alarma declarado con motivo de la covid-19.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Número de resolución judicial y fecha: núm. 29/2025, de 16 de enero de 2025.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de casación, núm. 6452/2022.

ECLI: ES:TS:2025:257

Fuente: CENDOJ

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El presente pronunciamiento resuelve un recurso de casación planteado por el Ayuntamiento de Madrid contra la sentencia 301/2022, de 9 de junio, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 29 de Madrid, que, a su vez, había valorado la impugnación de la resolución de 4 de febrero de 2021 del Director General de Emergencias y Protección Civil del Ayuntamiento de Madrid, que desestimaba el recurso de reposición presentado contra la resolución de 17 de noviembre de 2020, del Jefe del Cuerpo de Bomberos del Ayuntamiento de Madrid, por la que no se accedió a la compensación económica solicitada por un bombero en relación a su localización y disponibilidad desde el día 15 de marzo de 2020 hasta el día 21 de junio de 2020.

1. Hechos

Los hechos pueden estructurarse conforme a la siguiente secuencia:

1.- El actor en el juicio de instancia es funcionario público del Ayuntamiento de Madrid, perteneciente a la Escala de Administración Especial, Subescala de Servicios Especiales, con puesto de trabajo denominado Jefe/a de Unidad adscrito a la Unidad de Proyectos, Inspección de Prevención de Incendios, Inspección Adjunta Operativa, Jefatura del Cuerpo de Bomberos, de la Dirección General de Emergencias y

Protección Civil, Coordinación de Seguridad y Emergencias y Área de Gobierno de Portavoz, Seguridad y Emergencias del referido Ayuntamiento.

2.- Por resolución de la Dirección General de Emergencias y Protección Civil del Ayuntamiento de Madrid de 15 de marzo de 2020 se establecieron medidas con carácter extraordinario en el Cuerpo de Bomberos con motivo de la evolución del coronavirus, incluyendo el siguiente apartado: "Quinto.- Disponibilidad y localización del personal del Cuerpo de Bomberos (y del colectivo SAMUR-PC). Los componentes de la Escala Técnica y los Suboficiales de Escala Operativa del Cuerpo de Bomberos... deberán estar todos localizables y disponibles las 24 horas... Se podrán realizar planes especiales para localizar a todos los componentes de la escala operativa del Cuerpo de Bomberos, todo ello para que puedan ser activados cuando sea necesario en función de la evolución de la emergencia sanitaria".

3.- Por resolución de 26 de marzo de 2020 de la Dirección General de Emergencias y Protección Civil se acordó prorrogar los efectos de la anterior resolución mientras durase la vigencia del estado de alarma.

4.- Esta medida extraordinaria se implantó por Orden del Cuerpo de Bomberos n.º 016/2020 de 15 de marzo, sobre "Medidas con carácter extraordinarias por Coronavirus SARS-COV-19.- Remisión de resolución de Director General de Emergencia y P. C.", y fue prorrogada en los términos fijados por la resolución de 26 de marzo de 2020 de la citada Dirección General.

5.- El 7 de noviembre de 2020, el demandante en el proceso de instancia presentó solicitud alegando que: "desde el 15 de marzo de 2020 y hasta las 0:00 h del día 21 de junio de 2020 los componentes de la Escala Técnica y los Suboficiales de la Escala Operativa del Cuerpo de Bomberos, así como los Jefes de la Sala de la Central de Comunicaciones de la Jefatura del Cuerpo de Bomberos, han prestado el servicio extraordinario de estar localizables y disponibles las 24 horas, por lo que resulta adecuado que durante ese espacio de tiempo todas las horas fuera de jornada de trabajo de dicho personal se computen como un 25% del tiempo real, a efectos de su compensación económica por horas de guardia extraordinaria efectivamente trabajada", siendo aplicable el Acuerdo de 12 de diciembre de 2019 de la Junta de Gobierno de la ciudad de Madrid por el que se aprueba el Preacuerdo de 15 de octubre de 2019 por el que se modifica el Preacuerdo de 13 de mayo de 2019 de desarrollo profesional y distribución de la jornada, mejora retributiva y apoyo técnico de la Escala Técnica de Bomberos y se adapta la jornada a las 35 horas semanales (BOAM 8543, de 16 de diciembre de 2019).

6.- Tal petición fue rechazada por resolución del Jefe del Cuerpo de Bomberos de 17 de noviembre de 2020 por entender que la disponibilidad acordada no supone la prestación de un servicio extraordinario ni la realización de una jornada de guardia no presencial, sino la posibilidad de ser activado en función de las necesidades del servicio, activación que, una vez producida, conlleva el abono de una productividad por activación a siniestro regulada en el artículo 14.7 del Acuerdo de 12 de diciembre de 2019 de la Junta de Gobierno de la ciudad de Madrid.

7.- Ante esa respuesta interpuso el empleado del servicio de bomberos planteó recurso administrativo que resultó desestimado por resolución de 4 de febrero de 2021 de la Dirección General de Emergencias y Protección Civil.

8.- Frente a esa decisión administrativa interpuso recurso contencioso administrativo que fue resuelto con la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que ahora se recurre en casación.

9.- Admitido el recurso de casación, se fija como cuestión de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia la siguiente: "determinar si es tiempo de trabajo el periodo de guardia en régimen de disponibilidad no presencial de empleado público (y en el presente caso además dentro de un estado de alarma)".

2. El pronunciamiento de instancia

La sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo realiza un exhaustivo repaso de la normativa aplicable al presente caso, en referencia a los dos siguientes extremos:

1.- El Acuerdo de 12 de diciembre de 2019 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, que considera como guardias extraordinarias "las necesarias para cubrir necesidades específicas que se produzcan en situaciones tales como grandes siniestros, crisis, epidemias, eventos y en general acontecimientos extraordinarios, siempre y cuando el número de trabajadores resulte insuficiente para cubrir las necesidades del servicio operativo diario. Su retribución se contempla en el artículo 14.2 y consiste en un determinado complemento de productividad". Para la jornada de turnos y guardias, respecto de la Escala Técnica, subraya que regula un turno de Guardias que pueden ser tanto presenciales como de localización en situación de activables, estableciendo para estas últimas un plazo de presentación para dispensar el servicio, regulando el art. 14.7 la productividad por activación a siniestro de la escala técnica.

2.- El Reglamento del Cuerpo de Bomberos, aprobado por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid de 27 Julio 1984 (BOAM n.º 458115, de 15 de noviembre de 1984), en cuanto contempla entre las funciones de las Escalas Operativa y Técnica la de asistir a siniestros de importancia fuera de su turno de trabajo y cuando sea requerido para ello, con la debida compensación.

A la luz de tales previsiones normativas, la Sentencia de instancia alcanza las siguientes conclusiones:

1.-Toma en consideración el criterio fijado por las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de noviembre de 2021 (c-214.2020) y de 9 de marzo de 2021 (dos) (c-344 y 580/2019), en virtud de las cuales el factor determinante para la calificación del tiempo de guardia de disponibilidad como tiempo de trabajo es el hecho de que el trabajador está obligado a hallarse físicamente presente en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de éste para poder prestar sus servicios inmediatamente en caso de necesidad, ya que estas obligaciones son, precisamente, las que impiden que los trabajadores afectados elijan su lugar de estancia durante los períodos de guardia, y, por ello, deben considerarse comprendidos en el ejercicio de sus funciones.

2.- Considera como tiempo de trabajo, a la luz del artículo 2 de la Directiva 2003/88, el régimen de disponibilidad no presencial que fue asignado al recurrente desde el día 15 de marzo de 2020 hasta el día 21 de junio de 2020, calificando el exceso de la jornada ordinaria de trabajo así desarrollada como servicio extraordinario desempeñado en régimen de guardia extraordinaria y con derecho a compensación económica correspondiente, no en vano, primero, "se obliga al recurrente estar localizable para el caso de que sea necesaria su intervención, en el plazo de tiempo máximo para responder al requerimiento de 45 minutos o 1 hora (si se presenta con justificación), las 24 horas del día desde el día 15 de marzo inclusive hasta el día 21 de junio de 2020 a las 0:00 horas; esto es, durante un total de 2.352 horas tiene que estar el trabajador localizado y en disponibilidad"; segundo, "ese tiempo de respuesta, que afectó a las 24 horas de los 98 días durante los que estuvo vigente la medida de disponibilidad y localización, era en realidad menor dada la situación general de restricciones de movilidad existente por la declaración del estado de alarma, lo que afectaba de forma considerable a la capacidad del recurrente, pues no podía administrar su tiempo y dedicarse a sus intereses personales de forma libre durante el tiempo en que no se le requería"; tercero, "esas circunstancias no se desvirtúan por el hecho de que la Administración no realizara la activación del servicio".

IV. Posición de las partes

En su recurso, el Ayuntamiento de Madrid alega, en primer lugar, que, según el Reglamento del Cuerpo de Bomberos de 27 de julio de 1984, estos trabajadores, en

cualquier momento, pueden ser llamados a acudir a un siniestro, como obligación consustancial a su condición de agente de la autoridad y al servicio esencial de protección civil. Esta obligación básica conecta con la situación vivida durante la pandemia de 2020, que motivó el diseño de "los dos niveles más importantes del plan de protección civil de Madrid, siendo los componentes del Cuerpo de Bomberos un grupo de intervención del Plan Territorial de Emergencia Municipal del Ayuntamiento de Madrid (PEMAM), dispuesto a tener que estar movilizado como un recurso indispensable en cualquier momento.

En segundo término, el Ayuntamiento de Madrid alega que la disponibilidad discutida es indeterminada, sin exigencia de ningún tipo de requisito, pues en ningún caso supuso una alteración o limitación de sus descansos, vacaciones o permisos, ni tampoco se restringieron los cambios de guardias por motivos particulares entre los afectados y, lo que es más relevante, cuando se les ofreció a los interesados la posibilidad de efectuar guardias extraordinarias u otras actividades adicionales siempre fueron retribuidas, según el Acuerdo vigente de la Escala Técnica y con el consentimiento voluntario del interesado. Las únicas limitaciones en la capacidad de decisión sobre las actividades personales a realizar durante el tiempo de guardia localizada fueron aquellas que se establecieron para cualquier ciudadano fruto del estado de alarma vigente.

En tercer lugar, considera que la sentencia también resulta contraria a las previsiones del artículo 24 d) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TREBEP), pues para la fijación de la cuantía de las retribuciones complementarias se atiende, entre otros factores, a "los servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo", pero lógicamente es necesaria la prestación real y efectiva de los servicios.

En cuarto lugar, aun reconociendo que la cuestión de la prestación efectiva de servicio, como requisito de percepción de retribución, ha sido matizada por la jurisprudencia considerando en determinados casos como tiempo de trabajo aquellas disponibilidades no presenciales que limitasen de forma evidente el tiempo libre o de descanso de los trabajadores vinculándoles a la permanencia en un lugar concreto o a la necesidad de poder personarse en el lugar de trabajo en cortos márgenes, lo cierto es que nada de esto sucede en el presente caso. Así, por una parte, no puede valorarse la existencia de una limitación de movilidad del trabajador, pues las restricciones de movilidad eran máximas fuera de la jornada laboral ordinaria, pero venían impuestas por la declaración del estado de alarma derivada de la pandemia; por otra, no concurre una limitación temporal pues nunca se fijó la obligación de presentarse en plazo alguno destinado a que los bomberos acudieran a su puesto de trabajo o a un hipotético siniestro.

En fin, el Ayuntamiento añade que después de su escrito de preparación del recurso se han dictado varias sentencias contradictorias (en concreto, de la Sala Territorial de Madrid 509 y 574/2023, de 9 de octubre y 17 de noviembre) con la que aquí se impugna y que concluyen que el hecho de estar meramente disponible no implica necesariamente el cobro de las retribuciones, no considerándose tiempo de trabajo sin más.

Por otro lado, en el escrito de oposición al recurso, el trabajador argumenta, en primer lugar, que la sentencia de instancia parte de un hecho que no puede ser controvertido en la casación, relativo al plazo de tiempo máximo para responder al requerimiento de activación durante la disponibilidad y localización, que era de 45 minutos o 1 hora (si se presenta con justificación).

En segundo término, añade que la decisión de la sentencia de instancia de considerar el tiempo disponibilidad no presencial como tiempo de trabajo, se ajusta plenamente a la doctrina de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de marzo de 2021 (C-580/19).

En tercer lugar, desde la perspectiva de la normativa interna, sostiene que la decisión es igualmente correcta ya que se retribuyen los servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo [artículo 24.d) TREBEP] y en la forma prevista en los artículos 10, 11.1 y 14.2 del Acuerdo de 12 de diciembre de 2019 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, que contempla la gratificación por horas extraordinarias en la Escala Técnica.

En cuarto lugar, la previsión de disponibilidad y localización impuesta por la Resolución de la Director General de Emergencias y Protección Civil de 15 de marzo de 2020 no puede ser considerada como una cuestión ya regulada por el Reglamento del Cuerpo de Bomberos de 27 de julio de 1984, sino que se trata de una medida diferente e impuesta como una medida de carácter urgente, extraordinaria, excepcional y temporal. Una cosa es asistir a siniestros de importancia fuera del turno de trabajo, al ser requerido para ello, y otra diferente la imposición de una medida de disponibilidad y localización las 24 horas del día y durante un largo periodo de tiempo.

En fin, el empleado cuestiona el hecho de que el Ayuntamiento recurrente cite hasta siete sentencias "sobre casos idénticos" que vendrían a contradecir el criterio de la sentencia impugnada, y que lo haga sin hacer un análisis de ellas y limitándose a reproducir parcial e interesadamente la sentencia n.º 509/2023, de 9 de octubre, de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso de apelación 801/2022).

V. Normativa aplicable al caso

En el presente supuesto se aplican las siguientes previsiones:

1.- El artículo 2 de la Directiva 2003/88, conforme al cual será "tiempo de trabajo: todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales".

2.- El artículo 24 d) TREBEP, a la luz del cual las retribuciones complementarias se fijarán, entre otros extremos, atendiendo a "los servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo".

3.- El artículo 54.2 TREBEP, según el cual los empleados públicos desempeñarán "las tareas correspondientes a su puesto de trabajo... de forma diligente y cumpliendo la jornada y el horario establecidos".

4.- El apartado quinto de la Resolución de la Dirección General de Emergencias y Protección Civil del Ayuntamiento de Madrid de 15 de marzo de 2020, donde se señala que "los componentes de la Escala Técnica y los Suboficiales de Escala Operativa del Cuerpo de Bomberos... deberán estar todos localizables y disponibles las 24 horas... Se podrán realizar planes especiales para localizar a todos los componentes de la escala operativa del Cuerpo de Bomberos, todo ello para que puedan ser activados cuando sea necesario en función de la evolución de la emergencia sanitaria".

VI. Doctrina básica

El Tribunal Supremo señala que la disponibilidad y localización durante 24 horas, impuesta a un empleado del cuerpo de bomberos durante la pandemia no puede considerarse como tiempo de trabajo, pues se trata de una obligación genérica que, por sí misma, no implicaba ni permanencia física en el centro de trabajo ni en el domicilio. No imponía la prestación de concretos servicios extraordinarios, ni la realización de una jornada de guardia no presencial, sino que simplemente se trataba de una medida motivada por la crisis de la covid-19, que únicamente suponía la posibilidad de ser localizado y activado si lo hubieran exigido las circunstancias impuestas por la pandemia, cosa que no ocurrió. En fin, tampoco afectaba de forma directa y sustancial a las facultades de los empleados públicos constreñidos para administrar su tiempo, ni a sus tareas personales, familiares o sociales, sino que las

restricciones venían impuestas a todos los ciudadanos por la declaración del estado de alarma.

VII. Parte dispositiva

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid contra la sentencia 301/2022, de 9 de junio, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 29 de Madrid en el recurso contencioso-administrativo n.º 124/2021, sentencia que se casa y anula. Desestima, además, el recurso contencioso administrativo interpuesto por el empleado del servicio de bomberos contra la resolución dictada el 4 de febrero de 2021 por el Director General de Emergencias y Protección Civil del Ayuntamiento de Madrid. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, sin imposición de las costas del recurso contencioso administrativo por las dudas que suscita la controversia.

VIII. Pasajes decisivos

El Tribunal Supremo entra a dilucidar si es o no tiempo de trabajo el periodo en que estuvo vigente el régimen de disponibilidad no presencial y localización durante 24 horas de un bombero del Ayuntamiento de Madrid con motivo del estado de alarma asociado a la pandemia. Sobre este particular la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo ha diseñado una doctrina, recogida en las sentencias de 18 de mayo de 2002 (recurso casación 737/2021), de 29 de marzo de 2022 (recurso de casación 7946/2020), de 31 de marzo de 2022 (recurso de casación 639/2021) y de 22 de septiembre de 2022 (recurso de casación 6685/2020), que fija los siguientes criterios: 1º) Puede decirse que la calificación de los periodos de guardia como "tiempo de trabajo", en el sentido del artículo 2 de la Directiva 2003/88, incluye todos los periodos de guardia, incluidos aquellos que se cubren en régimen de disponibilidad no presencial, siempre que se acredite que las limitaciones impuestas al trabajador son de tal naturaleza que afectan objetivamente y de manera considerable a su facultad para administrar libremente, en esos periodos, el tiempo durante el cual sus servicios no son requeridos y no puede dedicar ese espacio a sus propios intereses, según declaran las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de marzo de 2021 (asunto C-580/19) y de 11 de noviembre de 2021 (asunto C-214/20). 2º) Sin embargo, cuando las limitaciones impuestas durante un determinado periodo de guardia no alcanzan tal grado de intensidad y le permiten administrar su tiempo y dedicarse a sus propios intereses sin grandes obstáculos, solo constituye "tiempo de trabajo", a efectos de la aplicación de la Directiva 2003/88, el tiempo correspondiente a la prestación laboral efectivamente realizada, en su caso, durante dicho periodo, según la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de marzo de 2021 (asunto C-580/19). 3º) No procede realizar una aplicación automática del concepto "tiempo de trabajo", pues su calificación es esencialmente casuística, correspondiendo a los órganos jurisdiccionales verificar si procede o no aplicar dicha consideración al tiempo de la guardia localizable atendiendo a las circunstancias del caso. Esta valoración ha de hacerse teniendo en cuenta las consecuencias que se derivan de las limitaciones adicionales impuestas, si es que concurren, debiendo verificar si tales restricciones adicionales inciden y restringen su capacidad para administrar libremente el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y pueda dedicarse a sus propios intereses. 4º) Cabe atender a diversos factores para efectuar esa tarea judicial valorativa, entre los cuales la jurisprudencia destaca algunos como el plazo de que dispone el trabajador para reanudar sus actividades profesionales con el empresario para el que lleva a cabo esa guardia, a partir del momento en que este requiere sus servicios; o la frecuencia media de las intervenciones que dicho trabajador ha de realizar efectivamente en ese periodo. También cabe diferenciar la situación del trabajador que está obligado a permanecer en su domicilio o en el puesto de trabajo, respecto del que no tiene esa obligación durante el periodo de disponibilidad.

Aplicando esta doctrina general al supuesto concreto aquí analizado, el Tribunal Supremo desciende a analizar los efectos que la disponibilidad y localización de 24 horas impuesta durante el periodo que va desde el día 15 de marzo de 2020, inclusive,

hasta las 0:00 horas del día 21 de junio de 2020, pudieron ocasionar en la esfera laboral y personal del empleado público, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y la valoración realizada por el jugador de instancia, que consideró la citada situación de disponibilidad y localización integrada dentro del concepto "tiempo de trabajo", que debe de ir acompañado de la pertinente compensación económica.

Ahora bien, pese a esta conclusión del Juzgado de lo Contencioso, el Tribunal Supremo considera conveniente resaltar que el origen del pleito radica en la resolución de la Dirección General de Emergencias y Protección Civil del Ayuntamiento de Madrid de 15 de marzo de 2020, conforme a la que "los componentes de la Escala Técnica y los Suboficiales de la Escala Operativa del Cuerpo de Bomberos, así como los Jefes de sala de la Central de Comunicaciones de la Jefatura del Cuerpo de Bomberos y los Mandos del colectivo Samur-Protección Civil, deberán estar todos localizables y disponibles las 24 horas". Ello es relevante, a juicio del Alto Tribunal, porque de esa manera se vino a establecer una obligación genérica de localización y disponibilidad que, por sí misma, no implicaba permanencia física en el centro de trabajo ni en el domicilio; tampoco imponía la prestación de concretos servicios extraordinarios, ni la realización de una jornada de guardia no presencial, sino que se trataba de una medida motivada por la crisis de la covid-19 y que únicamente suponía la posibilidad de ser localizado y activado si lo hubieran exigido las circunstancias impuestas por la pandemia.

En consecuencia, interpreta el Tribunal Supremo que estamos ante una obligación que no afectaba de forma directa y sustancial a las facultades de los empleados públicos constreñidos para administrar su tiempo, ni a sus actividades personales, familiares, sociales o de cualquier tipo, sino que las restricciones venían impuestas por la declaración del estado de alarma. Es más, la resolución de 15 de marzo de 2020 y la Orden n.º 016/2020, dictada para su aplicación, no fijan un tiempo de activación o de presencia física en el centro de trabajo o en otro lugar exigido por la Administración empleadora, ni tampoco sujetan a los empleados públicos a una localización ni a un horario concretos. Todo ello sin olvidar que el propio trabajador vino a reconocer que no existió activación de la medida y que, por tanto, no se prestaron servicios efectivos que no fueran los propios de la jornada ordinaria de trabajo, sin que se impusiera exigencia adicional de otras obligaciones concretas o que implicara alteración de su régimen de descansos, vacaciones o permisos.

Al calor de tal razonamiento, el Tribunal Supremo concluye que hay que descartar la consideración de la disponibilidad y localización como tiempo de trabajo, pues únicamente se obligó al trabajador a estar localizable para el caso de que fuera necesaria su intervención. La fijación de un plazo de tiempo máximo para responder al requerimiento de cuarenta y cinco minutos o una hora si se presenta con justificación responde a una regulación no aplicable que contiene el Acuerdo de 12 de diciembre de 2019 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, prevista exclusivamente para los supuestos de efectiva activación de los turnos de guardia de las jornadas ordinarias de trabajo de los empleados públicos pertenecientes a la Escala Técnica, resultando incontrovertible que la obligación de disponibilidad y localización no es propiamente un turno de guardia propio de la jornada ordinaria de trabajo.

En realidad, lo que ocurrió es que, ante una situación de pandemia, se realizó una concreción generalizada, sin ejecución directa e inmediata, de obligaciones propias del régimen jurídico del Cuerpo de Bomberos, en cuyo Reglamento se prevé, en diversos preceptos y en función de las Escalas funcionariales, la obligación de asistir a siniestros, claro está, fuera del turno de trabajo, cuando fueran requeridos para ello, y con la debida compensación; con ello, la retribución de la asistencia efectiva al siniestro se produciría si éste llegara a producirse. A la misma conclusión se llegaría si se atiende a las previsiones del artículo 14.2 del citado Acuerdo de 12 de diciembre de 2019, abonando el tiempo de trabajo como horas extraordinarias, pero siempre tras la pertinente activación.

Así pues, concluye el Tribunal Supremo que el Juzgado de instancia indebidamente concluyó que la disponibilidad y localización impuestas debían

considerarse como tiempo de trabajo integrante de guardias extraordinarias, cuando la interpretación correcta es la contraria: la disponibilidad y localización origen del litigio, impuesta durante la pandemia, no puede considerarse como tiempo de trabajo.

IX. Comentario

Varias son las sentencias que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dedicado a dilucidar las circunstancias en las que las guardias localizadas deben computarse como tiempo de trabajo del personal al servicio de los cuerpos de bomberos. Así, sin ánimo exhaustivo, cabe mencionar como más relevantes las tres siguientes:

1.-La Sentencia de 9 de marzo de 2021(C-580/19), referida a un bombero que debía efectuar regularmente períodos de guardia en régimen de disponibilidad no presencial. Durante dichos lapsos no estaba obligado a estar presente en un lugar determinado por su empresario, pero debía estar localizable y poder llegar, en caso de aviso, al término municipal de dicha ciudad en 20 minutos, con su uniforme de intervención y el vehículo de servicio que se hallaba a su disposición.

2.- La Sentencia de 28 de octubre de 2021 (C-909/19), que resuelve un supuesto en el que un bombero presta servicios para una administración municipal en Rumanía en el departamento de prevención, a tiempo completo y con una jornada de 8 horas diarias y 40 horas semanales. Para desempeñar tal ocupación es necesario disponer de un dictamen formal emitido por un órgano público que declare su aptitud física. El empresario le propone un curso de formación de 160 horas a desarrollar en la sede de la propia empresa, de las que 124 tuvieron lugar fuera del horario de trabajo normal. El trabajador solicita el pago de esas 124 horas como extraordinarias. El Tribunal reconoce el derecho a la limitación máxima del tiempo de trabajo, en la que hay que incluir los períodos dedicados a formación.

3.-La Sentencia de 11 de noviembre de 2021 (C-214/20), que atiende al supuesto de un bombero de retén, empleado a tiempo parcial por el Ayuntamiento de Dublín, que ha pactado un régimen de puesta a disposición del parque de bomberos con arreglo a un sistema de guardias en régimen de disponibilidad no presencial, mediante el que se obliga a participar en el 75 por 100 de las intervenciones de su brigada, teniendo la facultad de abstenerse por lo que respecta a las restantes intervenciones. Durante los períodos de guardia no está obligado a presentarse en un lugar determinado, pero cuando recibe una llamada de urgencia para participar en una intervención, debe esforzarse por llegar al parque de bomberos en los 5 minutos siguientes a la llamada y, en cualquier caso, respetar un plazo máximo de presentación de 10 minutos. Este régimen de disponibilidad no presencial abarca las 24 horas al día y los 7 días a la semana y queda sólo interrumpido en los períodos de vacaciones y cuando el trabajador ha notificado con antelación su indisponibilidad, preveía autorización del Ayuntamiento. Está autorizado a ejercer una actividad profesional por cuenta propia o ajena para un segundo empresario siempre que dicha actividad no exceda de las 48 horas semanales y no afecte a las horas de servicio activas. El Tribunal de Justicia remite al órgano judicial nacional, apreciando que, en principio, la falta de presencia, la posibilidad de participar sólo en el 75 por 100 de las intervenciones y la autorización para realizar otra actividad, podrían llevar a pensar que el trabajador no tiene demasiadas limitaciones en la disposición del tiempo de localización a su voluntad, si bien también conviene valorar la frecuencia de las intervenciones para comprobar si pueden impedir el ejercicio efectivo de otra actividad.

Contando con tales antecedentes, la sentencia objeto de comentario fija doctrina señalado que no forma parte del concepto “tiempo efectivo de trabajo” el mero establecimiento de la disponibilidad y localización durante 24 horas, sin llamamiento o requerimiento de intervención, atendiendo a los siguientes argumentos: a) La disponibilidad y localización no exigían presencia física ni una intervención obligatoria, sino la posibilidad de ser activado en caso de emergencia; b) Las restricciones a la movilidad no las impuso la Administración, sino el estado de alarma; c) No existía una limitación del tiempo libre que impidiera a los afectados desarrollar su vida normal (con

las restricciones generales del momento de pandemia); d) El Reglamento del Cuerpo de Bomberos ya preveía la obligación de acudir a siniestros cuando fuera requerido, sin compensación adicional más allá de lo ya estipulado. considerando tales situaciones en las que hay intervención efectiva como tiempo de trabajo con derecho a retribución compensatoria.

En este mismo sentido, cabe mencionar la Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo de 29 de marzo 2022, núm. 394/2022, que fija como doctrina en interés casacional que el periodo de guardia de 24 horas de localización permanente que realizan los miembros de Ministerio Fiscal, no pueden calificarse automáticamente de "tiempo de trabajo", a los efectos de la compensación económica sustitutiva que prevé el artículo 3 de la Directiva 2003/88/CE, sino que corresponde a quien reclama alegar y probar las "limitaciones adicionales" a la capacidad para administrar con cierta libertad el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales, y su poder de disposición durante el mismo".

X. Apunte final

La sentencia comentada de buena muestra de las dudas suscitadas sobre los linderos del concepto "tiempo efectivo de trabajo" en las guardias localizadas sin presencia física en el centro de trabajo, aplicando el sentir de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en virtud de la cual, entrará dentro de tal categoría, aunque no se activen los servicios requeridos, aquellas franjas horarias durante las que se acredite que las limitaciones impuestas al trabajador son de tal naturaleza que afectan objetivamente y de manera considerable a su facultad para administrar libremente su tiempo, sin que pueda dedicarse a sus propios intereses, bien por el corto plazo de que dispone el trabajador para dispensar sus actividades profesionales a partir del momento en que el empresario requiere sus servicios; bien atendiendo a la frecuencia media de las intervenciones que el trabajador ha de realizar efectivamente en ese período. Tales extremos no concurren en el presente supuesto.

§ 16 Recurso de Casación por unificación de doctrina y despido disciplinario: Los límites del (relativamente nuevo) “interés casacional objetivo”.

Ángel Arias Domínguez

Subdirector de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura

Resumen: La admisión a trámite del Recurso de Casación por Unificación de Doctrina ha estado tradicionalmente restringida para las impugnaciones de despidos disciplinarios. El cumplimiento de los requisitos que la contradicción requiere se han interpretado de manera muy cerrada, condicionando su apreciación afirmativa a que se produzca una triple identidad muy clara de hechos, causas de pedir y normativa (convencional, principalmente) idéntica o muy similar. En el asunto que se comenta, más allá de la lógica de su estimación una vez admitido a trámite, la cuestión fundamental radica en apreciar cómo se camina de puntillas en la apreciación de los requisitos de la contradicción entre resoluciones, abriendo quizá una vía de agua en el pétreo entendimiento de que cuando se debaten despidos que se sustentan en la apreciación de la entidad del ilícito laboral, la apreciación de los requisitos exigidos para la contradicción debe ser extraordinariamente rigurosa.

Palabras clave: Recurso de Casación por Unificación de Doctrina. Despido disciplinario. Interés casacional objetivo.

Abstract: The admission of the Cassation Appeal for Unification of Doctrine has traditionally been restricted to challenges to disciplinary dismissals. The fulfilment of the requirements that the contradiction requires has been interpreted in a very closed manner, conditioning its affirmative assessment to the production of a very clear triple identity of facts, causes of action and regulations (conventional, mainly) identical or very similar. In the case under discussion, beyond the logic of its upholding once admitted for processing, the fundamental question lies in appreciating how to tiptoe in the assessment of the requirements of the contradiction between resolutions, perhaps opening a watershed in the stony understanding that when dismissals that are based on the assessment of the entity of the labour offence are discussed, The assessment of the requirements for the contradiction must be extraordinarily rigorous.

Keywords: Appeal for Unification of Doctrine. Disciplinary dismissal. Objective cassational interest.

I. Introducción

El Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, tal y como está configurado jurídicamente en este momento, es refractario a la admisión a trámite de impugnaciones que pretendan cuestionar sentencias de suplicación sobre despidos disciplinarios, especialmente los operados sobre la ausencia de buena fe contractual o

abuso de confianza, dada la dificultad, prácticamente fisiológica, de encontrar supuestos idénticos en los que acreditar la contradicción.

Esta postura, tradicional en nuestro sistema casacional, pareciera estar encontrando fisuras en los últimos tiempos. La resolución que se comenta es un buen ejemplo de ello. Y se trae a colación porque, junto con otras resoluciones del propio Tribunal Supremo sobre despido, pareciera estar coadyuvando a que la brecha en la interpretación pétrea sobre la admisión a trámite se agrandase.

El problema jurídico discutido en la resolución es bastante sencillo de apreciar y no tiene ninguna complicación técnica. Pero se trae a colación para reflexionar sobre la evolución que está experimentando la casación unificada en estos momentos, en los que, además, se avecina un cambio importante, quizá más significativo de lo que se hubiera podido prever, cuanto entre en vigor las previsiones que al respecto prevé la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala Cuarta.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 37/2025, de 16 de enero.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUd núm. 1275/2023.

ECLI:ES:TS:2025:172

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmá. Sra. Dña. María Luz García Paredes.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Un empleado de banca con contrato indefinido es despedido disciplinariamente por haber cometido los ilícitos laborales que se prevén en el convenio colectivo de aplicación, dos en concreto: *“transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo”*, y, sobre todo, *“fraude o deslealtad en las gestiones encomendadas”*.

En concreto, se le imputa que un cliente había efectuado una queja denunciando que *“sin su consentimiento, se había efectuado una consulta de sus datos en el fichero de morosidad Asnef, sin que existiera un interés legítimo para realizar dicha consulta”*. También se le informa al trabajador que, a consecuencia de la queja del cliente, la entidad bancaria *“llevó a cabo una revisión de los accesos efectuados por el (trabajador despedido), del 2 de enero de 2020 al 6 de julio de 2020, constatando que efectuó accesos no justificados a información de los ficheros externos de morosidad, y retrocesión de comisiones sin autorización”*, constatándose que *“los accesos no autorizados a los ficheros de morosidad se refirieron además”* de al cliente que implementó la queja, *“a la entidad mercantil Transxxxx, S.L, a Doña Cyyyy y a Don Ezzzz, que o eran clientes de oficinas distintas a aquella en la que el (trabajador despedido) prestaba sus servicios laborales o no eran clientes de Banco Sabadell”*. También se constató que *“Junto a dichas consultas injustificadas a ficheros externos de morosidad”, el trabajador despedido “había realizado retrocesión de comisiones sin autorización, respecto a Don Hwww, que no era cliente de la oficina”* en la que trabajaba.

En esta carta de despido se reproduce, básicamente, el informe evacuado por la Dirección de Auditoría Interna de la entidad bancaria, concluyendo que *“el demandante efectuó accesos a información de ficheros externos de morosidad*

(Experian y Asnef), de titulares ajenos a la oficina a la que estaba adscrito, y que no se justificaban por su actividad”.

“El diario de operaciones” de la entidad bancaria acredita fehacientemente estos hechos, aportando las fechas concretas en las que se produjeron las búsquedas, el número de visitas y otros datos relacionados con estos accesos injustificados. Certifica, además, que dichas “consultas se realizaron sin que existiera ninguna operación financiera en curso con respecto a dichas personas y, en relación a (una de ellas) sin que ésta ni siquiera fuera cliente de Banco...”

Queda igualmente constatado que *“efectuó retrocesiones de comisiones a favor de su amigo Hwww, por importe de 133,80 euros, cuando dicha persona no era cliente de la oficina.../...en la cual el actor desempeñaba sus funciones laborales, sino que era cliente”* de otra oficina.

Con respecto a estas dos cuestiones es importante tener en consideración qué especifican al respecto las guías y directrices empresariales de la propia entidad, con el objeto de calibrar la entidad de la falta laboral cometida.

Con respecto a las consultas en los ficheros de morosidad, se precisa que *“el manual operativo de información externa”* en relación con la confidencialidad de los datos indica *“que la información de estos ficheros es de uso interno para desarrollarlas operaciones de negocio del banco y bajo ningún concepto se puede facilitar o ceder información a terceros o almacenar datos en ficheros particulares o de unidad, ya que es un fichero común cuyo propietario no es el banco”,* concretando que *“el incumplimiento de este principio puede acarrear sanciones económicas para el banco y por extensión al usuario que facilite o mantenga la información de manera unilateral”*. Se exige para cualquier tipo de operación, en este sentido, que *“se podrá consultar la información de los sistemas de información crediticia cuando se mantuviese una relación contractual con el afectado que implique el abono de una cuantía pecuniaria o éste le hubiera solicitado la celebración de un contrato que suponga financiación, pago aplazado o facturación periódica”*.

En relación con la retroacción de comisiones bancarias, la *“guía de precios y operaciones de activo”* de la entidad bancaria establece *“que la autonomía para la retrocesión total o parcial de una comisión de activo, cuenta o servicio será ilimitada para importes de hasta 300 euros...”*, señalando que los *“subdirectores y apoderados de oficina tiene la misma autonomía que el director de oficina en la retrocesión de comisiones en cuentas y servicios”*.

El trabajador, en el trámite de audiencia previo al despido (aquí sí se implementó, no se señala en la resolución si era práctica de la entidad, o se previa como garantía en el convenio colectivo), señala en su descargo que las consultas que efectuó se justificaban en dos razones, en *“una posible acción comercial”* y en *“que se lo había pedido una amiga de la familia, por dificultad con su entidad bancaria para acceder a dichos datos”*, y en relación con la retrocesión de comisiones, *“porque se lo había solicitado un amigo personal que estaba pasando una mala racha”*.

El sindicato al que estaba afiliado el trabajador alega en este trámite de audiencia que *“las distintas consultas efectuadas a los ficheros externos de morosidad tenían como único objetivo y legítimo interés, la búsqueda de nuevas líneas de negocio para la entidad”*, y en cuanto a la retrocesión de comisiones sin autorización *“que la misma tenía fines comerciales, en los que pretendía satisfacer la demanda del cliente y fidelizarlo”*.

Tras la infructuosa conciliación administrativa previa, y la celebración del correspondiente juicio, el Juzgado de lo Social competente desestimó la demanda del trabajador contra el despido y lo declaró procedente.

La referida sentencia fue recurrida en suplicación por el trabajador despedido, estimándose el recurso y revocándola, declarando que el despido debía considerarse improcedente.

Rechaza la Sala que pueda apreciarse, en relación con las consultas del fichero de morosos, siguiendo el catálogo de infracciones del convenio colectivo, *“fraude o deslealtad en las gestiones encomendadas”*, porque no se ha obrado *“con el propósito de ocultar o falsear o enmascarar la verdadera situación y naturaleza de los estados contables o de los riesgos contraídos”* ni *“existir riesgos para el banco”* u *“ocultación de una situación o estado contable”*, que son las circunstancias concretamente tipificadas por el convenio colectivo.

Y, respecto de la retroacción de comisiones precisa que en el *“convenio colectivo también se tipifica como falta la negligencia en el cumplimiento de las obligaciones laborales”* entendiéndose *“como falta grave o leve, según exista o no perjuicios graves a los intereses de la entidad”*. Se sostiene por la Sala que *“aun existiendo un perjuicio para la empresa por la conducta sancionada, ante la queja de un cliente e incluso de las posibles consecuencias que un uso ilícito y no justificado de bases de datos ajenas, ello constituye negligencia ya que, ante la posibilidad de imponer distintas sanciones, en relación con la transgresión de la buena fe contractual, no sería admisible tomar la más gravosa, ya que, además, carecería de sentido establecer dos tipos que deben atender a distintas situaciones”*.

IV. Posición de las partes

Las posiciones sustantivas están muy definidas, y son las previsibles. Sin embargo, los argumentos procesales conviene explicarlos con algo más de detalle.

La entidad bancaria impugna la resolución de suplicación aportando como de contraste la STSJ-SOC Castilla-La Mancha, 1377/2017, de 8 de noviembre. Como se verá seguidamente, los hechos acaecidos en esta resolución no son, en puridad, idénticos, sino únicamente similares. Por eso precisamente en el trámite de impugnación del impetrado recurso de casación unificada se alega por la representación letrada del trabajador que *“las sentencias comparadas no resuelven similar cuestión ya que en la recurrida se trata de la errónea tipificación por parte de la empresa de los hechos sancionados, lo que no acontece en la de contraste, siendo diferentes los convenios colectivos que se aplican”*.

En relación con el fondo del asunto, la entidad bancaria recurrente sostiene que *“el acceso injustificado a datos confidenciales de los clientes y la retrocesión de comisiones sin justificación y sin autorización son lo suficiente graves como para determinar la procedencia del despido sin que queda otorgarle menor incidencia, como indebidamente ha realizado la sentencia recurrida, en tanto que constituye una clara transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza”*.

El Ministerio Fiscal, por su parte, entendió que el recurso debía ser estimado, sin realizar consideraciones sobre la admisión a trámite y la contradicción entre las resoluciones impugnada y aportada de contraste. Y en relación al fondo del asunto entiende que es la sentencia *“referencial la que contiene la doctrina correcta ya que la conducta del trabajador es dolosa, al ser consciente y voluntaria su consulta de datos de morosidad de los clientes sin autorización de ellos y sin que existiera justificación alguna para ello, así como la retroacción de un cargo a un íntimo amigo suyo, vulnerando con todo ello la buena fe depositada por la entidad bancaria en el desarrollo de la responsabilidad que le otorgó al trabajador”*.

V. Normativa aplicable al caso

- Estatuto de los Trabajadores: art. 54.

- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, art. 20: *“Sistemas de información crediticia”*.

1. Salvo prueba en contrario, se presumirá lícito el tratamiento de datos personales relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito por sistemas comunes de información crediticia cuando:

.../...e) Que los datos referidos a un deudor determinado solamente puedan ser consultados cuando quien consulte el sistema mantuviese una relación contractual con el afectado que implique el abono de una cuantía pecuniaria o este le hubiera solicitado la celebración de un contrato que suponga financiación, pago aplazado o facturación periódica, como sucede, entre otros supuestos, en los previstos en la legislación de contratos de crédito al consumo y de contratos de crédito inmobiliario.

- Ley Reguladora de la Jurisdicción Social: art. 219.1 (en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia): *“El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos, siempre que la Sala Social del Tribunal Supremo aprecie que el recurso presenta interés casacional objetivo. Existe interés casacional objetivo cuando se de alguno de los siguientes supuestos: a) Si concurren circunstancias que aconsejen un nuevo pronunciamiento de la Sala. b) Si la cuestión posee una trascendencia o proyección significativa. c) Si el debate suscitado presenta relevancia para la formación de la jurisprudencia”.*

VI. Doctrina básica

Dos, son en realidad, las cuestiones que se debaten y dos, por tanto, las consecuencias doctrinales que tenemos que apreciar.

En relación con la admisión a trámite del RCU, se aprecian los requisitos de contradicción en relación con las sentencias aportadas, porque *“se están ante pretensiones y hechos similares”*, que no idénticos, teniendo presente, también, que *“en una y otra se aplican convenios colectivos diferentes”*. No se recurre, por tanto, con tanta intensidad a apreciar los requisitos implorando la triple identidad absoluta de hechos, fundamentos y pretensiones *“sustancialmente iguales”*.

En relación con la cuestión sustantiva, no le queda duda a la resolución, que la consulta de posiciones de clientes y la retroacción de comisiones cobradas se incrusta perfectamente en las infracciones del convenio colectivo que conllevan la sanción de despido.

VII. Parte dispositiva

Se estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 18 de enero de 2023, que se casa y anula, confirmando la del Juzgado de lo Social, núm. 1 de Sabadell, de 6 de mayo de 2022 que consideraba procedente el despido de la persona trabajadora.

VIII. Pasajes decisivos

En relación con la admisión a trámite del RCU y el juicio de contradicción.

“En la referencial, la trabajadora lo fue de una Caja de Ahorros a la que le resultaba aplicable el Convenio Colectivo de Cajas y Entidades Financieras de Ahorro.../...fue objeto de un despido disciplinario por haber llevado a cabo consultas de las posiciones bancarias en 113 días diferentes correspondientes a 17 clientes...”

Se entendieron *“probados los hechos imputados, así como su consideración como falta muy grave.../...especialmente por el número de días dedicados a dicha conducta”*. Analizado el “precepto convencional” se “descarta que pueda encuadrarse en el supuesto de negligencia leve; de modo que considera procedente su encuadre como falta muy grave, en cuanto consiste en ‘transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza respecto de la Entidad o de los clientes’”.

“Entre las sentencias existe la identidad necesaria para apreciar que sus pronunciamientos son contradictorios ya que se están ante pretensiones y hechos similares. En ambos casos los trabajadores son despedidos por conductas similares y se debate si las mismas encajan en un tipo u otro de falta, llegando dichas sentencias a pronunciamientos distintos, al rechazar la sentencia recurrida que dicha conducta pueda calificarse como muy grave, por tener que estar a la más favorable, al contrario de lo que concluye la sentencia de contraste que la incluye en dicho tipo.

Es cierto que en una y otra se aplican convenios colectivos diferentes pero, en orden al régimen disciplinario, la clasificación de las faltas en leves, graves y muy graves, que es el debate, en uno y otro son similares; así, la faltas sobre las que gira la controversia dicen lo mismo, en orden a calificar una conducta, ya como negligente que cause y derive o no perjuicio a los intereses de la empresa (falta leve/grave) o como trasgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza (falta muy grave)”.

En relación con la cuestión de fondo, *“En consecuencia, siendo que las conductas objeto de sanción lo son por no haber obrado en el desempeño de las funciones atendiendo a las atribuciones que le confiere la empresa, sino que se actúa de forma consciente accediendo a información de ficheros externos de morosidad de clientes del propio banco e incluso de personas que no tenían tal condición, sin que existiera razón alguna relacionada con su quehacer laboral, afectando dicho actuar a la protección de datos personales de los afectados (que llegaron en algún caso a presentar quejas ante el propio Banco), o, actuando, también al margen de sus propias competencias, mediante retrocesión de comisiones a favor de amigos que ni tan siquiera eran clientes de la oficina en la que prestaba servicios ni tenía autorización para ello, no es posible que esta forma de proceder pueda entenderse como mera negligencia ya que, en modo alguno se estaba actuando en el marco de la propia función que tenía encomendada sino que hubo un claro incumplimiento grave y culpable del trabajador, contraviniendo la buena fe contractual que preside la relación de trabajo, que es la falta muy grave que contempla el convenio colectivo y no otras conductas tipificadas en él con menor gravedad”.*

IX. Comentario

El análisis de la admisión a trámite del RCU “pone sobre la mesa una evidente realidad, cual es la dificultad de acceso a la sede unificadora en materia de despido disciplinario, en donde las particularidades de cada caso concreto delimitan unos perfiles fácticos casi únicos que vendrán propiciados por circunstancias tales como: la categoría profesional ocupada por la persona trabajadora, el tipo de jornada; o las concretas funciones desempeñadas que venga desempeñando”^[1].

Con carácter general, como de manera muy precisa indica María Antonia Castro Argüelles “La Sala IV del TS se ha negado, en numerosas ocasiones, a entrar a resolver supuestos de despido disciplinario alegando que faltaba la necesaria identidad de hechos para poder apreciar contradicción. Ello se debe a que en los hechos (incumplimientos) que pueden motivar un despido disciplinario suelen concurrir singularidades distintas relacionadas con la actitud particular de cada trabajador respecto de la falta concreta, que precisan de una valoración individualizada que no permite establecer criterios generales de interpretación”^[2].

Eso no significa que no se hayan estimado contradicciones en asuntos relativos a despidos disciplinarios. La Catedrática citada da buenos ejemplos de ello en la obra referenciada en páginas sucesivas a la citada en la última nota al pie. Pero la interpretación de esta cuestión, por lo general, sigue siendo restrictiva y proclive a no apreciar la contradicción y a inadmitir a trámite recursos unificadores sobre despidos disciplinarios.

Sin embargo, en el asunto que comentamos, pareciera que la apreciación de los requisitos de la contradicción ha sido más laxa, o si se prefiere, menos exigente. No sólo por la reflexión que se realiza sobre el convenio colectivo aplicable y la redacción de los diferentes preceptos que regulan las infracciones laborales comparadas, que

quizá sea lo menos trascendente, sino, sobre todo, por los diferentes supuestos de hecho que se comparan. En la recurrida, la persona trabajadora buscaba información en ficheros externos a la entidad bancaria para comprobar si los clientes estaban incluidos en ficheros de morosos, y retrotraía comisiones cobradas a clientes de sucursal distinta a la propia. En la referencial, la persona trabajadora despedida visualizaba estados de cuentas de clientes de la propia entidad, concretamente había *“llevado a cabo consultas de las posiciones bancarias en 113 días diferentes correspondientes a 17 clientes”*.

Son acciones diferentes, que incluso desde la perspectiva de la protección de datos tienen diferente protección. Sin embargo, la resolución únicamente precisa que entre *“las sentencias existe la identidad necesaria para apreciar que sus pronunciamientos son contradictorios ya que se están ante pretensiones y hechos similares”*.

En relación con la cuestión de fondo, poco comentario procede. Es cierto, como subraya la resolución, que los *“referidos deberes de buena fe, fidelidad y lealtad, han de ser más rigurosamente observados por quienes desempeñan puestos de confianza y jefatura en la empresa, basados en la mayor confianza y responsabilidad en el desempeño de las facultades conferidas”*, y también lo es que el empresario puede *“imponer otras sanciones distintas de la de despido, si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos imputados, si bien son merecedores de sanción, no lo son de la más grave, como es el despido, por no presentar los hechos acreditados, en relación con las circunstancias concurrentes, una gravedad tan intensa ni revestir una importancia tan acusada como para poder justificar el despido efectuado”*.

Ello permite un cierto grado de apreciación empresarial de los elementos de la infracción prevista en el convenio colectivo, siendo legítimo que aplique la infracción prevista para cuando exista negligencia con perjuicio para el empleador. Básicamente, porque la diferencia la prevé el convenio colectivo para diferenciar meras *“diligencia de atención o cuidado”* de actuaciones *“que quebrantan o infringen un principio que preside la relación laboral como es la buena fe contractual”*, que se entiende transgredida con las actuaciones del trabajador enjuiciadas.

X. Apunte final

“Dejad paso al mañana” es una extraordinaria película de 1937 del magnífico cineasta que es Leo McCarey. El protagonista es el paso del tiempo, y cómo las personas, mayores y jóvenes, les afecta, se adapta a él y obran en consecuencia, tomando decisiones vitales realmente trascendentes. El tiempo es el mismo, la adaptación distinta. Algo parecido sucede con el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina. Con la misma norma, el art. 219 LRJS, y sin que todavía haya entrado en vigor su reforma, parece que el paso del tiempo provoca diferentes consecuencias en los actores de la trama. ¿Por qué, de hecho, se está aplicando ya la reforma procesal, aunque esta no ha entrado todavía en vigor, pues lo hace el 3 de abril de este año?

Pues si no lo es, lo parece.

Hasta ahora, y también tras la reforma, el RCUd exige tres condiciones para su admisión a trámite. En primer lugar, que se aporte una sentencia en la que *“se hubiere llegado a pronunciamientos distintos”*, sobre, en segundo lugar, *“los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación”*, siempre que, en tercer lugar, los fuesen los *“hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales”*.

A estas exigencias tradicionales la nueva Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia incorpora el siguiente párrafo adicional: *“...siempre que la Sala Social del Tribunal Supremo aprecie que el recurso presenta interés casacional objetivo. Existe interés casacional objetivo cuando se de alguno de los siguientes supuestos: a) Si concurren circunstancias que aconsejen un nuevo pronunciamiento de la Sala. b) Si la cuestión posee una*

trascendencia o proyección significativa. c) Si el debate suscitado presenta relevancia para la formación de la jurisprudencia".

Dos tipos de dudas surgen en su apreciación. Una general y otras (varias) de tipo técnico.

La general consiste en dilucidar si el “*siempre*” que emplea la norma pretende añadir alguna exigencia más a la contradicción, es decir, si se requerirá, además de la concurrencia de una triple identidad de sujetos, hechos y pretensiones, alguno de los “supuestos” [a), b) y c)] que determinan el interés casacional objetivo, o si, por el contrario, estos tres nuevos parámetros sirven para dulcificar la triple identidad tradicional de la contradicción.

Si la respuesta es que sí, que además de la triple identidad hay que apreciar un supuesto de interés casacional, se está endureciendo el acceso a la casación unificada para los despidos disciplinarios. Téngase en consideración que el nuevo art. 225.4 LRJS prevé, con la modificación que la LO 1/2025 implemente que: “*Son causas de inadmisión: f) la falta de interés casacional objetivo*”, con lo que parece añadirse un supuesto más de inadmisión a los tradicionales que tiene que ver con la falta de contradicción. ¿Podiera darse el caso de que un RCU se inadmita a trámite por carecer de interés casacional a pesar de cumplir las exigencias de contradicción? La interpretación conjunta de ambos preceptos, el 219 con el nuevo “*siempre*” y el transcrito sobre la nueva causa de inadmisión, parecen abonar la solución afirmativa.

Si la repuesta es que no, es decir, que los “*supuestos*” deben servir para dulcificar la apreciación de la triple identidad de la contradicción, la cuestión es más peliaguda, porque se le está dotando a la Sala IV de un “criterio de oportunidad” para admitir o inadmitir los RCU. Y esta segunda interpretación de la cuestión parece llevar este recurso a tierras ignotas.

En realidad, la triple identidad de hechos, causas de pedir y sujetos implementa una apreciación técnica, y lo que ahora se implementa con el “interés casacional objetivo” es un criterio de oportunidad de complicado manejo por la Sala IV.

Es evidente que para su concreción puede seguirse los caminos que se marcan para la Casación Unificada Contencioso-Administrativa. Pero hay una gran diferencia, para lo Contencioso la propia norma adjetiva prevé cuándo debe presumirse este “interés casacional objetivo”, y, sin embargo, en lo laboral no se prevé de la misma manera.

Ciertamente, el art. 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, prevé expresamente cuándo existe “interés casacional objetivo”^[3], y nos surge la duda de si la interpretación de esas exigencias y requisitos pueden traerse al laboral, si podría interpretarse el nuevo RCU trayendo a colación las exigencias legales mediante una interpretación jurisprudencial que les diera cobertura y armazón.

Referencias:

1. ^ En certeras palabras de MOLINA GUTIÉRREZ, Susana: *El complejo acceso a la casación unificadora en materia de despido disciplinario, y la estrecha frontera entre la protección del derecho a la intimidad de la persona trabajadora y las facultades de control empresarial*, Revista de Jurisprudencia Laboral, núm. 4/2022, en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2022-00000001804, que también pueden consultarse en VV.AA.: *Anuario*

2022 de Jurisprudencia Laboral (Estudio de 100 casos relevantes), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2023, p. 381.

2. ^ CASTRO ARGÜELLES, María Antonia: "Las dificultades de contradicción en asuntos relativos a la extinción del contrato de trabajo", en VV.AA. (GARGÍA MÚRICA, Joaquín [Dir.]): El recurso de casación para unificación de doctrina en el orden social de la jurisdicción, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, p. 250.
3. ^ Dispone así el precepto: "1. El recurso de casación podrá ser admitido a trámite cuando, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. 2. El Tribunal de casación podrá apreciar que existe interés casacional objetivo, motivándolo expresamente en el auto de admisión, cuando, entre otras circunstancias, la resolución que se impugna:a) Fije, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido.b) Siente una doctrina sobre dichas normas que pueda ser gravemente dañosa para los intereses generales.c) Afecte a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso.d) Resuelva un debate que haya versado sobre la validez constitucional de una norma con rango de ley, sin que la improcedencia de plantear la pertinente cuestión de inconstitucionalidad aparezca suficientemente esclarecida.e) Interprete y aplique aparentemente con error y como fundamento de su decisión una doctrina constitucional.f) Interprete y aplique el Derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o en supuestos en que aun pueda ser exigible la intervención de éste a título prejudicial.g) Resuelva un proceso en que se impugnó, directa o indirectamente, una disposición de carácter general.h) Resuelva un proceso en que lo impugnado fue un convenio celebrado entre Administraciones públicas.i) Haya sido dictada en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales.3. Se presumirá que existe interés casacional objetivo:a) Cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia.b) Cuando dicha resolución se aparte de la jurisprudencia existente de modo deliberado por considerarla errónea o de modo inmotivado pese a haber sido citada en el debate o ser doctrina asentada.c) Cuando la sentencia recurrida declare nula una disposición de carácter general, salvo que esta, con toda evidencia, carezca de trascendencia suficiente.d) Cuando resuelva recursos contra actos o disposiciones de los organismos reguladores o de supervisión o agencias estatales cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.e) Cuando resuelva recursos contra actos o disposiciones de los Gobiernos o Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas.No obstante, en los supuestos referidos en las letras a), d) y e) el recurso podrá inadmitirse por auto motivado cuando el Tribunal aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia".

§ 17 ¿Ha cambiado la jurisprudencia en orden a la responsabilidad por recargo de prestaciones de la empresa principal en el marco de una contrata de servicios?

José Fernando Lousada Arochena

Magistrado de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia. Profesor asociado de la Universidad de Coruña.

Resumen: La Sentencia comentada exime a la empresa principal de la responsabilidad por recargo de prestaciones a consecuencia de incumplimientos causantes de accidentes de trabajo a personas trabajadoras empleadas por la contratista y en el marco de la contrata. Con esta solución, se han levantado las alarmas acerca de si la Sentencia comentada ha supuesto un cambio de criterio respecto a una jurisprudencia que arranca desde hace más de tres décadas, o solo es una matización que sería coherente con esa jurisprudencia.

Palabras clave: Responsabilidad empresa principal en una contrata. Accidente de trabajo.

Abstract: The commented judgment exempts the main company from liability as a result of breaches causing work accidents to workers employed by the contractor and within the framework of outsourcing. With this solution, alarms have been raised about whether the commented judgment has meant a change of criteria with respect to a jurisprudence that dates back more than three decades, or is only a nuance that would be consistent with that jurisprudence.

Keywords: Liability of the main company in outsourcing. Work accident.

I. Introducción

En los supuestos de contratas, una STS de 18/04/1992 (rcud 1178/1991) sentó la doctrina de que el empresario principal podía ser responsable siempre que fuera el empresario infractor y, a tales efectos, se valoraba el cumplimiento de sus obligaciones en materia de seguridad e higiene en el trabajo en relación con las labores realizadas por el personal de la empresa contratista en el centro de trabajo de la empresa principal, entendido este en un sentido amplio como lugar de trabajo. Esta doctrina se ha mantenido a lo largo del tiempo, y últimamente se ha concretado en la STS 842/2018, de 18 de septiembre (rcud 144/2017), donde se expresa, entre otras cosas, que la empresa principal puede resultar responsable del recargo de prestaciones aunque las tareas encomendadas a la empresa auxiliar del trabajador accidentado no se correspondan con su propia actividad, si bien también dice errónea la doctrina extensiva de la responsabilidad por el recargo de prestaciones al empresario principal en todo caso, incondicionalmente y sin apreciar la existencia de infracciones que le sean achacables a dicha empresa principal.

Pues bien, la Sentencia comentada exonera de responsabilidad a la empresa principal en un caso en que esta no había desplegado medios humanos y materiales en el lugar de trabajo, de manera que, si no hay despliegue, no se considera que haya responsabilidad.

La circunstancia de que la Sentencia comentada sea una de las pocas de esta saga jurisprudencial en que el resultado final es la exoneración de la empresa principal ha hecho saltar de inmediato las alarmas acerca de si estamos ante un cambio de doctrina jurisprudencial, o simplemente una matización que no cambia la doctrina jurisprudencial. Tan de inmediato que, al momento de redactar este comentario apenas mes y medio después de la Sentencia, ya han aparecido comentarios críticos acerca de su alcance.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala 4ª de lo Social (Pleno).

Número de resolución judicial y fecha: 48/2025, de 23 de enero.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de casación para la unificación de doctrina 2396/2022.

ECLI:ES:TS:2025:229.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Hechos probados

El trabajador demandante y recurrente en casación fue contratado para prestar servicios como peón forestal por una empresa dedicada a la actividad de silvicultura y explotación forestal (a partir de ahora, la empresa contratista). La empresa contratista fue contratada por otra empresa (a partir de ahora, la empresa principal) para la tala en unas parcelas cuya madera había previamente adquirido del propietario de dichas parcelas.

A 6 de noviembre del 2017 el trabajador, prestando servicios en la tala de dichas parcelas, sufrió un accidente de trabajo en las siguientes circunstancias: Se produce en una parcela estrecha y alargada de pino radiata de más o menos 1,5 hectáreas, emplazado en una ladera de pendiente media. La cuadrilla de la contratista estaba compuesta de cuatro trabajadores. El trabajador trabajaba junto a un talador. Ambos apeaban pinos, los desramaban y dejaban preparados para su saca. Otro compañero de la empresa ayudaba en la tarea de la saca y el arrastre hasta el cargadero situado en una pista forestal. En este cargadero el cuarto miembro de la cuadrilla y encargado de la misma realizaba la tarea del tronzado. Dentro de esta dinámica de trabajo, el talador derribó un pino de unos veinte metros de altura con un tronco de 53 centímetros de diámetro, que cala en la dirección elegida y, en su caída, golpeó al trabajador, quien a escasos cinco metros de la base del pino apeado y buscando su motosierra, se había introducido en la dirección de la caída.

Iniciado el expediente de investigación de las circunstancias del accidente de trabajo, la Inspección de Trabajo propone un recargo del 30% de todas las prestaciones económicas que se satisfagan al trabajador como consecuencia del accidente de trabajo mencionado.

El trabajador demandante solicita al INSS que se declare el accidente de trabajo como muy grave y subsidiariamente grave y se reconozca un recargo del 50% por falta

de medidas de seguridad con responsabilidad solidaria de las empresas contratista y principal. El INSS desestima la solicitud porque no es competencia de la entidad gestora la declaración de la gravedad del accidente, ni su calificación de muy grave o grave, y, en cuanto a la procedencia o no del recargo, se dice que falta el preceptivo informe de Inspección de Trabajo en relación con las alegaciones aportadas por las partes.

2. Antecedentes procesales

El trabajador impugnó la resolución del INSS y solicitó reconocimiento de un 50% de recargo de todas las prestaciones económicas que se le satisficieren como consecuencia del accidente de trabajo, con condena solidaria de las empresas contratista y principal.

En el juicio el demandante modificó sus pretensiones para reducir el recargo al 40%.

El Juzgado de lo Social 5 de Donostia - San Sebastián dictó Sentencia a 14/04/2021, en la que, estimando la demanda, se impone a las empresas codemandadas el 40% del recargo de todas las prestaciones económicas que se satisfagan al trabajador demandante como consecuencia del accidente de trabajo y se condena solidariamente al abono de tal prestación de forma solidaria a las empresas codemandadas, contratista y principal.

Contra la anterior sentencia, la empresa principal formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del TSJ/País Vasco dictó Sentencia 595/2022, de 24 de marzo, en la que, estimando el recurso, se absolvió a la empresa principal, confirmando en todo lo demás.

IV. Posición de las partes

El trabajador recurrió en casación para la unificación de doctrina contra la STSJ/ País Vasco, alegando como contradictoria la STSJ/Galicia de 22/06/2017 (recurso 5367/2016).

Las partes recurridas impugnaron el recurso del trabajador.

El Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de interesar la procedencia del recurso.

V. Normativa aplicable al caso

— Convenio 155 de la OIT sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo (1981), artículo 17: “Siempre que dos o más empresas desarrollen simultáneamente actividades en un mismo lugar de trabajo tendrán el deber de colaborar en la aplicación de las medidas previstas en el presente Convenio”.

— Ley General de la Seguridad Social, artículo 164: “1. Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por ciento, cuando la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador. 2. La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o trasmitirla”.

— Ley de Prevención de Riesgos Laborales, artículo 24.3: “Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios

centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales”.

— Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, artículo 42.3: “La empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales del cumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por dicha Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal”.

— Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, artículo 10: “1. El empresario principal, además de cumplir las medidas establecidas en los capítulos II y III de este real decreto, deberá vigilar el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por parte de las empresas contratistas o subcontratistas de obras y servicios correspondientes a su propia actividad y que se desarrollen en su propio centro de trabajo. 2. Antes del inicio de la actividad en su centro de trabajo, el empresario principal exigirá a las empresas contratistas y subcontratistas que le acrediten por escrito que han realizado, para las obras y servicios contratados, la evaluación de riesgos y la planificación de su actividad preventiva. Asimismo, el empresario principal exigirá a tales empresas que le acrediten por escrito que han cumplido sus obligaciones en materia de información y formación respecto de los trabajadores que vayan a prestar sus servicios en el centro de trabajo. Las acreditaciones previstas en los párrafos anteriores deberán ser exigidas por la empresa contratista, para su entrega al empresario principal, cuando subcontratara con otra empresa la realización de parte de la obra o servicio. 3. El empresario principal deberá comprobar que las empresas contratistas y subcontratistas concurrentes en su centro de trabajo han establecido los necesarios medios de coordinación entre ellas”.

VI. Doctrina básica

En un supuesto de contratas, la responsabilidad solidaria de la empresa principal derivada de un recargo de prestaciones solo cabe si la misma es “empresaria infractora”. A tal efecto, se debe valorar el despliegue de medios humanos y materiales en el lugar de trabajo, de manera que, si este no existe, no se puede considerar que haya responsabilidad.

VII. Parte dispositiva

(1) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador. (2) Confirmar la STSJ/País Vasco 595/2022, de 24 de marzo. Sin costas.

VIII. Pasajes decisivos

“La doctrina de esta Sala ha aplicado reiteradamente el art. 123.2 de la LGSS de 1994 (del cual es trasunto el art. 164.2 de la vigente LGSS de 2015) que establecía: «La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor». La responsabilidad por el recargo prestacional se atribuye al empresario infractor. En ese sentido nos hemos pronunciado en la citada sentencia del TS 842/2018, de 18 de septiembre (rcud 144/2017), la cual explica que el art. 123 de la LGSS de 1994, de contenido similar al art. 164 de la vigente LGSS, limita el campo del efecto del recargo al empresario infractor. Si los empresarios infractores son varios, se tratará de una solidaridad impropia [sentencia del TS 497/2021, de 6 de mayo (rcud 2611/2018)]”.

“El art. 24.3 de la LPRL atribuye el deber de vigilancia a la empresa principal cuando la actividad se desarrolle en uno de sus centros de trabajo. Pero no significa que todo accidente laboral ocurrido en el centro de trabajo de la empresa principal y en el desarrollo de su propia actividad externalizada, necesariamente conlleve la responsabilidad de la empresa principal respecto del recargo de prestaciones. Será

necesario que sea el empresario infractor: que haya vulnerado una norma sobre seguridad en el trabajo causante del accidente laboral”.

“En el supuesto enjuiciado, el accidente se produjo en un bosque. En él no había ningún trabajador de la empresa principal. Solamente prestaban servicios el encargado de la cuadrilla y tres trabajadores más. Todos ellos habían sido contratados por la empresa contratista. En la ejecución de esa prestación de servicios (la tala de árboles) no se requería de una coordinación empresarial. Si un accidente laboral consistente en la tala de un pino que, al caer, golpea a un trabajador que se había introducido en la dirección de la caída buscando su motosierra, ocurre en un campo donde la empresa principal no tiene ningún medio personal ni humano, no es posible imponer a la empresa principal un recargo prestacional derivado del deber de vigilancia de las normas de seguridad en el trabajo”.

“La doctrina jurisprudencial sostiene que lo decisivo es comprobar si el accidente se ha producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad. Es necesario precisar si la empresa principal tiene la condición de empresa infractora. A la vista de los citados extremos, forzoso es concluir que no se produjo un incumplimiento de las normas de seguridad en el trabajo por parte de la empresa principal que causara el accidente: no tiene la condición de empresa infractora, lo que determina la inexistencia de responsabilidad de la empresa principal respecto de las prestaciones económicas de la Seguridad Social derivadas del accidente enjuiciado”.

IX. Comentario

La Sentencia comentada es la última de una saga jurisprudencial que arranca de la STS de 18/04/1992 (rcud 1178/1991) donde se sentó la doctrina de que el empresario principal podía ser responsable del recargo de prestaciones siempre que, aunque no fuera de la misma actividad, fuera el empresario infractor y, a tales efectos, se valoraba el cumplimiento de sus obligaciones legales en relación con las labores realizadas por la empresa contratista en el centro de trabajo, entendido este en un sentido amplio como lugar de trabajo. Con esa doctrina, esa añeja STS hizo responsable a la empresa principal de un accidente de trabajo, sufrido por un trabajador de la empresa contratista, acaecido en la reparación y mantenimiento de sus líneas de tendido eléctrico pues estaban sometidas a su deber de vigilancia. SSTs posteriores han llegado a igual conclusión con respecto a la colocación de postes del tendido aéreo de líneas telefónicas de Telefónica de España (STS de 22/11/2002, rcud 3904/2001), desmontaje de los conductores y postes de madera de una línea de baja tensión (STS de 11/05/2005, rcud 2291/2004), vuelco de una carretilla cuando la empresa contratista estaba pavimentando los caminos de un jardín municipal (STS de 26/05/2005, rcud 3726/2004), o caída de un andamio cuando se llevaban a cabo trabajos de albañilería en un edificio propiedad de la empresa principal (STS de 10/12/2007, rcud 576/2007; aunque esta sentencia desestima el recurso por defectos de forma, recuerda que la referencia a centro de trabajo equivale más bien a lugar de trabajo).

Últimamente, la STS 842/2018, de 18 de septiembre (rcud 144/2017) compendió la doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad del recargo de prestaciones en contratas:

a) La encomienda de tareas propias de la propia actividad a otra empresa genera específicos y reforzados deberes de seguridad laboral, pero no comporta un automatismo en la responsabilidad del recargo de prestaciones que pueda imponerse a los trabajadores de las contratistas o subcontratistas.

b) La encomienda de tareas correspondientes a actividad ajena a la propia es un elemento que debe valorarse, junto con otros, de cara a la exención de responsabilidad de la empresa principal.

c) La empresa principal puede resultar responsable del recargo de prestaciones aunque las tareas encomendadas a la empresa auxiliar del trabajador accidentado no correspondan a su propia actividad.

d) En todo caso, lo decisivo para determinar si la empresa principal asume responsabilidad en materia de recargo de prestaciones es comprobar si el accidente se ha producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad.

e) Que las tareas encomendadas sean ajenas a la propia actividad no comporta la imposibilidad de que se imponga el recargo de prestaciones, como en ella se afirma.

f) Es errónea la doctrina extensiva de la responsabilidad por el recargo de prestaciones al empresario principal en todo caso, incondicionalmente y sin apreciar la existencia de infracciones que le sean achacables.

Todos estos antecedentes jurisprudenciales (e incluso alguno más que omitimos) aparecen citados en la Sentencia comentada. La cuestión inmediata es si la Sentencia comentada casa con ellos o supone un cambio en el derrotero jurisprudencial. En principio, la circunstancia de citarlos en su fundamentación jurídica y de que en ningún momento se dice que se superan, nos pone en la pista de que no hay pretensión de cambiar la doctrina, sino simplemente de precisar los linderos de hasta dónde alcanza la jurisprudencia previa.

El pilar fundamental de esta saga jurisprudencial se encuentra en el artículo 17 del Convenio 155 de la OIT (1981), que pone el énfasis en la realización simultánea de actividades en un mismo lugar de trabajo, expresión no coincidente con la de centro de trabajo que se utiliza en el artículo 24.3 de la LPRL, pero que la jurisprudencia, con buen criterio, había asimilado acogiendo una concepción amplia del concepto centro de trabajo, y dejando la circunstancia de si la contrata es de la propia actividad de la principal en un segundo plano, pues puede haber responsabilidad aunque no sean de la propia actividad, de la misma manera que puede no haberla siendo de la propia actividad, si bien la circunstancia de si lo es o no, es un elemento a valorar para determinar la responsabilidad.

Con la Sentencia comentada, el Tribunal Supremo no cuestiona estas premisas, pero, aunque no lo diga expresamente y acaso tampoco lo pretenda, está interpretando otro concepto utilizado en el artículo 17 del citado Convenio: si hay realización simultánea de actividades. Llega a la conclusión de que, en el caso concreto, no la hay porque la empresa principal no ha desplegado medios humanos ni materiales en el lugar de trabajo. Ha optado, en consecuencia, por una lectura, si se me permite calificarla así, corpórea de la actividad.

Probablemente, el artículo 17 del citado Convenio permitiese otra lectura diferente según la cual se pudiese considerar que la empresa principal realiza su actividad en el lugar de trabajo aunque no haya tal despliegue de medios humanos ni materiales pues, al fin y al cabo, el trabajo ejecutado por el trabajador accidentado en el lugar de trabajo beneficia no solo a la empresa contratista como su directa empleadora, también a la principal que, desde esta perspectiva económica, está, por ello, desarrollando su actividad en ese lugar.

Sea como fuere, la respuesta a la pregunta planteada es que la Sentencia comentada no cambia la previa jurisprudencia, y así lo ha concluido también la temprana doctrina que la ha comentado (ARENAS GÓMEZ, M.: “A propósito de la STS 229/2025 y el alcance de la responsabilidad solidaria en el recargo de prestaciones ¿cambio de doctrina? Entiendo que no”; Blog del autor, 06/02/2025; consultado a 10/03/2025). Aunque ello se dice sin desconocer que introduce una precisión en esa previa jurisprudencia que delimita su alcance y, visto desde esa perspectiva, supone una cierta restricción (ARENAS, citado).

X. Apunte final

La STS de 18/04/1992 (rcud 1178/1991), iniciadora de la saga jurisprudencial, se sustentó en una interpretación del artículo 17 del Convenio 155 de la OIT (1981) que atiende, para imponer a las dos o más empresas una obligación de colaboración, a la realización simultánea de la actividad en un mismo lugar de trabajo. Sin embargo, la LPRL (temporalmente posterior al Convenio y a la STS) introduce, en su artículo 24.3, conceptos como el de propia actividad o centro de trabajo que no están en la norma internacional, además de que no alude a un deber de colaborar, sino a una facultad de vigilancia. Dadas estas importantes divergencias, la jurisprudencia ha acometido una fuerte corrección de la norma interna cuando ha equiparado el concepto centro de trabajo con el concepto lugar de trabajo utilizado en la norma internacional, e igualmente ha desplazado a un lugar secundario el concepto de la propia actividad que en la norma internacional no aparece.

La Sentencia comentada nos permite apreciar que no son esos los únicos problemas que la dicción del artículo 24.3 de la LPRL plantea en su relación con el artículo 17 del tan citado Convenio. Ahora se trata de determinar qué se entiende por realizar la actividad, y la Sentencia comentada se inclina por exigir un despliegue de medios humanos y materiales de la empresa principal para que le alcancen las obligaciones preventivas del artículo 24.3.

En conclusión, la Sentencia comentada no se aparta de la previa jurisprudencia, sino que introduce una precisión en orden a su alcance. Y acaso no será la última que el Tribunal Supremo se vea en la tesitura de resolver dadas las dudas existentes en esta materia.

§ 18 Procedimiento de despido y nulidad alegada en la demanda y no en conciliación.

Francisco A. Vila Tierno

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga.

Resumen: *El Tribunal Supremo rectifica su doctrina respecto a los efectos de no haber alegado solo la improcedencia del despido en la conciliación y no la nulidad por garantía de indemnidad, entendiendo que existe congruencia entre papeleta de conciliación y la demanda.*

Palabras clave: *Despido. Nulidad. Improcedencia. Efectos.*

Abstract: *La Corte Suprema rettifica la propria dottrina in merito agli effetti del non aver addotto nella conciliazione solo l'ingiustizia del licenziamento e non la nullità dovuta alla garanzia dell'indennità, comprendendo che vi è congruenza tra la lettera di conciliazione e la richiesta di indennizzo.*

Keywords: *Licenziamento. Nullità. Ingiustizia. Effetti.*

I. Introducción

La tutela judicial efectiva no puede impedir que una interpretación excesivamente rigorista de los aspectos procesales, deje sin resolver sobre el fondo en materias relevantes como el despido cuando afectan, además, a garantías como la indemnidad. Sin embargo, ello tampoco puede permitir introducir la posible indefensión de la otra parte. Se cuestiona, en este asunto, precisamente, esta posibilidad en la sucesión que se produce entre el paso previo y preceptivo de la conciliación previa en los procesos de despido y la demanda subsiguiente cuando aquella se celebra sin avenencia. El debate, en esencia, es si cabe invocar o alegar de manera distinta en uno y otro momento.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de Social (Pleno).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 49/2025, de 23 de enero.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUd núm. 5375/2023.

ECLI:ES:TS:2025:158

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Antonio Blasco Pellicer.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión objeto de controversia es simple y de naturaleza estrictamente procesal. Se trata, en síntesis, de precisar si es posible invocar en la demanda una petición que no se ha planteado con anterioridad en el trámite de conciliación previa: "La cuestión [...] consiste en decidir si un trabajador que, mediante papeleta de conciliación previa a la vía judicial, impugnó su cese como despido solicitando su improcedencia puede en el escrito de demanda especificar que el cese fue una represalia antela disconformidad del trabajador con la remuneración pactada y el incumplimiento empresarial de diversas normas laborales, solicitando en dicho escrito la nulidad del despido" (FJ 1º). El debate, por tanto, se centra en dilucidar si existe congruencia entre la papeleta de conciliación y la demanda cuando esta última se aparta de lo alegado originalmente.

Veamos, no obstante, los hechos más relevantes que constituyen la realidad fáctica analizada en la resolución judicial que ahora nos ocupa.

En primer término, el actor concierta un contrato de trabajo tras haber realizado una entrevista de trabajo en la que se pactaron unos salarios determinados, en todo caso, con unas cuantías que merecían el cambio respecto de su anterior trabajo. Parece que puede haber una confusión entre el salario neto y bruto acordado. Esto es, precisamente, lo que se alega en correo electrónico que remite al responsable de taller cuando percibe la primera nómina y entiende que no se corresponde con lo pactado. Junto a ello presenta otras serie de reivindicaciones.

Recibe respuesta por parte de la empresa el mismo día por la tarde (17.30 h), de manera coetánea a su turno de trabajo (que finaliza ese día a las 21.59 h), en la que se le afean sus comentarios más allá de la posibilidad de haber hablado lo que fuera necesario para solventar los problemas con la nómina.

Al día siguiente no consta que se presentara a su turno de trabajo, no produciéndose su fichaje. En esa misma fecha se le comunica que se extingue su contrato por no haber superado el período de prueba.

Hasta ahí los hechos probados. Pero en el ya citado fundamento jurídico primero, se añaden más datos relevantes: "La sentencia, respecto a la denunciada infracción del art 80 LRJS porque en la papeleta de conciliación y consiguiente acto de conciliación solo se solicitaba la improcedencia del despido -y no la nulidad- por no superar el periodo de prueba, es rechazada. Razona que no puede obviarse que el formulario facilitado al trabajador, sin asistencia letrada, únicamente recoge la opción de improcedencia, y que en todo caso el art.80 de la LRJS señala que no pueden alegarse hechos nuevos, pero ello no afecta a la calificación jurídica. En cuanto al fondo del asunto, confirma la nulidad del despido por vulneración de la garantía de indemnidad. No queda acreditado por la empresa que concurriera causa ajena a la reclamación del demandante por correo electrónico justificativa de la extinción contractual por no superación del periodo de prueba".

Queda así, de esta forma, completamente delimitada la cuestión debatida.

IV. Posición de las partes

Frente a la posición de la parte actora, que se limita a solicitar la nulidad del despido desde la presentación de la demanda, la parte recurrida, de manera reiterada, desde la instancia, viene defendiendo "la falta de congruencia y faltade correlación entre las pretensiones formuladas en el escrito de conciliación, acto de conciliación y demanda. Al efecto, denuncia como infringido el artículo 80.1.c) LRJS, y preceptos conexos de la misma norma, así como diversas sentencias de esta Sala cuya doctrina extracta. También otras sentencias de la Audiencia Nacional y de Tribunales Superiores de Justicia que la Sala [...] (FJ 1º.3).

V. Normativa aplicable al caso

El precepto principal sobre el que gira el debate procesal, es el art. 80.1 c) LRJS que dispone lo siguiente: “La enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que verse la pretensión y de todos aquellos que, según la legislación sustantiva, resulten imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas. En ningún caso podrán alegarse hechos distintos de los aducidos en conciliación o mediación ni introducirse respecto de la vía administrativa previa variaciones sustanciales en los términos prevenidos en el artículo 72, salvo los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad”.

De manera paralela, respecto a la conciliación previa, el art. 63 LRJS establece que “Será requisito previo para la tramitación del proceso el intento de conciliación [...]” y el art. 66.3 del mismo texto legal afirma que “Si no compareciera la otra parte, debidamente citada, se hará constar expresamente en la certificación del acta de conciliación o de mediación y se tendrá la conciliación o la mediación por intentada sin efecto, y el juez o tribunal impondrán las costas del proceso a la parte que no hubiere comparecido sin causa justificada, incluidos honorarios, hasta el límite de seiscientos euros, del letrado o graduado social colegiado de la parte contraria que hubieren intervenido, si la sentencia que en su día dicte coincidiera esencialmente con la pretensión contenida en la papeleta de conciliación o en la solicitud de mediación”.

En el art. 6 del Real Decreto 2756/1979, de 23 de noviembre, por el que el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación asume parte de las funciones que tiene encomendadas se concreta que en la papeleta de conciliación (apartados tres y cuatro) deben incluirse: “Enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que verse su pretensión y cuantía económica, si fuere de esta naturaleza [...] Si se trata de reclamación por despido, se hará constar la fecha de éste y los motivos alegados por la Empresa”.

Y, por su parte, el art. 104 LRJS no incorpora elementos que al objeto de este comentario suponga un diferencia sustancial respecto de lo ya previsto: “Las demandas por despido, además de los requisitos generales previstos, deberán contener [...]”

Por último, el art. 219 LRJS merece un pequeño comentario, si bien, en este epígrafe, nos limitamos a reproducir su contenido (para una valoración posterior): “El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos [...]”

VI. Doctrina básica

No puede aplicarse un criterio rigorista sobre los requisitos formales del escrito de demanda, no teniendo que exigirse una absoluta correspondencia entre los hechos de la papeleta de conciliación y el contenido de la demanda, de manera que esta correlación solo debe excluirse en el caso en el que pueda producirse indefensión de una de las partes. Ello ha venido a suponer que, en esta Sentencia de Pleno, lo que se venga a concluir es que puede alegarse en la demanda una pretensión distinta a la señalada con carácter anticipado en el trámite de conciliación.

VII. Parte dispositiva

Tras la doctrina señalada, la STS-SOC (Pleno) núm. 49/2025, de 23 de enero falla “la desestimación del recurso y la consiguiente declaración de firmeza de la sentencia recurrida [sentencia dictada el 25 de octubre de 2023 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de la Rioja, en el recurso de suplicación núm.112/2023]. Se decreta la pérdida del depósito y retención de las

consignaciones efectuadas para recurrir (artículo 228.3 LRJS). Se condena en costas a la entidad recurrente en cuantía de 1.500 euros (artículo 235 LRJS)".

VIII. Pasajes decisivos

De manera sucesiva, se pueden transcribir los siguientes pasajes decisivos:

- " [...] La flexibilidad aplicada por esta Sala de casación en orden a determinar la concurrencia del requisito o presupuesto de contradicción de sentencias ex art. 219.1 LRJS cuando se trata de infracciones procesales que pudieran generar indefensión se evidencia en nuestras sentencias 464/2016, de 1 de junio (Rcud. 3241/2014. ECLI:ES:TS:2016:3035); de 11 de marzo de 2015 (Rcud 1797/2014. ECLI:ES:TS:2015:1282), y de 7 de abril de 2015 (Rcud 1187/2014. ECLI:ES:TS:2015:1968) [...] "Al analizar la contradicción en materia de infracciones procesales se exigirá siempre la concurrencia de la suficiente homogeneidad en la infracción procesal respectiva, con objeto de que se pueda examinar una divergencia de doctrinas quedaba corregirse respecto de alguno de los aspectos propios de la tutela judicial efectiva" y que "Cuando en el recurso se invoque motivo de infracción procesal las identidades del art. 219.1 LRJS deben estar referidas ala controversia procesal planteada, sin que sea necesaria la identidad en las situaciones sustantivas de las sentencias comparadas". No es, por tanto, la cuestión sustantiva que constituye el fondo del asunto la que debe ser analizada para determinar si concurren los supuestos de contradicción del artículo 219.1 LRJS, sino la controversia planteada respecto de la infracción procesal sobre la que versen la sentencia recurrida y la de contraste y la necesidad de que concurra en este extremo suficiente homogeneidad [...]".
- " [...] es fácilmente deducible que las finalidades anudadas al contenido de la papeleta de conciliación; o, también, las finalidades de la previsión de la LRJS según la que, en la demanda, no se podrán alegar hechos distintos de los aducidos en la conciliación previa, pueden fácilmente reconducirse a dos: la primera posibilitar la conciliación en sentido material, esto es, facilitar que la conciliación se produzca sobre el litigio que enfrenta a las partes y, al efecto, que tengan la posibilidad de debatir y convenir lo que al efecto tengan por conveniente. La segunda finalidad está anudada a la evitación de la indefensión de la parte demandada que debe tener la posibilidad de poder defenderse de la pretensión en su contra deducida, siendo para ello necesario que acuda al juicio con el conocimiento de todos los hechos que alegue la parte actora para poder combatir y aportar prueba respecto de los que no esté conforme [...]".
- " [...] El requisito del artículo [80.1] c) LRJS que nos ocupa es, además, muy peculiar dado que en bastantes ocasiones resulta superfluo y carente de sentido: son los casos en los que la conciliación no llega a celebrarse [...] Corolario de todo ello es que la estricta exigencia de una total correspondencia entre los hechos de la papeleta y los que se reflejen en la demanda debe limitarse a aquellos supuestos en los que la consecuencia anudada a la falta de correspondencia implique, bien una imposibilidad material de celebrar la conciliación o suponga una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la contraparte por afectarle a su derecho a la defensade manera plena [...]".
- " [...] La parte demandada, en aquel supuesto, al igual que ocurre en el que examinamos, tuvo oportunidad de efectuar la pertinente contestación y en

su caso de la proposición de prueba correlativa para hacer pleno su derecho de defensa, resultando enervada la consideración de concurrencia de indefensión [...] La STS 1306/2024, de 2 de diciembre [...] en un supuesto en el que la papeleta de conciliación se alegó que el despido se había producido sorpresivamente, pero no se solicitó que se declarase el despido improcedente por falta de instrucción de expediente contradictorio y tal alegación se hizo por primera vez en el escrito de demanda, se concluyó en que no debe efectuarse una interpretación rigorista de los requisitos formales del escrito de demanda [...] se residencia en el órgano judicial la calificación del despido. La STS 104/2022 de 2 febrero [...] resume abundante doctrina sobre la competencia del órgano judicial para calificar la extinción del contrato de trabajo acordada por el empleador: "En la instancia, la calificación del despido como procedente, improcedente o nulo debe realizarse conforme a derecho, sin que el órgano judicial esté vinculado por la calificación efectuada por el actor. La razón es que no es una materia dispositiva que dependa de la petición de la parte actora, sino que corresponde al órgano judicial determinar cuál es la calificación ajustada a Derecho, con sujeción en todo caso a los hechos alegados por el demandante" (STS 841/2022, de 19 de octubre de 2022, Rcd. 2206/2021) [...]."

- " [...] ambas finalidades del requisito de la correspondencia entre el contenido fáctico de la papeleta de conciliación y de la demanda se cumplieron plenamente. En efecto, consta acreditado [...] que el actor formuló papeleta de conciliación y que el acto conciliatorio se celebró [...] con el resultado de "sin efecto" por incomparecencia de la demandada que sí constaba citada al acto. Además, en los fundamentos de derecho de la sentencia de instancia, acogidos por la recurrida, consta que el demandante realizó la papeleta de conciliación sin asistencia letrada y en un modelo normalizado que sólo recogía la opción de improcedencia. Por otro lado, resulta evidente que a la demandada no se le causó indefensión de ninguna clase, dado que en el escrito de demanda figuraron todos y cada uno de los hechos necesarios para decidirla controversia, habiendo transcurrido varios meses hasta la celebración del juicio en el que la demandada pudo valerse de todos los medios de prueba que consideró conveniente [...] la sentencia recurrida no incurrió en interpretación rigorista de los requisitos formales exigidos en el artículo 80.1 LRJS; antes bien al contrario, su interpretación fue plenamente adecuada la finalidad de la norma y a la preservación del derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador demandante. Razón por la que es en esta sentencia recurrida donde se contiene la interpretación correcta y no en la nuestra, traída de contraste, cuya doctrina expresamente rectificamos [...] ".

IX. Comentario

En primer lugar, es preciso, con carácter preliminar, analizar los presupuestos para acceder a la casación en unificación de doctrina. Recuérdese que, al respecto, se exige la identidad subjetiva, además de que hechos, fundamentos y pretensiones sean sustancialmente iguales (art. 219.1 LRJS). Este requisito, necesario para que opere la contradicción necesaria entre la sentencia que se recurre y la que se aporta como referente de contraste, es bastante riguroso y justifica un alto porcentaje de inadmisiones -y que ratifica el carácter extraordinario del recurso y la función encomendada a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo-. Sin embargo, cuando afecta a cuestiones procesales, se flexibiliza, permitiendo de un modo más ágil entrar en la materia cuando se recurre en unificación de doctrina. Precisamente, este es el

primer apunte de la sentencia que se analiza en tanto que, su primer cometido es detallar la motivación que le permite resolver la controversia que se plantea. Es conveniente, por tanto, recordar en este punto la conveniencia, en un momento determinado, de buscar el encaje procesal en nuestra reclamación para poder agotar todas las posibilidades en el Orden Social.

Superada la dificultad de la admisión del recurso, es posible entrar en el fondo del asunto. En la línea del mismo art. 219 LRJS y la identidad exigida para la contradicción, se puede aludir al distinto tratamiento de hechos, de un lado, y de pretensiones y fundamentos por otro (distinguimos, por tanto, entre realidad fáctica y las pretensiones de las partes, los fundamentos planteados y las normativa jurídica aplicable, aludiendo a la misma petición y causa de pedir). En tal sentido, recuérdese que lo que se señala en el art. 80.1 c) LRJS es que “en ningún caso podrán alegarse hechos distintos de los aducidos en conciliación”, refiriéndose concretamente, a hechos, no a los aludidos fundamentos o pretensiones.

Lo que constata en la STS-SOC (Pleno) núm. 49/2025, de 23 de enero, es que los hechos alegados tanto en la papeleta de conciliación, como en la demanda los hechos que se discuten son los mismos, por lo que la parte demandada tiene, en todo momento, la posibilidad de preparar la defensa frente a la realidad fáctica que se describe y que no es objeto de modificación alguna.

Cuestión distinta habría de entenderse cuando la relación de hechos que conforman la conducta que es cuestionada, se altera. A estos efectos, recuérdese que incluso en el desarrollo del proceso judicial, el art. 85.1 LRJS se admiten variaciones, pero “en ningún caso podrá hacer en ella variación sustancial”. Esto es, aunque no estemos ante el mismo supuesto o momento procesal, puede servir de referencia, en el sentido de que la exigencia es más laxa en la correlación entre papeleta de conciliación y la demanda, pero que, de igual modo, tampoco puede la eventual modificación implicar indefensión de una de las partes.

Como se ha manifestado, de manera reciente García Salas “podría entenderse que los pronunciamientos judiciales sobre el respeto al principio de congruencia entre la «papeleta» y el escrito de demanda fueran incluso menos restrictivos, con criterios más laxos, en comparación con las modificaciones de la demanda que pueden ser introducidas en el mismo acto del juicio oral; lo que puede ser explicado en la medida en que, tras la fase previa y notificada la demanda, el demandado tiene un margen más amplio para preparar adecuadamente su contestación que si la variación se produce en el propio acto del juicio, en el que habrá que poner más la atención sobre el elemento sorpresivo. Efectivamente, al darle a conocer, mediante el traslado de la copia de la demanda, la pretensión del demandante –con la concreta petición que formula y los hechos en que la sustenta-, el demandado está en disposición de acudir al acto del juicio con pleno conocimiento de causa de lo que se dilucida en el proceso, permitiéndole preparar las alegaciones que estime oportunas en defensa de sus intereses y articular los medios de prueba necesarios para acreditar los hechos discutidos entre las partes. La jurisprudencia constitucional ha señalado que la congruencia no debe exigirse de una forma tan excesivamente rígida que llegue a suponer, de hecho, un obstáculo a la tutela judicial efectiva, porque tal congruencia no debe tener como único criterio el contenido de la reclamación previa, sino también el conjunto de pretensiones y argumentos suscitados en los trámites previos al proceso (STC 15/1990, de 1 de febrero); aunque del razonamiento de esta sentencia se desprende asimismo que esa relativa flexibilidad nunca puede llegar al extremo de que la falta de congruencia llegue a producir indefensión a la parte correspondiente (STS de 2 marzo de 2005, cit., y que corroboraron las posteriores SSTs de 17 de abril, 30 de abril y 30 de mayo de 2007).

Podrían aportarse igualmente otros argumentos; como que, mientras que la demanda requiere que se incorporen los hechos o la causa petendi, no se exigen tales requisitos en la «papeleta» de conciliación”^[1].

En este contexto, en la sentencia ahora analizada, además se ponen de manifiesto tres elementos clave: a) la papeleta se prepara en formulario que no admite introducir más que la reclamación por despido y, además, la enumeración clara y concisa de los hechos en que se basa la pretensión; b) la parte demandada no asiste a la conciliación que se entiende celebrada sin avenencia; c) que los hechos son los mismos y que se ha tenido un largo plazo de tiempo entre la fecha de conciliación y la celebración del juicio, por lo que la empresa, en este caso, ha tenido un largo período para preparar convenientemente su defensa. Caso completamente distinto, por ejemplo, a lo aducido en la STS 376/2022, de 27 de abril, en el que la alegación novedosa se incluye en la vista oral, sin referencia alguna en la demanda, sin que la otra parte tenga capacidad de reacción y preparación de su defensa.

Lo trascendente, por tanto, es que los hechos son siempre los mismos, no se alteran de ningún modo y que no producen, en consecuencia, indefensión.

En este punto la sentencia aporta dos razonamientos muy concluyentes. De una parte, que la calificación judicial es competencia del órgano juzgador, sin que dependa de la petición de la parte actora, si bien, sujeta, siempre, a los hechos alegados por el demandante. De otra, que ya se viene apuntando en la doctrina del TS, concretamente, en la STS 1306/2024, de 2 de diciembre (Rcud. 3354/2023), que no debía “efectuarse una interpretación rigorista de los requisitos formales del escrito de demanda” en un supuesto en el que no hay una identidad exacta en las alegaciones de la papeleta de conciliación y el escrito de demanda.

Coincidiendo, por tanto, la realidad fáctica, no parece haber, por tanto, inconvenientes en admitir una petición en la demanda que no se haya incluido en la conciliación previa. No puede obviarse, no obstante, que la pretensión no es exactamente la misma, por más que efectivamente los hechos sí lo sean y se cumplan los parámetros concretos de la ley.

X. Apunte final

Como expresamente nos recuerda la STS de 3 de junio de 2013 (Rec. 2301/2012), “la conciliación previa ante los servicios que están encargados de tramitar ese requisito previo al proceso no es realmente un procedimiento administrativo incrustado en el laboral, o una especie de reclamación planteada ante un órgano administrativo, de perfiles y características típicamente administrativas en el sentido previsto en aquella norma, la Ley 30/1992, y desde luego tampoco es algo en cierto modo independiente, como hemos dicho, del proceso laboral, sino que realmente se trata de una actuación exigible para acceder a la jurisdicción, un trámite profundamente impregnado de principios y valores procesales de características propias. De hecho, el Órgano de conciliación que lleva a cabo esos actos de evitación del proceso, no actúa en ellos de manera típica o característica de las Administraciones Públicas, puesto que no puede producir resoluciones autónomas o tomar decisiones propias distintas de las que se derivan de su función, regulada y encaminada a la evitación del proceso laboral, o en caso de no avenencia, abrir la puerta al proceso una vez cumplido el trámite”.

No existe, de este modo, una separación estricta entre la fase previa de la conciliación administrativa y la fase estrictamente procesal que se inicia con la demanda. De esta forma, es comprensible la doctrina que se invocaba de contrario - STS 528/2020, de 25 de junio de 2020 (Rcud. 877/2017)- y que venía a señalar que no cabía introducir en la demanda una alegación no incluida en la papeleta de conciliación.

Sin embargo, en aquella sentencia, se señala otra cuestión que resulta fundamental y es que, finalmente, se reconduce a la existencia de hechos nuevos. Esto es, en realidad, lo que se incluye son hechos que no se recogían con carácter previo, pero que pueden suponer una alegación o consecuencia jurídica distinta: “- El recurrente alega que la sentencia impugnada vulnera lo establecido en el artículo 80.1 c) de la LRJS, no interpretando de forma correcta dicho artículo y permitiendo que un

hecho no incluido en la papeleta de conciliación y si en la demanda judicial, sea objeto del procedimiento. Aduce que, tal y como dispone el artículo 3 del Código Civil, hay que acudir a la interpretación literal del precepto - artículo 80.1 c) de la LRJS- y esta es clara prohibiendo expresamente la introducción de hechos nuevos en sede judicial no alegados en la papeleta de conciliación, siempre que fueran conocidos. 2.- El motivo de recurso formulado ha de tener favorable acogida. A este respecto hay que señalar que ni en la papeleta de conciliación, ni en el acto de conciliación, la actora formuló alegación alguna respecto a que se encontraba embarazada y las consecuencias que tal hecho podría acarrear en la calificación del despido”.

En síntesis, si los hechos que pueden dar lugar a una distinta calificación del despido ya están incluidos en la papeleta de conciliación, no cabe aludir a una posible incongruencia, pero si no es así, es decir, que se ignoran circunstancias fácticas relevantes que pueden cambiar aquella calificación, entonces sí estaríamos ante una variación sustancial que puede inducir a una posible indefensión.

Nótese que, a estos efectos, la sentencia de suplicación recurrida (STJS La Rioja 120/2023, de 10 de octubre), no aceptó una revisión de hechos probados que pretendía incluir la falta de incorporación en la papeleta de conciliación de la posterior alegación en la demanda. Y es que, finalmente, podría ser intrascendente para el fallo si los hechos alegados desde el inicio ya podrían dar lugar a las distintas calificaciones, o lo que es lo mismo, la descripción de los hechos en el sentido de ser despedido tras una reclamación interna en la empresa, podía dar lugar a la nulidad por vulneración de la garantía de indemnidad. Cuestión distinta, insistimos, es que ello no fuera exactamente así, es decir, que alguna circunstancia relevante no se hubiera incorporado desde la fase previa. Habrá que estar, en consecuencia, muy atentos a la descripción de cada caso.

Por último, no debe dejar de apuntarse una cuestión de oportunidad que no carece de relevancia. Y es que, en la situación actual de retraso de la justicia, con vistas señaladas a varios años desde que se producen los hechos (incluso en materia de despido), nos llevan a replantearnos las conclusiones a las que llega esta Sentencia. Concretamente lo que queremos advertir es que bien distinta puede ser la posición de las partes ante una eventual conciliación previa dependiendo de la petición de la actora, en tanto que las consecuencias de una nulidad son absolutamente distintas (con salarios dejados de percibir, por ejemplo) a las de la improcedencia.

Conclusión: Debe darse a la conciliación mayor trascendencia que hasta ahora y la parte demandada tiene que analizar, con detalle, las posibles consecuencias jurídicas de los hechos alegados, en tanto que si éstos no se modifican, la alegación o petición estricta de la parte actora puede resultar un tanto irrelevante. Del mismo modo, hemos de señalar que esta resolución no cierra la posibilidad de seguir exigiendo la correlación entre papeleta de conciliación y demanda, puesto que la exigencia de identidad de los hechos no se ha suprimido.

Referencias:

1. ^ *García Salas, A.I. El Tribunal Supremo rectifica doctrina sobre la exigencia de una total correspondencia entre los hechos de la papeleta de conciliación y los que se reflejen en la demanda. Foro de Labos, 24/02/2025, <https://www.elforodelabos.es/2025/02/el-tribunal-supremo-rectifica-doctrina-sobre-la-exigencia-de-una-total-correspondencia-entre-los-hechos-de-la-papeleta-de-conciliacion-y-los-que-se-reflejen-en-la-demanda/>*

- § 19 La presunción de laboralidad del art. 156.3 LGSS no “protege” la crisis cardíaca si los síntomas del infarto de miocardio se localizan en momento previo al desarrollo de un trabajo que no se considera factor desencadenante.**

Fermín Gallego Moya

Profesor Permanente Laboral y acreditado como Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia.

Resumen: *La presunción de laboralidad que, de forma casi automática, ampara como accidente laboral el infarto de miocardio producido en tiempo y lugar de trabajo, queda debilitada si los síntomas del mismo comienzan en un momento previo al inicio del trabajo y no se prueba que este haya sido el factor desencadenante o determinante de la crisis cardíaca.*

Palabras clave: *Accidente Laboral. Infarto. Antecedentes. Desencadenante.*

Abstract: *The presumption of work that, almost automatically, protects a myocardial infarction that occurs at the time and place of work as an occupational accident, is weakened if its symptoms begin at a time prior to the start of work and it is not proven that this was the triggering or determining factors of the cardiac crisis.*

Keywords: *Work Accident. Heart attack. Background Trigger.*

I. Introducción

La cuestión que aborda el recurso de casación resuelto por la sentencia objeto del presente comentario, es la influencia que pueda tener, en la aplicación de la presunción de laboralidad del art. 156.3 LGSS, el hecho de que los síntomas identificadores del inicio del cuadro coronario que desembocó en la crisis cardíaca durante la posterior ejecución del trabajo, comenzaran en un momento previo y ajeno al desempeño laboral, en el que, además, y tras consulta médica, el trabajador desatendió la prescripción de acudir de inmediato a un centro hospitalario, sin que se aprecie ningún esfuerzo excepcional en el desarrollo del trabajo al día siguiente.

La Sala, reunida en Pleno (dada la trascendencia de la decisión a adoptar), viene a considerar que, en un caso en que la lógica empírica sitúa el inicio del infarto de miocardio fuera de los “muros” del tiempo y lugar de trabajo, la consideración del episodio coronario como accidente laboral, exige acreditar que el desempeño del trabajo actuó como factor desencadenante o determinante de la crisis, conclusión reforzada por la previa conducta imprudente del trabajador.

El interés de la resolución estriba en identificar los contornos, fácticos y jurídicos, que permiten desvirtuar la presunción de laboralidad en caso de infarto agudo de miocardio, otorgando relevancia a tres elementos: a) los antecedentes médicos previos (que, en multitud de ocasiones, no han impedido a los tribunales aplicar

aquella presunción); b) la conducta negligente del trabajador, sobre la que se hace especial hincapié; y c) las circunstancias concretas del trabajo desarrollado, al devenir insuficiente para apreciar en este caso la presunción, el marco espaciotemporal que localiza la crisis cardíaca iniciadora de la incapacidad laboral en tiempo y lugar de trabajo.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala IV (Pleno).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 85/2025, 5 de febrero.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUd núm. 2707/2022.

ECLI:ES:TS:2025:404

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio García-Perrote Escartín.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Hechos relevantes

Con una redacción ciertamente mejorable, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Cádiz acota los hechos nucleares del caso, los cuales pudieran resumirse así:

El trabajador, a quien en el año 2015 habían colocado un stent por dolencia cardíaca, venía prestando servicios como albañil, para la empresa de construcción y rehabilitaciones, en jornada completa de lunes a viernes.

El domingo, 24 de julio de 2016, el trabajador estuvo aquejado durante todo el día de una molestia leve centro-torácica, por la que acudió a su Centro de Salud, donde le indicaron que debía acudir en ese momento al Hospital, acompañado de personal sanitario, algo que no hizo.

Al día siguiente, lunes 25 de julio de 2016, el trabajador comenzó a prestar servicios en labores de preparación de material y apoyo al oficial albañil en las tareas de alcatado y revestimiento de mortero en la obra. Al comenzar a trabajar, se sintió mal, con intensificación del dolor, siendo trasladado a Urgencias del Hospital, donde, tras practicarle una analítica de la encima Cpk, le diagnosticaron un infarto agudo de miocardio.

En esa fecha comienza un proceso de baja médica que es calificado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social como accidente de trabajo, decisión frente a la que Mutual Midat-Cyclops, Entidad colaboradora de la Seguridad Social que cubre las contingencias profesionales de la empleadora del trabajador, formulo reclamación previa y ulterior demanda.

2. La visión discrepante del juzgado de lo social gaditano y del tribunal superior de justicia andaluz

Turnada la demanda al Juzgado de lo Social 2 de Cádiz (proceso 576/2017), se dicta Sentencia el 20 de mayo de 2019, estimando la misma y declarando el carácter “común” del proceso de baja médica iniciado a raíz del infarto. La resolución de instancia se basó en dos datos relevantes: la constatación del inicio del infarto de miocardio el día anterior, fuera, pues, de cualquier contexto laboral, y el hecho de que el día posterior el trabajador realizase labores “ordinarias”, exentas de “esfuerzo excepcional” (el Juzgado razona que “si el lunes 25 hubiera realizado “un trabajo más fuerte de lo normal” podría haber decidido que la causa era ese “exceso de esfuerzo”, pero considera que hacía “faenas ordinarias”).

Posición que no comparte el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía /Sevilla, que, sin aceptar alteraciones en cuanto a los hechos probados, dicta Sentencia, en fecha 14 de febrero de 2022, Rec. 401/2022, estimando el recurso de suplicación interpuesto por la heredera del accidentado, quien había fallecido en 2018 (se sobreentiende que además del importe del subsidio de incapacidad temporal, un fallo estimatorio tendría trascendencia para las eventuales prestaciones por muerte y supervivencia), declarando la etiología profesional del indicado proceso de baja médica.

El órgano de suplicación andaluz apoya su decisión en las SSTs de 18 de diciembre de 2013, Rec. 726/2013 y 8 de marzo de 2016, Rec. 644/2015, pero sobre todo en la STS de 5 de abril de 2018, Rec. 3504/2016, que viene a considerar, de manera expresa, como un “supuesto semejante”, resolución de apoyo que confirma la contingencia laboral de la incapacidad derivada de un infarto de miocardio, diagnosticado con las siguientes circunstancias: a) síntomas previos el día anterior en el domicilio del trabajador cuando se hallaba descargando leña, con dolor en el brazo izquierdo que persistió toda la noche; b) agravación de la sintomatología -con mareos y vómitos- al día siguiente, mientras prestaba servicios como operario de almazara; y c) el inmediato diagnóstico de pericarditis post IAM.

El dato decisivo, para que el TSJ estime el recurso de la heredera del trabajador, es que “con independencia de que el infarto se iniciara el día anterior, como deduce el juzgador de los niveles de la encima CPK que presentaba el lunes por la mañana, lo cierto es que no fue sino hasta después de incorporado al trabajo, cuando realizaba tareas de preparado de material para alicatado, lo que supone entre otras la de acarreo de azulejos de peso considerable, cuando se intensificaron los síntomas que le obligaron a interrumpir la actividad y acudir al centro hospitalario”.

3. El planteamiento de la casación unificadora

Mutual Midat-Cyclops interpone recurso de casación, aportando, como Sentencia de contraste, la dictada por Tribunal Superior de Justicia de Andalucía / Sevilla, en fecha 22 de julio de 2020, Rec. 850/2019, la cual resuelve de forma distinta un supuesto similar: el de un repartidor de correos que, en la madrugada del 17 de febrero de 2017, estando en reposo, comenzó a sentir presión intratorácica no irradiada, con náuseas, y malestar general de cerca de una hora de duración, cediendo de forma paulatina; trabajador que, en la mañana del día siguiente acudió a trabajar, pero de nuevo comenzó con presión centro torácica, por lo que fue llevado por la jefa de reparto a urgencias. En este contexto, la referencial considera que el trabajador había sufrido un infarto de madrugada, cuando se encontraba en su domicilio, por lo que no puede operar la presunción del artículo 156.3 LGSS.

Aunque algunos elementos, como el tipo de trabajo (no parecen equiparables los requerimientos físicos de un repartidor y un albañil) o la conducta de trabajador (no se atisba imprudencia alguna en el primero, el cual no desatiende indicaciones de asistencia inmediata al hospital) pudieran haber afectado a la contradicción, el Tribunal Supremo la considera concurrente, destacando lo esencial: tanto en el caso de la sentencia recurrida como en el de la de contraste, se trata de trabajadores que sufren un infarto de miocardio cuyos síntomas habían empezado fuera del tiempo y lugar de trabajo y que persisten cuando comienzan a trabajar al día siguiente. Pese a tales semejanzas -afirma el TS-, las dos sentencias resuelven de forma divergente. La recurrida estima que, a pesar de que el infarto se iniciara el día anterior, no fue sino hasta después de incorporado a su trabajo cuando se intensificaron los síntomas, mientras que la de contraste resuelve que el hecho de que el infarto se iniciase fuera del trabajo, la noche anterior, constituye causa para desechar la existencia de un accidente de trabajo.

IV. Posición de las partes

La información que ofrece la propia sentencia indica que el recurso de casación interpuesto por la entidad colaboradora fue objeto de impugnación por parte del

Instituto Nacional de la Seguridad, que solicitó la inadmisión y/o desestimación, sin que conste noticia sobre una eventual impugnación por parte de la heredera del trabajador. El Ministerio Fiscal, por su parte, admitida la contradicción, interesó la desestimación del recurso.

V. Normativa aplicable al caso

Con mayor o menor intensidad, son de aplicación al caso los siguientes apartados del art. 156 LGSS (Concepto de accidente de trabajo):

1. Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena.

2. Tendrán la consideración de accidentes de trabajo: f) Las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente.

3. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo.

4. No obstante lo establecido en los apartados anteriores, no tendrán la consideración de accidente de trabajo: b) Los que sean debidos a dolo o a imprudencia temeraria del trabajador accidentado.

VI. Doctrina básica

Con carácter general, en virtud de lo dispuesto en el art. 156.3 LGSS, y salvo prueba en contrario, toda enfermedad cardiovascular que se manifiesta en tiempo y lugar de trabajo se beneficia de una presunción de laboralidad; así lo afirma y reitera nuestro Tribunal Supremo, entre otras, en sentencias de 27 de septiembre de 2007, Rec. 853/2006; 18 de diciembre de 2013, Rec. 726/2013; 10 de diciembre de 2014, Rec. 3138/2013; 8 de marzo de 2016, Rec. 644/2015; 26 de abril de 2016, Rec. 2108/2014; 20 de marzo de 2018, Rec. 2942/2016; y 23 de enero de 2020, Rec. 4322/2017.

En una de estas resoluciones, la de 26 de abril 2016 (Rec. 2108/2014), el Alto Tribunal resume su doctrina a través de manifestaciones básicas sobre la presunción que, en lo que respecta al caso analizado, pueden sintetizarse así:

- Alcanza a las enfermedades que por su propia naturaleza puedan ser causadas o desencadenadas por el trabajo, esto es, las que puedan tener etiología laboral.
- Opera en el marco de las lesiones cardíacas, en las que no cabe descartar que la crisis venga desencadenada como consecuencia de esfuerzos o tensiones que tienen lugar en la ejecución del trabajo. En efecto, el hecho de que la lesión tenga etiología común no excluye que el trabajo pueda ser factor desencadenante, por ser “de conocimiento común que el esfuerzo de trabajo es con frecuencia un factor desencadenante o coadyuvante en la producción del infarto de miocardio”. No siendo descartable “una influencia de los factores laborales en la formación del desencadenamiento de una crisis cardíaca”, ya que “las lesiones cardíacas no son por sí mismas extrañas a las relaciones causales de carácter laboral”.
- Contexto este en el que encaja a la perfección la regla “apodíctica” según la cual debe considerarse como accidente laboral aquel en el que “de alguna manera concurra una conexión con la ejecución de un trabajo, bastando con que el nexo causal, indispensable siempre en algún grado, se dé sin necesidad de precisar su significación, mayor o menor, próxima o remota, concausal o coadyuvante, debiendo otorgarse dicha calificación cuando no aparezca acreditada la ruptura de la relación de causalidad entre la actividad profesional y el hecho dañoso, por haber ocurrido hechos

de tal relieve que sea evidente a todas luces la absoluta carencia de aquella relación”.

- A partir de aquí, cualquier intento por destruir la presunción requiere una acreditación suficiente de la falta de relación lesión/trabajo, bien porque la patología excluye por su propia naturaleza una etiología laboral, bien porque se produzcan “hechos que desvirtúen dicho nexo causal”; de esta forma, quien se oponga a la misma debe acreditar la “falta de conexión entre el hecho dañoso y el trabajo”.

Dicho lo anterior, es lógico que nos preguntemos si un elemento que desvirtúa el citado nexo causal, por romper la necesaria relación entre el hecho dañoso y el trabajo, podría ser el debut de los síntomas cardíacos en momento previo a su manifestación o intensificación en tiempo y lugar de trabajo, o la existencia de antecedentes médicos relevantes que permitan considerar que la crisis coronaria habría comparecido en cualquier caso con independencia del trabajo desarrollado al tiempo de producirse.

Y a este respecto, nuestra Jurisprudencia también identifica criterios con carácter general, que son utilizados por el laboralismo, tanto desde enfoques teóricos, como desde la resolución práctica del supuesto concreto; en efecto, la presunción de laboralidad “no se destruye por el simple hecho de haber padecido molestias en momentos o fechas anteriores al infarto” (SSTS 18 de diciembre de 2013, Rec. 726/2013; y 8 de marzo de 2016, Rec. 644/2015), ni decae como consecuencia de que el trabajador afectado por la lesión cardiovascular tuviera antecedentes de tipo cardíaco o coronario, o de tabaquismo o hiperlipemia (SSTS 20 de octubre de 2009, Rec. 1810/2008; 26 de abril de 2016, Rec. 2108/2014). De esta forma, producido el infarto en tiempo y lugar de trabajo, ni siquiera el hecho de presentar “episodios de dolor centro-torácico desde tres semanas antes de que debutara el infarto” sirve para desvirtuar la presunción, (STS 7 de septiembre de 2022, Rec. 2047/2019) ya que “el elemento clave para la determinación de la contingencia no es que el trabajo sea la causa de la enfermedad cardíaca, sino que tenga incidencia causal en la aparición de la crisis que conduce a la incapacidad temporal, presumiéndose que concurre ese nexo causal cuando el infarto se manifiesta en tiempo y lugar de trabajo”.

El caso cuyo comentario nos concierne podría encajar, a priori, en los contornos de esta última resolución, motivo por el que el Tribunal, reunido en Pleno, ha tenido que definir bien cuáles son los “criterios de ruptura”, en este caso, de la presunción. Básicamente, se hace hincapié en que el día anterior, domingo, el trabajador consultó en su centro de salud por cuadro de molestias centro-torácicas, desoyendo la prescripción que allí le hicieron de acudir al hospital, y que no ha quedado acreditado que, al día siguiente, durante el tiempo y lugar de trabajo, realizase ningún esfuerzo excepcional, más allá de las labores “ordinarias”.

Hechos, los últimamente descritos, que deberían haber impuesto una “lectura jurídica” que no advirtió el TSJ Andalucía, y que sí destaca el TS. En concreto, el Alto Tribunal encuentra, en las propias sentencias utilizadas por la sentencia recurrida en casación para confirmar la laboralidad, un elemento que no concurre en el caso de autos, y que, a diferencia de lo interpretado por el órgano de suplicación sevillano, impide aplicar la presunción de accidente de trabajo: para que el infarto de miocardio iniciado con anterioridad a la prestación de servicios se beneficie de la presunción del artículo 156.3 LGSS, es preciso que durante el tiempo y en lugar de trabajo los síntomas se agraven o intensifiquen, de manera que pueda concluirse que el trabajo es el factor determinante o desencadenante de la crisis.

Y ese factor “determinante” del trabajo que se realizaba al tiempo de producirse la crisis cardíaca, si estaría presente en las tres resoluciones con las que el TSJ andaluz habría apuntalado su decisión, sin percatarse de que en el caso que estaba resolviendo, tal influencia del trabajo no constaba acreditada. En concreto, en la STS de 8 de marzo de 2016 se hace una referencia al trabajo como “factor

desencadenante” de la crisis, al tiempo que se cita el art. 156.2 f) LGSS (precepto que hace referencia a las enfermedades que se “agraven” como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente); y en la de 5 de abril de 2018, textualmente se señala: “agravándose la sintomatología al día siguiente mientras prestaba servicios”.

Este matiz (la influencia del trabajo concreto realizado el día 25 en el desencadenamiento de la crisis) es el que la Sala IV considera ausente en el caso de autos, invalidando el pronunciamiento recurrido en casación.

VII. Parte dispositiva

La Sala IV acuerda:

1. Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Mutual Midat Cyclops, Mutua Colaboradora de la Seguridad Social.
2. Casar y anular la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, 401/2022, de 14 de febrero (Rec. 1230/2020).
3. Resolver el debate de suplicación en el sentido de desestimar el recurso de tal clase y declarar la firmeza de la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Cádiz 170/2019, de 20 de mayo (autos 576/2017).
4. No imponer costas. Con devolución del depósito constituido para recurrir.

VIII. Pasajes decisivos

Tres son los pasajes decisivos de la resolución comentada, que encontramos en el Fundamento de Derecho Tercero, y a los que damos título:

- Necesaria agravación o intensificación de los síntomas a causa del trabajo, cuando los síntomas del infarto se inician con anterioridad a la prestación de servicios.

Para que en el supuesto de infarto de miocardio iniciado con anterioridad a la prestación de servicios opere la presunción de accidente de trabajo del artículo 156.3 LGSS, se requiere que durante el tiempo y en lugar de trabajo los síntomas se agraven o intensifiquen, de manera que pueda concluirse que el trabajo es el factor determinante o desencadenante de la crisis. Y el caso es que no podemos compartir que esa intensificación ocurriera en el presente supuesto, como sin embargo afirma la sentencia recurrida, ni que el trabajo fuere el factor desencadenante de la crisis.

En consecuencia, en el presente caso, es obligado partir de que el trabajador estaba efectuando, durante el tiempo y en el lugar de trabajo, su trabajo ordinario, sin que se encontrara realizando ningún exceso de esfuerzo ni un trabajo más intenso de lo normal.

- La incidencia de la conducta imprudente (¿temeraria?) del trabajador

Si a lo anterior se añade que el trabajador acudió el domingo anterior al centro de salud y allí se le indicó que debía ir en ese momento al hospital acompañado de personal sanitario, lo que no hizo, la consecuencia de todo ello es que en el presente supuesto no puede operar la presunción de accidente de trabajo del artículo 156.3 LGSS. No es razonable concluir que el trabajo haya sido el “factor determinante o desencadenante” de la crisis cardíaca, como sin embargo exige nuestra jurisprudencia. El artículo 156.4.b) LGSS descarta que pueda considerarse como accidente laboral el que acaezca mediando imprudencia temeraria de la persona accidentada.

- Resumen de los elementos de ruptura de la presunción de laboralidad

La proximidad temporal entre la prescripción del Servicio Público de Salud y el momento en que se manifiesta el infarto; la ausencia de periodos de esfuerzo laboral entre una recomendación tan seria como la del caso (que acuda al hospital, acompañado de personal sanitario) y el momento en que sobreviene la crisis

cardiovascular (pocas horas después, al iniciar la actividad laboral) entroncan también con esa previsión. Quien se desentiende de la indicación médica y acude a su trabajo está poniendo en grave riesgo su propia salud; desde luego, con ese modo de proceder aparece un hecho que, en unión de lo reseñado, contribuye a desvirtuar la presunción del artículo 156.3 LGSS.

IX. Comentario

Cualquier laboralista sabe lo complicado que resulta encontrar algún pronunciamiento judicial que descarte el carácter laboral de un episodio cardíaco, si el mismo se localiza en tiempo y lugar de trabajo. Ello es así porque, ante este tipo de patologías, la presunción del art. 156.3 LGSS es aplastante, no pudiendo excluirse la etiología laboral de una crisis en la que ha podido influir cualquier factor, físico o emocional. Fortaleza de una presunción que, tradicionalmente, aguanta bien los embates que, desde distintos flancos argumentativos, recibe de las Entidades colaboradoras (principales damnificadas de aquella construcción legal) en procesos judiciales donde se discute la contingencia determinante del proceso cardíaco.

Uno de ellos es relativizar la incidencia que ha tenido el trabajo en el evento coronario, magnificando la fragilidad de la salud de la persona accidentada, sus antecedentes médicos, la predisposición genética o sus malos hábitos, como factores coadyuvantes, argumentos estos que, como decimos, rara vez consiguen neutralizar la presunción. Por eso es interesante comentar una sentencia que, contrariamente a lo indicado, sí logra desactivarla, utilizando un argumentario que, como hemos visto, no está exento de matices.

Con la resolución analizada, el Pleno de la Sala considera la posible aplicación de la presunción de laboralidad, pero enseguida aprecia su debilidad en un supuesto en que, en este caso, el infarto de miocardio, se inicia en un momento previo al trabajo, supuesto en el que la presunción de laboralidad necesita, para continuar siendo aplicable, que el trabajo posterior se revele como desencadenante o agravante de la patología.

Derivadamente, la Sentencia, y por ello su resolución en Pleno, contribuye a aclarar la siempre compleja cuestión de qué circunstancias deben concurrir para que el infarto de miocardio pueda considerarse accidente laboral, ofreciendo criterios generales y reconocibles, al tiempo que apunta a la importancia de atender a las recomendaciones médicas, sugiriendo incluso la temeridad de la imprudencia de quien las desoye.

X. Apunte final

Al margen de la cuestión de fondo, también incorpora la Sentencia un elemento procesal que no pasa inadvertido: la importancia que tiene encuadrar, como (auténticos) hechos probados, aquellos cuya relevancia pueda ser elemento clave en la decisión judicial, ya que no operarán como tales, a la hora de confrontar pronunciamientos judiciales presuntamente similares, aquellas consideraciones fácticas insertadas impropriamente en la fundamentación jurídica, más aún si su contenido difiere o no coincide plenamente con otras consideraciones sí incorporadas al relato fáctico.

Nos referimos, es obvio, a la descripción del trabajo concreto que estaba desarrollando el día 25 de julio, en tiempo y lugar de trabajo, el trabajador cuyos síntomas coronarios debutaron el día anterior. A este respecto, si atendemos al *iter* procesal, observamos cómo el Juez de instancia, en los hechos probados de su sentencia, afirma que las tareas que estaba realizando el trabajador eran “las de preparación de material, así como el apoyo al oficial albañil en las tareas de alicatado y revestimiento de mortero en la obra”; y es, por ello, que concluye que el trabajador estaba realizando “faenas ordinarias” y no un “trabajo más fuerte de lo normal” ni un “exceso de esfuerzo”.

El recurso de suplicación intentó, por la vía del art. 193.b LRJS, incorporar al relato fáctico que el trabajador estaba “descargando material de solería”, revisión fáctica que fue expresamente rechazada por el TSJ quien razonó, además, que era al órgano de instancia al que correspondía en exclusiva la valoración del conjunto del material probatorio.

Sin embargo, y aquí está la “anomalía”, el TSJ, pese a haber rechazado de forma expresa la incorporación fáctica pretendida por el recurrente, viene a afirmar, en su fundamentación jurídica, que el trabajador estaba realizando “tareas de preparado de material para alicatado”, lo que supone “la de acarreo de azulejos de peso considerable”, manifestación de indudable peso fáctico.

Si el Tribunal había alcanzado dicha convicción fáctica, ¿por qué no completó el relato judicial con tal referencia?; ¿Acaso fue porque las labores sí reconocidas de preparación del material y asistencia en tareas de alicatado y revestimiento implican, de suyo, ese acarreo de materiales pesados?; Y si ello es así, ¿no debiera haberse apuntado la innecesariedad de la revisión fáctica, por ser aquel un dato implícito?; Si la influencia del trabajo realizado en aquel momento era decisiva para apreciar la laboralidad, ¿por qué no despejó todas las dudas el órgano de suplicación?

Ante la (al menos aparente) discrepancia entre lo afirmado por el hecho probado y lo “explicado” en el fundamento de derecho, el Tribunal Supremo aplica una solución formalista y restrictiva. Afirma: “Si, con base en el relato de hechos probados, la sentencia de instancia entiende que el trabajador estaba realizando “faenas ordinarias” y no un “trabajo más fuerte de lo normal” ni un “exceso de esfuerzo”, no cabe que, sin variar ese relato fáctico (y la sentencia recurrida rechazó expresamente hacerlo), se afirme que se estaban realizando otras tareas que suponían el acarreo de pesos considerables.

Dialécticamente, podríamos defender que descargar material de solería es una labor ordinaria de un albañil que asiste a su oficial, y que no es ni más fuerte de lo normal, ni implica un “exceso” de esfuerzo; es una labor de esfuerzo propia de un trabajador de la construcción, que encajaría en esa labor de apoyo al oficial, consistente en suministrar el material que necesita para alicatar.

No obstante, no es esa la visión del TS. Y de ella debemos extraer conclusiones todos los operadores jurídicos, singularmente los jueces, sobre aquello que debe o no formar parte del relato fáctico de la sentencia, pues, para la familia del fallecido debió ser desconcertante y difícil de asimilar que el acarreo de material pesado que, al parecer, le ocupaba al tiempo de producirse la crisis cardíaca, no se considerase un hecho del trabajo desencadenante o agravante de esta.

Al no incorporar la Sala de suplicación dicho elemento fáctico, la siempre difícil labor de la Mutua recurrente: acreditar la falta de relación entre la lesión padecida y el trabajo realizado, se atenuó considerablemente.

- § 20 El permiso retribuido por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización de un familiar [artículo 37.3.b) ET]. ¿La persona trabajadora debe acreditar su condición de conviviente o de cuidadora directa del familiar para poder disfrutar del permiso?

María Areta Martínez

Secretaria de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos

Resumen: El artículo 37.3.b) del Estatuto de los Trabajadores (ET) reconoce a la persona trabajadora un permiso retribuido de 5 días en caso de accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización de un familiar o de persona distinta del familiar con la que conviva en el mismo domicilio y requiera su cuidado. La SAN-SOC núm. 15/2025, de 31 de enero, declara que cuando el sujeto causante del permiso es un familiar, resulta nula la práctica empresarial que exige a la persona trabajadora acreditar requisitos adicionales que van más allá de la justificación del hecho causante y de la relación de parentesco (vínculo familiar). Concretamente, la Sala declara la nulidad de la práctica empresarial que exige a la persona trabajadora acreditar la convivencia con el familiar o la condición de cuidador efectivo del familiar para poder disfrutar del permiso.

Palabras clave: Permiso retribuido por accidente o enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización de un familiar. Sujeto causante del permiso. Hecho causante del permiso.

I. Introducción

Las páginas que siguen a continuación tienen por objeto comentar los Antecedentes de Hecho, los Fundamentos de Derecho y el Fallo de la SAN-SOC núm. 15/2025, de 31 de enero (ECLI:ES:AN:2025:99), que resuelve demanda de conflicto colectivo interpuesta por los sindicatos USO, CC.OO., UGT y CGT contra la empresa Serveo Servicios SAU. La demanda insta que se declare la nulidad de la práctica empresarial que, a efectos del disfrute de los permisos del artículo 37.3.b) del ET causados por un familiar, exige a la persona trabajadora acreditar cualquier requisito adicional distinto al de la relación de parentesco (vínculo familiar) y la justificación del hecho causante.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 15/2025, de 31 de enero.

Tipo y número de procedimiento: procedimiento de conflicto colectivo núm. 378/2024.

ECLI:ES:AN:2025:99

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Gallo Llanos.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El artículo 37.3.b) del ET reconoce a la persona trabajadora el derecho a un permiso retribuido de 5 días por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que requiera reposo domiciliario del sujeto causante. El sujeto causante del permiso puede ser:

- Un familiar. A tal efecto se entiende por familiar de la persona trabajadora: 1) cónyuge, 2) pareja de hecho, 3) parientes hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad y 4) familiar consanguíneo de la pareja de hecho.
- Una persona distinta del familiar siempre que: 1) conviva con la persona trabajadora en el mismo domicilio y 2) requiera el cuidado efectivo de la persona trabajadora.

Las personas trabajadoras afectadas por el presente conflicto colectivo se rigen por el Convenio Colectivo de la empresa Serveo Servicios SAU (Código de convenio núm. 90102871012018), cuyo artículo 69.4 reproduce el tenor literal del artículo 37.3.b) del ET, sin precisar ningún aspecto adicional en orden al disfrute del permiso.

La cuestión de fondo consiste en determinar si en orden al disfrute de los permisos del artículo 37.3.b) del ET causados por un familiar, la empresa puede exigir a la persona trabajadora acreditar en todo caso la condición de conviviente o de cuidadora personal del familiar.

IV. Posiciones de las partes

1. La parte demandante (sindicatos)

Los sindicatos demandantes (USO, CC.OO., UGT y CGT) instan la nulidad de la práctica empresarial que exige a la persona trabajadora acreditar su condición de conviviente o de cuidadora efectiva del familiar que causa derecho a los permisos del artículo 37.3.b) del ET. Los sindicatos demandantes sostienen que la práctica empresarial impugnada vulnera la interpretación gramatical del artículo 37.3.b) del ET, la finalista con arreglo a la Directiva 2019/1158, la histórica, citando el anteproyecto de Ley de Familias, y la sociológica del precepto estatutario en cuestión.

2. La parte demandada (empresa)

La empresa demandada (Serveo Servicios, SAU) se opone a la demanda, justificando su proceder en los numerosos permisos que vienen solicitándose en relación con la enfermedad, el accidente y la hospitalización de familiares, y las fundadas sospechas de que las personas trabajadoras no los utilizan para el fin previsto, que es el cuidado del familiar.

V. Normativa aplicable al caso

La SAN-SOC núm. 15/2025, de 31 de enero, fundamenta el Fallo en la normativa siguiente:

- Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida

profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo (DO Serie L núm. 188, de 12 julio 2019):

- Artículo 3.1.c), que define el “permiso para cuidadores” en los términos siguientes: *Ausencia del trabajo a la que pueden acogerse los trabajadores a fin de prestar cuidados o ayuda personales a un familiar o a una persona que viva en el mismo hogar que el trabajador y que necesite asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave, conforme a lo definido por cada Estado miembro.*
- Artículo 6, referido al permiso para cuidadores: *1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que cada trabajador tenga derecho a disfrutar de un permiso para cuidadores de cinco días laborables al año por trabajador. Los Estados miembros podrán fijar los detalles adicionales relativos al ámbito de aplicación del permiso para cuidadores y a sus condiciones de conformidad con la legislación o los usos nacionales. El ejercicio de este derecho podrá estar supeditado a su adecuada justificación con arreglo a la legislación o usos nacionales. 2. Los Estados miembros podrán distribuir los permisos para cuidadores sobre la base de periodos de un año, por persona necesitada de asistencia o apoyo, o por caso.*
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE núm. 71, de 23 marzo 2007). Artículo 4, referido a la integración del principio de igualdad de trato 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.*
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) (BOE núm. 255, de 24 octubre 2015). Artículo 37.3.b), cuyo tenor literal es el siguiente: *La persona trabajadora, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente: Cinco días por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario del cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, incluido el familiar consanguíneo de la pareja de hecho, así como de cualquier otra persona distinta de las anteriores, que conviva con la persona trabajadora en el mismo domicilio y que requiera el cuidado efectivo de aquella.*
- Convenio Colectivo de Serveo Servicios, SAU, y los trabajadores adscritos al servicio de restauración y atención a bordo de los trenes (Código convenio núm. 90102871012018) (BOE núm. 222, de 13 septiembre 2024). Artículo 69.4: *Las personas trabajadoras afectados por el presente convenio, advirtiéndolo con la antelación que permita la causa que lo motiva, podrán faltar o ausentarse del trabajo con derecho a remuneración, por alguno de los motivos que a continuación se exponen y por el tiempo que se indica: Cinco días por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario del cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, incluido el familiar*

consanguíneo de la pareja a de hecho, así como de cualquier otra persona distinta de las anteriores, que conviva con la persona trabajadora en el mismo domicilio y que requiera el cuidado efectivo de aquella. En caso de enfermedad grave de familiar en primer grado de consanguinidad o afinidad, se podrá solicitar un permiso adicional, no retribuido, con los mismos criterios que los establecidos en el artículo 84 sobre licencia sin sueldo.

VI. Doctrina básica

La SAN-SOC núm. 15/2025, de 31 de enero, declara que cuando el sujeto causante de los permisos del artículo 37.3.b) del ET es un familiar, resulta nula la práctica empresarial que consiste en exigir a la persona trabajadora acreditar requisitos adicionales más allá de la relación de parentesco (vínculo familiar) y la justificación del hecho causante. En este sentido, resulta nula la práctica empresarial consistente en exigir a la persona trabajadora que acredite la convivencia con el familiar o el carácter de cuidadora principal del familiar.

La SAN-SOC núm. 15/2025, de 31 de enero, realiza una profusa interpretación (literal o gramatical, histórica, finalista y sociológica) del artículo 37.3.b) del ET, añadiendo dos ideas:

- **Primera idea: la convivencia y la condición de cuidador principal como requisitos para disfrutar de los permisos del artículo 37.3.b) del ET resultan exigibles a la persona trabajadora cuando el sujeto causante no es un familiar.** La Sala declara que del tenor literal del artículo 37.3.b) del ET se desprende que la convivencia y la condición de cuidador principal solo resultan exigibles a la persona trabajadora cuando el sujeto causante del permiso no es un familiar; dicho de otro modo: la condición de conviviente y de cuidador principal no son exigibles a la persona trabajadora cuando el sujeto causante del permiso es un familiar.
- **Segunda idea: el artículo 37.3.b) del ET ha de interpretarse con perspectiva de género.** La Sala declara que cualquier duda interpretativa del artículo 37.3.b) del ET ha de resolverse efectuando un enjuiciamiento con perspectiva de género, ex artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, y ello es así porque los permisos vinculados a cuidados de familiares y convivientes son ejercitados mayoritariamente por mujeres. Ha de efectuarse una interpretación del artículo 37.3.b) del ET lo más flexible posible, favoreciendo con ello que los hombres hagan uso del permiso con la consiguiente asunción del rol de cuidador.

VII. Parte dispositiva

La Sala de lo Social de la AN estima la demanda de conflicto colectivo interpuesta por los sindicatos USO, CC.OO., UGT y CGT contra la empresa Serveo Servicios SAU, declarando la nulidad de la práctica empresarial consistente en exigir, en los permisos del artículo 37.3.b) del ET relativos al familiar de la persona trabajadora, cualquier requisito adicional distinto al de la relación de parentesco (vínculo familiar) y la justificación del hecho causante.

VIII. Comentario

1. La doctrina de la Sala de lo Social de la AN sobre el disfrute de los permisos retribuidos del artículo 37.3.b) del ET

La Sala de lo Social de la AN viene conformando una doctrina judicial relevante sobre el disfrute de los permisos retribuidos del artículo 37.3.b) del ET, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 5/2023, que entró en vigor el 30 de junio de 2023. La Sala ha dictado hasta la fecha seis sentencias sobre el tema, que son las siguientes:

- **SAN-SOC núm. 9/2024, de 25 de enero (ECLI:ES:AN:2024:54):** los días de disfrute del permiso son laborales y no naturales. Tal previsión constituye un mínimo de Derecho necesario relativo, susceptible de ser mejorado por convenio colectivo.
- **SAN-SOC núm. 101/2024, de 24 de julio (ECLI:ES:AN:2024:4220):** la persona trabajadora tiene derecho al disfrute íntegro (a seguir disfrutando) del permiso cuando, tras un ingreso hospitalario de duración inferior a 5 días, existe prescripción médica de reposo domiciliario. Por tanto, el alta hospitalaria del sujeto causante tras un ingreso inferior a 5 días no determina el fin del permiso si se ha prescrito el posterior reposo domiciliario.
- **SAN-SOC núm. 102/2024, de 12 de septiembre (ECLI:ES:AN:2024:4446):** a falta de previsión en convenio colectivo, el inicio del cómputo del permiso no tiene por qué coincidir obligatoriamente con el día del hecho causante (si este es laborable) ni con el primer día laborable siguiente al del hecho causante (si este no es laborable). A falta de previsión convencional, la persona trabajadora es quien ha de fijar el *dies a quo* del permiso en función de sus posibilidades de conciliación, y siempre que sea un día: 1) laborable, 2) a partir del hecho causante (no antes), y 3) en el que persista el hecho causante.
- **SAN-SOC núm. 15/2025, de 31 de enero (ECLI:ES:AN:2025:99):** cuando el sujeto causante del permiso es un familiar, la empresa no puede exigir a la persona trabajadora requisitos adicionales más allá de acreditar la relación de parentesco (vínculo familiar) y la justificación del hecho causante. En este sentido, resulta nula la práctica empresarial consistente en exigir a la persona trabajadora que acredite la convivencia con el familiar o el carácter de cuidadora principal del familiar.
- **SAN-SOC núm. 18/2025, de 6 de febrero (ECLI:ES:AN:2025:378):** la persona trabajadora tiene derecho al disfrute íntegro (a seguir disfrutando) del permiso cuando tras un ingreso hospitalario de duración inferior a 5 días, existe prescripción médica de reposo domiciliario. Reitera criterio recogido en SAN-SOC núm. 101/2024, de 24 de julio (ECLI:ES:AN:2024:4220)
- **SAN-SOC núm. 39/2025, de 7 de marzo (ECLI:ES:AN:2025:1024):** la práctica o decisión empresarial que limita el permiso a un máximo de 5 días al año es nula. La persona trabajadora tiene derecho a un permiso de 5 días cada vez que acontezca un nuevo hecho causante; dicho de otro modo: se reconoce el derecho a tantos permisos de 5 días cada uno como hechos causantes nuevos acontezcan a lo largo del año. Además, la sentencia reitera el criterio expresado en la SAN-SOC núm. 101/2024, de 24 de julio (ECLI:ES:AN:2024:4220), y en la SAN-SOC núm. 18/2025, de 6 de febrero (ECLI:ES:AN:2025:378), según el cual, la persona trabajadora tiene derecho a disfrutar el permiso íntegro (a seguir disfrutando del permiso) cuando tras un ingreso hospitalario de duración inferior a 5 días, existe una prescripción médica de reposo domiciliario.

2. Los requisitos para disfrutar los permisos del artículo 37.3.b) del ET varían según que el sujeto causante sea o no familiar de la persona trabajadora

El artículo 37.3.b) del ET reconoce a la persona trabajadora el derecho a un permiso retribuido de 5 días por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que requiera reposo domiciliario del sujeto causante.

Del tenor literal del artículo 37.3.b) del ET se desprende que el **sujeto causante del permiso** puede ser:

- **Un familiar.** A tal efecto es familiar de la persona trabajadora: 1) el cónyuge, 2) la pareja de hecho, 3) los parientes hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, y 4) el familiar consanguíneo de la pareja de hecho.
- **Una persona distinta del familiar** siempre que: 1) conviva con la persona trabajadora en el mismo domicilio, y 2) requiera el cuidado efectivo de la persona trabajadora. La doble condición de conviviente y cuidador efectivo resulta legalmente exigible a la persona trabajadora cuando el sujeto causante del permiso no es un familiar; dicho de otro modo: la doble condición de conviviente y cuidador efectivo no cabe exigirla a la persona trabajadora cuando el sujeto causante del permiso es un familiar.

El artículo 37.3.b) del ET no exige en todo caso la **condición de conviviente** a la persona trabajadora, sino solo cuando el sujeto causante no es familiar. Del tenor literal del precepto estatutario resulta claro que la persona trabajadora puede disfrutar del permiso aun cuando no conviva con el familiar que lo causa; es decir: la persona trabajadora no tiene que acreditar la condición de conviviente cuando el sujeto causante del permiso es un familiar.

En relación con la **condición de cuidador efectivo**, el artículo 37.3.b) del ET tampoco la exige en todo caso a la persona trabajadora, sino solo cuando el sujeto causante no es familiar. No obstante, cabe cuestionar si tiene sentido exigir a la persona trabajadora que acredite su condición de cuidador efectivo del sujeto causante porque el cuidado resulta inherente a la propia finalidad del permiso. El permiso del artículo 37.3.b) del ET se articula como un derecho laboral que la persona trabajadora puede ejercer para conciliar la vida personal y familiar con la vida laboral, siendo su finalidad última cuidar y atender las necesidades del sujeto causante, sea o no familiar.

Llegados a este punto conviene diferenciar entre los requisitos que la persona trabajadora tiene que acreditar para disfrutar del permiso y la finalidad del permiso. La persona trabajadora debe acreditar los requisitos para disfrutar del permiso, pero no que va a utilizarlo para el fin previsto. La persona trabajadora debe hacer un uso adecuado del permiso, ausentándose del trabajo con el fin de cuidar del sujeto causante, entendiendo el “cuidado” en sentido amplio. Sin embargo, la persona trabajadora no tiene la obligación legal de acreditar que va a utilizar o que está utilizando el permiso para tal fin.

El vigente artículo 37.3.b) del ET transpone al Ordenamiento jurídico interno español el “permiso de cuidadores” previsto en la Directiva (UE) 2019/1158, cuyo artículo 3.1.c) lo define como *ausencia del trabajo a la que pueden acogerse los trabajadores a fin de prestar cuidados o ayuda personales a un familiar o a una persona que viva en el mismo hogar que el trabajador y que necesite asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave, conforme a lo definido por cada Estado miembro*. La Directiva resulta clara al señalar que la necesidad de cuidado se predica de todo sujeto causante del permiso, sea o no familiar de la persona trabajadora. Además, la Directiva no concibe la necesidad de cuidado como requisito para disfrutar del permiso, sino como finalidad del mismo. En este sentido, la Directiva indica que la persona trabajadora podrá acogerse al permiso para (con el fin de) prestar: 1) cuidados o ayuda personales a un familiar o 2) asistencia o cuidados importantes a una persona conviviente que no es familiar.

Desde el máximo respeto y consideración hacia la encomiable labor del legislador, no parece que la técnica jurídica empleada para redactar el vigente artículo 37.3.b) del ET sea la más adecuada al exigir a la persona trabajadora que acredite su condición de cuidadora efectiva para disfrutar del permiso cuando el sujeto causante no es un familiar. Nótese que el cuidado del sujeto causante es inherente a la finalidad del

permiso y ha de estar presente en todo caso, independientemente de que el sujeto causante sea o no familiar. Tal vez se estén confundiendo los requisitos para disfrutar del permiso, que la persona trabajadora debe acreditar en todo caso, con la finalidad del permiso, que la persona trabajadora debe cumplir, pero no acreditar que la cumple. Las circunstancias que determinan el hecho causante del permiso (accidente o enfermedad graves, hospitalización, intervención quirúrgica sin hospitalización que requiere reposo domiciliario) ponen de manifiesto que el sujeto causante va a precisar la ayuda, la asistencia o el cuidado de otra persona, sea o no familiar. Por tanto, la sola concurrencia del hecho causante comporta la necesidad de cuidado, y la persona trabajadora hará uso del permiso con el fin de prestar al sujeto causante el cuidado que precise.

El análisis precedente conduce a las cinco conclusiones siguientes:

Primera conclusión: el hecho causante del permiso y su duración son los mismos cualquiera que sea el sujeto causante; es decir, independientemente de que el sujeto causante sea o no familiar de la persona trabajadora.

Segunda conclusión: la persona trabajadora debe acreditar en todo caso el hecho causante del permiso. El hecho causante que justifica el permiso lo conforma cualquiera de las cuatro circunstancias siguientes referidas al sujeto causante, sea o no familiar: 1) accidente grave, 2) enfermedad grave, 3) hospitalización o 4) intervención quirúrgica sin hospitalización que requiere reposo domiciliario.

Tercera conclusión: para poder disfrutar del permiso, la persona trabajadora debe acreditar, más allá del hecho causante, otros requisitos adicionales, que varían según que el sujeto causante sea o no familiar:

- El sujeto causante es familiar. La SAN-SOC núm. 15/2025, que ahora se comenta, hace referencia a la exigencia de acreditar la relación de parentesco entre la persona trabajadora y el sujeto causante del permiso. No obstante, la expresión “relación de parentesco” no engloba *stricto sensu* a todos los familiares que pueden causar derecho al permiso. En este sentido, dentro de la relación de parentesco quedan incluidos los familiares por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado, pero no: 1) el cónyuge (relación conyugal), 2) la pareja de hecho y 3) el familiar consanguíneo de la pareja de hecho. Por ello, tal vez resulte más acertado precisar la exigencia de que la persona trabajadora acredite, además de la justificación del hecho causante, el vínculo familiar con el sujeto causante, que incluye no solo el de parentesco, sino también el conyugal, el de pareja de hecho y el referida al familiar consanguíneo de la pareja de hecho (que se asimila al pariente por afinidad).
- El sujeto causante no es familiar. La persona trabajadora debe acreditar, además de la justificación del hecho causante, su condición de conviviente, es decir, que convive con el sujeto causante en el mismo domicilio.

Cuarta conclusión: una cosa es determinar los requisitos que debe acreditar la persona trabajadora para disfrutar del permiso, y otra distinta cómo acreditarlos. La norma jurídica no concreta los medios de prueba ni el modo de acreditar tanto el hecho causante como el vínculo familiar o la condición de conviviente según que el sujeto causante sea o no familiar de la persona trabajadora. Todo parece indicar que tales extremos se acreditarán mediante prueba documental, pudiendo aportar documentos muy variados. Por ejemplo, la convivencia puede demostrarse, entre otros, con alguno de los siguientes documentos: 1) el DNI (o TIE) de las personas convivientes (persona trabajadora y sujeto causante del permiso) o 2) certificado de empadronamiento conjunto expedido por el Ayuntamiento correspondiente al domicilio.

Quinta conclusión: el empresario puede adoptar medidas para prevenir el uso abusivo o fraudulento del permiso. No obstante, las medidas preventivas del fraude no pueden consistir en exigir a la persona trabajadora que acredite requisitos adicionales

más allá de la justificación del hecho causante y del vínculo familiar con el sujeto causante o la condición de conviviente si el sujeto causante no es familiar. Tal vez resulte oportuno que la empresa informe formalmente sobre el contenido y finalidad del permiso a la persona que lo solicita, quedando constancia de que esta ha sido debidamente informada sobre el uso adecuado del mismo. Tal vez merezca la pena analizar hasta qué punto la empresa puede exigir a la persona trabajadora que: 1) suscriba *ex ante* una declaración jurada en la que haga constar que el permiso se utilizará para el fin previsto o que no realizará durante el permiso ninguna actividad que impida el cuidado efectivo del sujeto causante; y/o 2) justifique *ex post*, de manera genérica y no pormenorizada, el uso del permiso. En cualquier caso, no hay que pasar por alto que la relación laboral se basa en la mutua confianza y el respeto de las partes, que también alcanza al ejercicio de los derechos laborales de conciliación de la vida familiar, personal y laboral.

3. Las consecuencias jurídicas que lleva aparejado el uso indebido (fraudulento) de los permisos del artículo 37.3.b) del ET

La Sala de lo Social de la AN viene insistiendo que: 1) el uso abusivo o fraudulento de los permisos no se presume y 2) el ordenamiento jurídico otorga a la empresa facultades para responder ante eventuales conductas abusivas o fraudulentas en el uso de los permisos.

En virtud de su facultad de vigilancia y control, la empresa puede comprobar si la persona trabajadora hace o no un uso adecuado del permiso, si utiliza o no el permiso para el fin previsto. El control empresarial del uso que las personas trabajadoras hacen de los permisos del artículo 37.3.b) del ET queda justificado por su carácter retribuido, por el hecho de que el disfrute del permiso comporta una ausencia al trabajo remunerada. Con todo, el control que la empresa haga sobre el uso de los permisos no es ilimitado; cabe entender que la empresa podrá ejercer dicho control de manera excepcional y restrictiva, cuando consten razones fundadas de que la persona trabajadora hace un uso abusivo o desviado del permiso para un fin distinto del cuidado del sujeto causante.

Llegados a este punto la cuestión pasa por determinar si, a la vista de las circunstancias del caso concreto, el uso indebido de los permisos del artículo 37.3.b) del ET es una conducta censurable por la empresa y, de serlo, si lo proporcional es fijar la sanción disciplinaria máxima, que es el despido, u otra en menor grado (teoría gradualista).

La empresa podrá ejercer su facultad disciplinaria si constata, a través de los medios de prueba habilitados en Derecho, que la persona trabajadora ha hecho un uso indebido (fraudulento) de los permisos retribuidos del artículo 37.3.b) del ET. La doctrina judicial ha llegado a admitir en algunos casos la procedencia de la sanción disciplinaria máxima (despido) por considerar que el uso indebido del permiso constituye una falta muy grave. En este sentido, la STSJ de Cataluña-SOC núm. 3691/2024, de 26 de junio (Recurso de suplicación núm. 581/2024. ECLI:ES:TSJCAT:2024:4677), confirma la procedencia del despido disciplinario de una trabajadora que solicitó un permiso de 5 días por estar su madre hospitalizada en Santiago de Compostela, y dedicó parte de los días de permiso a disfrutar de un viaje a las Islas Baleares. En este caso, el uso indebido del permiso comporta una transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza, que se acredita a través de las fotografías del viaje que la propia trabajadora publicó en la red social Instagram.

IX. Apunte final

A modo de apunte final merece la pena hacer referencia, siquiera sea breve, a la STS-SOC núm. 191/2025, de 7 de marzo (RCO núm. 5/2023. ECLI:ES:TS:2025:1014), que confirma y declara la firmeza de la STSJ del País Vasco-SOC núm. 2076/2022, de 18 de octubre (ECLI:ES:TSJPV:2022:3461). La Sala de lo Social del TSJ del País Vasco reconoce al personal afectado por el conflicto colectivo el derecho a disfrutar del

permiso retribuido por hospitalización de familiar en tanto que este precise reposo domiciliario tras el alta hospitalaria y así se acredite mediante el correspondiente *certificado de hospitalización*. Llegados a este punto surgen dos cuestiones:

Primera cuestión: ¿el permiso por hospitalización puede comenzar a disfrutarse tras el alta hospitalaria, estando el familiar en reposo domiciliario? La STS-SOC núm. 191/2025 deja claro que se trata de seguir disfrutando del permiso tras el alta hospitalaria, es decir, que el permiso se inició durante la hospitalización del familiar (hecho causante) y continúa durante el reposo domiciliario prescrito tras el alta hospitalaria. Sin embargo, la lectura y relectura de la pretensión formulada en la demanda y del fallo de la STSJ del País Vasco-SOC núm. 2076/2022 dan pie a pensar que el permiso puede iniciarse durante el reposo domiciliario prescrito tras el alta hospitalaria del familiar, lo cual comportaría la incorporación de un hecho causante *ex novo*, no previsto en el artículo 37.3.b) del ET ni en el convenio colectivo aplicable; a saber: la **necesidad de reposo domiciliario de familiar tras alta hospitalaria**, que es diferente de: 1) la hospitalización de familiar, con o sin intervención quirúrgica; y 2) la necesidad de reposo domiciliario de familiar tras intervención quirúrgica sin hospitalización. Cabe entender que el permiso por hospitalización: 1) comienza a disfrutarse en día laborable y mientras concurra el hecho causante, que es la hospitalización del familiar; y 2) puede seguir disfrutándose tras el alta hospitalaria si no se ha agotado su duración y se ha prescrito reposo domiciliario. Si la duración del permiso por hospitalización se agota durante el ingreso hospitalario, no cabe seguir disfrutándolo durante el reposo domiciliario prescrito tras el alta hospitalaria. Además, el disfrute del permiso por hospitalización no puede comenzar a disfrutarse durante el reposo domiciliario del familiar prescrito tras su alta hospitalaria, porque ha desaparecido el hecho causante, que es el ingreso hospitalario.

Segunda cuestión: ¿cómo se acredita la necesidad de reposo domiciliario tras el alta hospitalaria? La STSJ del País Vasco-SOC núm. 2076/2022, de 18 de octubre, manifiesta que para poder disfrutar del permiso, la necesidad de reposo domiciliario del familiar tras su alta hospitalaria debe acreditarse mediante *certificado de hospitalización* y no cabe presumir que existe por el solo hecho de que el familiar no haya recibido el alta médica; dicho de otro modo: la falta de alta médica no implica en todo caso la necesidad de reposo domiciliario del familiar tras su alta hospitalaria. La Sala de lo Social del TSJ del País Vasco menciona el *certificado de hospitalización* porque es el medio de prueba que señala el convenio colectivo aplicable. No obstante, conviene advertir que el *certificado de hospitalización* acredita *stricto sensu* el ingreso hospitalario y normalmente es emitido por personal administrativo. Nótese que la necesidad de reposo domiciliario debe ser prescrita expresamente por el facultativo y, por tanto, acreditada mediante certificado médico, que no es sinónimo de certificado de hospitalización. Tal vez, lo más adecuado hubiera sido indicar que el reposo domiciliario tras el alta hospitalaria: 1) no se presume por el solo hecho de que no haya alta médica, y 2) debe acreditarse mediante certificado médico (no mediante certificado de hospitalización) emitido por el facultativo que lo ha prescrito.

§ 21 Ponderación de la protección de datos personales y la propiedad intelectual y secreto comercial en la aplicación del derecho a conocer la lógica del algoritmo.

Pilar Rivas Vallejo

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona

Resumen: *El derecho a la información sobre el tratamiento automatizado de datos, equivalente a la información significativa, que comprende la lógica de su funcionamiento, y la importancia y consecuencias previstas para el tratamiento, incluyendo la realización de perfiles, puede venir limitado -no anulado- por el secreto comercial o propiedad intelectual de terceros. Tal derecho permite restringir el acceso a la información a autoridades administrativas o judiciales que puedan valorar el equilibrio entre ambos derechos y abran su acceso al interesado en caso de primar su derecho sobre el secreto comercial.*

Palabras clave: *Perfilación. Decisiones automatizadas. Derecho de información. Secreto comercial.*

Abstract: *The right to information about automated data processing, identified as "significant information", which includes the logic of its operation, and the importance and expected consequences for the processing, including profiling, may be limited - not annulled - by commercial secrets or intellectual property of third parties. This right restricts access to such information to administrative or judicial authorities that may assess the balance between both rights and then permit access to the interested party if their right to information takes precedence over commercial secrets.*

Keywords: *Profiling, automated decisions, right to information, commercial secrets.*

I. Introducción

La sentencia comentada resuelve el alcance del derecho de acceso a la información en caso de decisiones automatizadas y cómo resolver el conflicto entre dicho derecho y el del secreto comercial (o propiedad intelectual) que pueda proteger al sistema automatizado empleado y que afecte a terceros.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia de 27 de febrero de 2025.

Tipo y número recurso o procedimiento: asunto C-203/22, CK y Magistrat der Stadt Wien; petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Viena.

ECLI: EU:C:2025:117

Fuente: curia.europa.eu

Ponente: Excmo. S. D. von Danwitz

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión analizada en la sentencia comentada es la interpretación del derecho a la protección de datos personales en confluencia con la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas, en el contexto de la ejecución forzosa de una resolución judicial que ordena revelar información significativa sobre la lógica aplicada a la elaboración de un perfil. En particular, la evaluación crediticia de un consumidor (para hacer frente al pago mensual de diez euros derivado de un contrato de telefonía móvil) sobre la base de un sistema de evaluación predictivo acerca de su posible comportamiento futuro fundado en datos sociodemográficos y cuyo funcionamiento como alimentación del sistema automatizado empleado se negaba a revelar al afectado la empresa en cuestión, que tampoco motivó suficientemente tal negativa, según el tribunal remitente de la cuestión prejudicial. La cuestión planteada se dirige a la interpretación del alcance del derecho informativo que garantiza el art. 15.1 h) RGPD, en un doble sentido: a) si este incluye el derecho a verificar la exactitud de la información comunicada por el responsable del tratamiento, una vez que se produce el acceso a la misma y esta revela una discordancia entre inputs y outputs en la recomendación ofrecida por el sistema automatizado, y b) si resulta limitado por la excepción al derecho de acceso basada en el secreto comercial del art. 4.6 de la Directiva 2016/943, en cuyo caso el acceso debe garantizarse a la autoridad u órgano jurisdiccional para que solo estos realicen tal verificación.

Nos interesa la resolución en cuestión en el contexto laboral, en tanto, junto con la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 7/12/2023, asunto C-634/21, SCHUFA Holding y otros (Scoring), constituyen la primera jurisprudencia europea que analiza el acceso a la lógica de un algoritmo tras la aprobación del Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial, y en cuanto resulte extrapolable a un litigio laboral, aun cuando no se aplique, por razones temporales, el citado reglamento, sino el RGPD (arts. 15.1 h) y 22).

IV. Posición de las partes y planteamiento judicial

Mientras el demandante exige conocer y comprobar los datos de solvencia calculados por la empresa de telefonía que rechazó su contratación a partir de una evaluación realizada por terceros, el gobierno austriaco defiende la aplicación del art. 4.6 de la Ley de Protección de Datos austriaca, en tanto esta excluye el acceso del interesado a sus datos personales, previsto en el art. 15 del RGPD, en caso de perjudicar un secreto comercial o industrial, del responsable del tratamiento o de un tercero.

El tribunal remitente, Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Viena, plantea varias interesantes dudas en su cuestión prejudicial, con el fin de delimitar el alcance del derecho de acceso de los interesados al funcionamiento del sistema automatizado para realizar perfiles como parte del contenido del derecho garantizado por el art. 22.3 RGPD y el concepto de «información significativa», en orden a dar plenitud al derecho a impugnar decisiones automatizadas. Solicita que se interprete si tal significancia es equivalente o incluye los suficientes datos como para verificar la coherencia de la decisión automatizada con la información de entrada del sistema (correlación entre input y output), considerando que pueden existir datos de terceros cuyo acceso pueda permitirse a la autoridad administrativa o judicial y, por lo tanto, se

solicita, asimismo, respuesta sobre el alcance de los datos -anonimizados- que pueden compartirse con el solicitante y sobre aquellos integrados dentro de un secreto comercial. En definitiva, el tribunal vienés formula en su cuestión todas y cada una de las dudas que plantea el hipotético derecho a acceder libremente por los interesados al algoritmo empleado por un sistema de decisión automatizada, que sintetiza en la tensión entre los derechos derivados del RGPD y de la Directiva 2016/943, y dar solución al acceso a la información sin comprometer el secreto comercial, definiendo el contenido concreto de tal información en cada caso.

Se trata de un tema igualmente abordado por el propio tribunal en el asunto SCHUFA Holding y otros (Scoring), razón que motiva la suspensión (en fecha 8/12/2022) del procedimiento a la espera de resolución de dicho otro procedimiento, que tuvo lugar por sentencia de 7/12/2023, SCHUFA Holding y otros (Scoring) (C-634/21), planteada por el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Wiesbaden, y posterior reanudación del procedimiento el 14/2/2024, por considerar el remitente no respondidas todas las cuestiones planteadas. En dicha otra sentencia, que constituye base referencial de la que se comenta, el TJUE sostenía que la generación automatizada de un valor de probabilidad a partir de datos personales relativos a una persona cuya solvencia se trata de evaluar constituye una «decisión individual automatizada» en el sentido del art. 22 RGPD cuando tal estimación sea utilizada a efectos contractuales.

V. Normativa aplicable al caso

Arts. 15.1 h) y 22 del Reglamento (UE) 2016/679 (RGPD) y art. 2.1 de la Directiva (UE) 2016/943.

VI. Doctrina básica

La elaboración de perfiles (art. 4.4 RGPD) conlleva el derecho a la información sobre «la existencia de decisiones automatizadas... a que se refiere el artículo 22, apartados 1 y 4, y, al menos en tales casos, *información significativa* sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado» (art. 15.1 h) RGPD). El concepto de «significativa» exige una interpretación propia, pues el término empleado y su significado exacto difieren en cada traducción del reglamento, pero ambos tienen un sentido meramente complementario del general: toda información pertinente relativa al procedimiento y a los principios de explotación automatizada de datos personales con el fin de obtener un resultado determinado.

La *información significativa* puede comprender un amplio abanico de «lógicas» de explotación de *datos personales* (que, ex RGPD, se conciben como «toda información sobre una persona física identificada o identificable») y *no personales*, y, además, la lógica del algoritmo constituye solo una parte de la información a la que atañe el derecho de acceso previsto por dicho precepto, ya que este también se refiere a la información sobre la importancia y las consecuencias previstas del tratamiento en cuestión para el interesado.

En consecuencia, el derecho de acceso a tal información previsto en el art. 15.1 h) conforma un conjunto con las obligaciones adicionales de información impuestas a los responsables del tratamiento en virtud de los arts. 13.2 f) y 14.2 g) RGPD, según se afirma en la STJUE de 7/12/2023, SCHUFA Holding y otros (Scoring), C-634/21, de forma que la persona afectada por el mismo pueda exigir al responsable de este, en concepto de «información significativa sobre la lógica aplicada», una explicación exhaustiva del procedimiento y de los principios concretamente aplicados para explotar, de forma automatizada, sus datos personales con el fin de obtener un resultado determinado, como un perfil de solvencia (u otro tipo, v.gr. de adecuación a un puesto de trabajo).

El art. 15.4 RGPD, en relación con su considerando 63, limita el alcance de tal derecho en concordancia con los derechos y libertades de terceros, incluidos los secretos comerciales o la propiedad intelectual (art. 9 de la Directiva 2016/943) y, en

particular, los derechos de propiedad intelectual que protegen programas informáticos, que no pueden traducirse en la mera negativa a prestar toda la información al interesado por parte de la autoridad de control con acceso a la misma, pero, que, a su vez, restringen el acceso a ella a ciertas categorías de personas.

La ponderación entre ambos derechos e intereses implica garantizar el acceso a información protegida por el secreto comercial o la propiedad intelectual, si bien de forma que estos queden restringidos a un círculo específico de instituciones autorizadas, que actuarían como intermediarias entre ambos intereses para filtrar dicha información sin que esta tenga trascendencia hacia el público general o los interesados en particular. Esto implica que la autoridad administrativa o judicial puedan acceder directamente y sin restricciones a la información comprometida a los solos efectos de verificar la ponderación entre los dos intereses en juego y permitir la entrada a la información al interesado si el resultado de tal ponderación prima su derecho por encima del secreto comercial.

VII. Parte dispositiva

La sentencia resuelve que el art. 15.1 h) RGPD reconoce a quien resulte afectado por una decisión automatizada, incluida la elaboración de perfiles, en el sentido del art. 22.1, el derecho a exigir al responsable del tratamiento, como «información significativa sobre la lógica aplicada», que este le explique, mediante información pertinente y en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, el procedimiento y los principios aplicados para explotar, de forma automatizada, sus datos personales con el fin de obtener un resultado determinado, como un perfil de solvencia. Igualmente, que dicho derecho alcanza a datos de terceros protegidos o secretos comerciales definidos por el art. 2.1 de la Directiva 2016/943, si bien, en tal caso, esta información deberá ser facilitada a la autoridad de control o al órgano jurisdiccional competente, a los que corresponde ponderar los derechos e intereses en cuestión a efectos de determinar el alcance de su derecho de información.

VIII. Pasajes decisivos

«...el RGPD exige que el responsable del tratamiento ofrezca información significativa sobre la lógica aplicada a esta decisión, “no necesariamente una compleja explicación de los algoritmos utilizados o la revelación de todo el algoritmo”» (par. 60). «...la “información significativa sobre la lógica aplicada” a decisiones automatizadas, en el sentido del artículo 15, apartado 1, letra h), del RGPD, debe describir el procedimiento y los principios concretamente aplicados de tal manera que el interesado pueda comprender cuáles de sus datos personales se han utilizado y cómo se han utilizado en la adopción de la decisión automatizada en cuestión, sin que la complejidad de las operaciones que deban realizarse para la adopción de una decisión automatizada pueda exonerar al responsable del tratamiento de su deber de explicación» (par. 61).

«Habida cuenta de la necesidad de realizar tal determinación atendiendo a las circunstancias de cada caso, el artículo 15, apartado 1, letra h), del RGPD se opone, en particular, a la aplicación de una disposición ... que excluye, en principio, el derecho de acceso del interesado, previsto en el artículo 15 del RGPD, cuando dicho acceso comprometa un secreto comercial o un secreto empresarial del responsable del tratamiento o de un tercero» (par. 75).

«...en el supuesto de que el responsable del tratamiento considere que la información que ha de facilitarse al interesado ... incluye datos de terceros protegidos por dicho Reglamento o secretos comerciales, en el sentido del artículo 2, punto 1, de la Directiva 2016/943, ese responsable debe comunicar tal información supuestamente protegida a la autoridad de control o al órgano jurisdiccional competente, a los que corresponde ponderar los derechos e intereses en cuestión a efectos de determinar el alcance del derecho de acceso del interesado previsto en el artículo 15 del RGPD» (par. 76).

IX. Comentario

1. Alcance del art. 22.1 RGPD respecto de la perfílación con efectos contractuales

La STJUE de 7/12/2023, asunto SCHUFA Holding y otros (Scoring), C-634/21, vino a interpretar por primera vez si el concepto de «perfílación» personal con efectos contractuales se corresponde con el contenido del derecho regulado en el art. 22.1 RGPD (Reglamento 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016), a tenor del cual «todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar». Dada la imprecisión del precepto, que se refiere a decisiones con efectos jurídicos (o impacto significativo) generadas de forma *exclusivamente automatizada* empleando datos personales, en este asunto se pretende determinar si la automatización puede integrarse en un procedimiento aplicado por un tercero (en el contexto laboral, podría ser una empleadora) cuando una agencia de evaluación de solvencia (en el contexto laboral, podría extrapolarse a una agencia de colocación y/o de selección) le proporcione la citada información para tomar una decisión contractual (recuérdese que la STJUE de 12/1/2023, asunto C-154/21, RW/Österreichische Post AG, precisó que el derecho alcanza al conocimiento del *destino de los propios datos*). Tal cuestión parte de una disociación entre quien realiza la perfílación y quien la aplica a una persona que resulta afectada por una decisión de trascendencia jurídica como es el rechazo a suscribir un contrato. Y, teniendo en cuenta que el art. 22.1 no exige que el procedimiento íntegro implique a un único autor, se concluye su aplicación a procesos donde la evaluación la realiza un responsable de tratamiento de datos y es otro responsable quien la utiliza para decidir sobre una persona en concreto, puesto que la propia evaluación constituye, *per se*, una decisión automatizada. Ello implica, en el ámbito laboral, que, si una empresa utiliza un sistema de evaluación realizado por un tercero para adoptar decisiones que afectan a trabajadores, tal evaluación externa debe considerarse una decisión automatizada a los efectos del art. 22 RGPD. Por lo tanto, si una empresa utiliza métodos reputacionales basados en datos personales, v.gr. los conectados a evaluaciones de clientes, sean gestionados tales sistemas de forma interna por la empresa o lo sean por terceros, para evaluar a sus trabajadores, y de ello se derivan decisiones significativas como su propia permanencia en la empresa, la determinación de la cuantía de complementos salariales, el cálculo de la asignación de tareas, su promoción profesional o cualquier otra que, de acuerdo con el art. 41 ET, puedan calificarse como de sustanciales, se trataría de una decisión automatizada protegida por el art. 22 RGPD. De otro modo, por no hallarse dentro del margen aplicativo del RGPD, si el método automatizado no empleara datos personales, la norma aplicable no podría ser el RGPD, sino el Reglamento de Inteligencia Artificial 2024/1689, de 13 de junio (RIA), pues, conforme al art. 4.4 RGPD, la «elaboración de perfiles» se define como toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales «para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física».

En la sentencia SCHUFA Holding, el TJUE igualmente recordaba que el derecho de un Estado miembro es el que debe o no autorizar la adopción de decisiones basadas únicamente en tratamiento automatizado, conforme al art. 22.2 b), siempre que este cumpla con los requisitos previstos en los arts. 22.4 y 5 y 6, que constituyen, para los Estados miembros, derecho necesario absoluto respecto de los apartados 1 a), b) y f) (es decir, cabría modificar únicamente el requisito de que el tratamiento sea necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento, o de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento), como se entendió en la sentencia de 20/10/2022, asunto Digi, C-77/21. Los Estados miembros carecen, asimismo, de margen para modificar las exigencias descritas en la STJUE de 7/12/2023, Schufa Holding, asuntos C-26/22 y C-64/22, en particular, estableciendo el resultado de la

ponderación de los derechos e intereses en conflicto (STJUE de 19/10/2016, Breyer, C-582/14). Pero el órgano judicial nacional sí se encuentra facultado para verificar si existe base jurídica nacional a fin de autorizar la adopción de decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado de datos y si se cumplen los requisitos previstos en los arts. 22.2 b) y 4, 5 y 6 RGPD.

El Reglamento 2024/1689 (RIA) proporciona una regulación unitaria de los sistemas de IA por niveles de riesgos (inaceptable -art. 5-, alto riesgo -art. 6- y limitado o mínimo) para los derechos fundamentales y/o la salud, que nivela los límites a su uso, así como a su diseño y puesta en circulación en el territorio de la Unión Europea, sin centrarse en el empleo de datos, por lo que dispone respuestas también para sistemas no basados exclusivamente en datos o con alimentación principal por datos, lo que permite complementar la regulación prevista en el art. 22, si bien su reciente implantación priva de interpretaciones jurisprudenciales al alcance de las decisiones automatizadas a las que se refieren sendas resoluciones comentadas, que no aluden a su contenido. Pero debe tenerse en cuenta que dicho marco normativo altera sendos fallos, en cuanto no solo establece el «derecho a intervención humana» (en el sentido del art. 9 del Convenio 108+ o del art. 22 RGPD, que salva los casos en los que ello se requiera para celebración o ejecución de un contrato o exista consentimiento explícito), sino que, asimismo, prohíbe el uso de sistemas de IA para realizar perfiles basados en rasgos personales, pertenencia a colectivos sociales o explotar vulnerabilidades, como una situación social o económica específica, que provoquen un trato perjudicial o desfavorable, por cuanto su aplicación al caso enjuiciado obligaría a valorar si dicha afectación se produce como consecuencia de sistemas de este tipo, pues el propio art. 6 RIA incluye la evaluación de solvencia crediticia entre los elementos que permiten calificar al sistema como «de alto riesgo». Y lo cierto es que este examen eximiría tanto al TJUE como a los órganos judiciales nacionales de tal obligación de determinación de la afectación de derechos, considerando la previa evaluación de impacto (art. 29 RIA) a la que debe someterse su utilización (de considerarse un sistema de alto riesgo, pero no en caso contrario). En su lugar, estos habrían de valorar si se realizó tal estudio antes de ponerlo en funcionamiento, por una parte, y si, efectuado o no, el sistema es susceptible de provocar el riesgo anunciado, por otra parte (asimismo, si se ha garantizado a los afectados el acceso a la información previsto en los arts. 50 y ss. RIA).

2. Alcance del derecho de información sobre tratamientos automatizados

El art. 13 RIA delimita el alcance de la información que debe facilitarse a los afectados por tratamientos automatizados (a) fines del tratamiento al que se destinan los datos personales y la base jurídica del tratamiento, b) intereses legítimos del responsable, c) destinatarios o categorías de destinatarios de los datos, y d) información significativa sobre la lógica aplicada, y sobre la importancia y las consecuencias previstas del tratamiento para el interesado). En ausencia de dicha regulación y en el contexto aplicativo exclusivamente delimitado por el RGPD, la sentencia comentada profundiza en el concepto de «información significativa», en tanto esta da respuesta al contenido del derecho de acceso que garantiza el RGPD en sus arts. 15 y 22.3 y, en consecuencia, permite calibrar si el derecho ha sido o no satisfecho plenamente.

A tal efecto, sostiene que compartir la información técnica o matemática descriptora del algoritmo empleado o sobre el completo procedimiento computacional que da lugar al resultado cuestionado no satisface tal derecho, puesto que no «puede considerarse una explicación suficientemente concisa e inteligible» (par. 59), ya que (y como se afirmó ya en la STJUE, Infopaq International, C-5/08, Y Gran Sala, de 2/5/2012, SAS Institute Inc contra World Programming Ltd, no consiste en revelar códigos, sino en hacer inteligibles los parámetros y criterios de las decisiones que se toman), «...el RGPD exige que el responsable del tratamiento ofrezca información significativa sobre la lógica aplicada a esta decisión, “no necesariamente una compleja explicación de los algoritmos utilizados o la revelación de todo el algoritmo”» (par. 60). Por el contrario, concluye, el art. 15.1 h) exige que se traslade al interesado la

descripción del procedimiento «y los principios concretamente aplicados, de tal manera que ... pueda comprender cuáles de sus datos personales se han utilizado y cómo se han utilizado en la adopción de la decisión automatizada». En definitiva, el TJUE parece identificar el concepto de «información significativa» como la relación entre los datos concretos utilizados por el sistema y su relación con la decisión adoptada (exactamente en el mismo sentido que el RIA, que la refiere a la lógica aplicada por el sistema automatizado (o razonamiento subyacente, según art. 9.1 Convenio 108+), exigiendo que se indique la importancia del tratamiento en relación con la producción de la decisión automatizada o el papel que los datos personales tienen en la generación de esta decisión y qué consecuencias se derivan de la decisión automatizada). En otras palabras, el peso y correlación de tales datos con el resultado al que se han aplicado, v.gr., si su edad, procedencia, sexo,... han tenido influencia y en qué grado en la decisión adoptada. En el caso analizado por la resolución comentada, qué hechos o circunstancias se han considerado negativas para valorar su falta de solvencia y rechazar su solicitud de contrato de servicio. Pues, en efecto, conocer el centro de gravedad de una decisión permite impugnarla con mayores probabilidades de éxito, al poder orientar la argumentación pertinente en función de la motivación de la decisión que se combate, y, en supuestos de decisiones discriminatorias, partir del indicio necesario no solo para centrar el debate, sino incluso para repartir la carga probatoria y activar las garantías procesales que deben desplegarse para la tutela del derecho vulnerado.

Con carácter previo al acceso al procedimiento descrito, el art. 15.1 h) RGPD garantiza la autocomprobación de la veracidad o exactitud de los datos utilizados para generar el resultado cuestionado, derecho que el tribunal concibe como parte integrante del art. 15.1 en su inicio introductorio, que reza «el interesado tendrá derecho a obtener del responsable del tratamiento confirmación de si se están tratando o no datos personales que le conciernen», lo que implica que el TJUE asocia a la idea de *saber si se están o no tratando los propios datos personales* la de *verificar la exactitud de tales datos* («el derecho de acceso a dichos datos no resulta de la letra h) del apartado 1 del artículo 15 del RGPD, sino de la frase introductoria del mismo apartado, que garantiza que el interesado pueda cerciorarse de la exactitud de esos datos» -par. 63-), en sintonía con el art. 8.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (derecho de acceso y *de rectificación* de los datos que le conciernan). De suerte que, aunque la dicción literal solo reconozca el derecho a saber que los datos personales han sido objeto de tratamiento, la interpretación del TJUE extiende un derecho que se resuelve en términos binómicos (sí/no han sido tratados) a un contenido que incluye conocer qué datos concretos se han tratado y si estos son veraces (v.gr., en el caso analizado, «no es cierto que no pagué el seguro X», «no es cierto que no pagué la cuota a la compañía X»...).

Por otra parte, se precisa que la complejidad del proceso decisional impugnado no puede erigirse en obstáculo a la efectividad del derecho de acceso a la información (par. 61). De otro modo, la propia interposición de mecanismos automatizados basados en el uso de inteligencia artificial podría deteriorar el panorama de garantías previamente derivado del RGPD y del conjunto normativo que garantiza la eficacia de los derechos fundamentales, así como de los derechos de los ciudadanos.

Del mismo modo, y aunque la norma no haya sido referenciada hermenéuticamente en la resolución analizada, ha de considerarse la dicción del art. 13.1 RIA en la interpretación del alcance del derecho de información en cuestión, que garantiza explícitamente que tanto proveedor como usuario (ambas, empresas) puedan interpretar la información de salida del sistema de IA de alto riesgo (*principio de transparencia*), a fin de hacer efectivo el derecho informativo de la persona afectada y, en definitiva, a que se motiven las decisiones que le afectan, o *derecho de explicabilidad* (ex art. 13.2 f) RGPD), para poder conocer el papel del sistema de IA en el procedimiento de adopción de decisiones, los parámetros principales de la decisión y los datos de entrada, incluyendo los conjuntos de datos.

3. Secretos comerciales como obstáculo al derecho a la información y ponderación judicial o administrativa

Tanto la Directiva 2016/94 como los considerandos 107 y 167, así como el art. 25.5, 52.6, 78 o 101 RIA, garantizan la protección de los secretos comerciales y la propiedad intelectual, y restringen el acceso a estos a la información estrictamente necesaria a las autoridades implicadas en la aplicación del derecho de la UE. No obstante, el art. 5 de la citada directiva prevé diversas salvedades a la protección íntegra de tal derecho, entre las que se encuentran dos de especial interés a los efectos tratados: c) cuando los trabajadores lo hayan puesto en conocimiento de sus representantes en el marco del ejercicio legítimo de sus funciones, siempre que tal revelación fuera necesaria para ese ejercicio (previsión contenida también en el art. 2.c) de la Ley 1/2019, de Secretos Empresariales), y d) con el fin de proteger un interés legítimo reconocido por el derecho nacional o de la UE.

En caso de conflicto entre el ejercicio del derecho de acceso pleno a los datos personales y los derechos o libertades de otros (lo cual tendrá lugar cuando el responsable del tratamiento restrinja la información proporcionada por afectar a secretos comerciales o de propiedad intelectual), el TJUE afirma que será la autoridad administrativa o judicial quien pueda tener pleno acceso a tal información, por tanto, restringiendo el círculo de legitimados para conocerla, en garantía de los derechos protegidos por la Directiva 2016/94 (y por el deber de confidencialidad regulado en el art. 78.1 RIA, con las salvedades previstas en el art. 5 de la Directiva 2016/943). En virtud de tal legitimación, a dicha autoridad corresponderá efectuar una ponderación entre ambos derechos para, *siempre que sea posible*, optar por modalidades de comunicación de datos personales que no vulneren los derechos o libertades de otros, sin incurrir en la mera «negativa a prestar toda la información al interesado», de acuerdo con el considerando 63 RGPD y la STJUE de 4/5/2023, Österreichische Datenschutzbehörde y CRIF, C-487/21. El principio aludido tiene recepción específica en el derecho español, en el que se encuentra previsto en el art. 135.1 c) de la Ley de Propiedad Intelectual (RD leg. 1/1996, de 12 de abril) respecto de la propiedad de bases de datos, para autorizar su revelación en el contexto de un procedimiento administrativo o judicial, siempre y cuando esta no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular del derecho o que vaya en detrimento de la explotación normal del objeto protegido (art. 135.2).

Corresponde al órgano judicial, y previo acceso a la información íntegra solicitada por el interesado, ejecutar diversas acciones: a) detectar la contradicción entre ambos derechos, b) acceder a la información protegida, c) evaluar el contenido concreto al que debe conceder acceso y d) decidir qué modalidad de acceso a los datos permitir, de acuerdo con el principio de proporcionalidad.

A fin de ponderar con pleno conocimiento de causa los intereses en juego, un órgano jurisdiccional nacional puede considerar que se le deben comunicar datos personales de las partes o de terceros, respetando el principio de proporcionalidad, lo cual puede incluir la divulgación total o parcial a la parte contraria de los datos personales que le hayan sido comunicados, si se estima que tal divulgación resulta imprescindible para garantizar el disfrute efectivo de los derechos que el art. 47 de la Carta confiere a los justiciables (STJUE de 2/3/2023, Norra Stockholm Bygg, C-268/21), por tanto, más allá de lo previsto en el art. 5 de la Directiva 2016/943. Con arreglo al RIA, debe entenderse que recae sobre dicha autoridad el deber de confidencialidad, pero que este no se extiende al interesado, una vez determinada la prevalencia de su deber de información sobre el derecho al secreto comercial.

X. Apunte final

Finalmente, debe considerarse la garantía adicional proveniente del Convenio 108 para la protección de las personas respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (aprobada su ratificación, en interés de la Unión Europea, por los Estados miembros por Decisión 2019/682 del Consejo de 9 de abril de 2019) respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, cuyo art. 8, además de

conceder el derecho previsto en el art. 15 RGPD (acceso al fichero de datos de carácter personal que conciernan al interesado y su comunicación en forma inteligible), concreta el derecho a la rectificación de tales datos (se entiende, pues, que se trata del derecho a comprobar la corrección de tales datos), ampliado en el art. 9.1, apartados b) y c) («conocimiento del razonamiento subyacente al tratamiento de datos cuando los resultados de dicho tratamiento se le aplicaren»), así como del apartado d) («oponerse en cualquier momento, por fundamentos relacionados con su situación, al tratamiento de datos personales que lo involucren, salvo si el responsable del tratamiento demostrara fundamentos legítimos para el tratamiento superiores a sus intereses o derechos o libertades fundamentales») del Protocolo de Enmienda de 2018 (Convenio núm. 223 del Consejo de Europa).

Asimismo, la que prevé el art. 9 del citado Protocolo de 2018: el derecho a no sujetarse a una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado de datos que pueda afectarle significativamente «sin considerar sus opiniones» (derecho de audiencia previa), incluso con «la asistencia de una autoridad de control» (art. 9.1 g), salvo que la decisión haya sido autorizada por una ley a la cual esté sujeto el responsable del tratamiento (en el caso analizado, si la información crediticia debe obtenerse necesariamente por la entidad responsable). Excepción esta última que no cabría admitir en el ámbito de un contrato de trabajo, salvo que se dispusiera legislativamente algún deber empresarial de tratamiento automatizado de datos, por lo que del convenio citado se desprendería el deber empresarial de consultar previamente a la persona interesada (v.gr. decisión relativa a contratación, terminación del contrato, adopción de modificaciones u otras decisiones de carácter «sustancial» en el sentido del art. 41 ET adoptada por un sistema automatizado basado en datos).

§ 22 ¿Desde cuándo obliga la presencia equilibrada a los Colegios Profesionales?

Antonio V. Sempere Navarro

Director de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Universidad (s.e.)

Resumen: La STS-CONT 1707/2024 considera que la Ley Orgánica de igualdad (2007) imponía la presencia equilibrada de mujeres y hombres a la hora de confeccionar las candidaturas para Juntas Directivas de Colegios Notariales. Lo decide sobre la base de sus mandatos de no discriminación, la obligatoriedad de los contenidos para todos los poderes públicos y la consideración de que estos Colegios ejercen funciones públicas en sentido amplio. Los hechos litigiosos datan de 2020, pero la sentencia nace poco después de haberse dictado la Ley Orgánica 2/2024 de representación paritaria que extiende la exigencia de presencia equilibrada a los Colegios Profesionales. Pese a que la sentencia comentada menciona esta norma, no reflexiona al respecto y permanece cierta duda acerca de si la solución dada por ella era trasladable a todo Colegio Profesional.

Palabras clave: No discriminación. Presencia equilibrada. Candidaturas. Colegio Profesional. Notariado.

Abstract: The STS-CONT 1707/2024 considers that the Organic Law on Equality (2007) imposed the balanced presence of women and men when preparing candidacies for Boards of Directors of Notarial Associations. It decides on the basis of its mandates of non-discrimination, the obligatory nature of the content for all public authorities and the consideration that these Colleges exercise public functions in the broad sense. The disputed facts date back to 2020, but the judgment came shortly after the issuance of Organic Law 2/2024 on equal representation, which extends the requirement of balanced presence to Professional Associations. Despite the fact that the judgment mentioned mentions this rule, it does not reflect on it and there remains some doubt as to whether the solution given by it was transferable to all Professional Associations.

Keywords: Non-discrimination. Balanced presence. Candidacies. Professional Association. Notaries.

I. Introducción

La cuestión debatida estriba en determinar si la exigencia de "presencia o composición equilibrada" de mujeres y hombres efectuada por la DA Primera de la Ley Orgánica 3/2007 (LOI) dirigida a los poderes públicos sin excepción, se proyecta igualmente a las elecciones de los Colegios Notariales.

Se trata de una sentencia más relevante de lo que aparenta porque, siendo los términos de la LOI ambiguos, la Sala de lo Contencioso opta por realizar una interpretación sistemática y decidida acerca de su alcance. Digamos que eso les hace transitar desde la admonición a la imperatividad.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sala de cinco componentes).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 1707/2024, de 30 de octubre.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de casación contencioso-administrativo núm. 6242/2022.

ECLI:ES:TS:2024:5359.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. El trasfondo fáctico

A fin de renovar su Junta Directiva, el Colegio Notarial del País Vasco (CNPV) convocó elecciones en 2020 y acabó concurriendo una sola candidatura compuesta por cinco hombres y dos mujeres.

La web del Consejo General del Notariado (CGN) publicó esa lista electoral (2 octubre) y un Colegiado de Bilbao la impugnó (5 octubre) por considerar que desconocía la previsión de la LO 3/2007 (composición paritaria) en concordancia con preceptos constitucionales (art. 9.3 y 14) y que debía anularse.

Con fecha 9 de octubre de 2020, el CGN desestimó la referida impugnación.

2. Sentencia de instancia

Mediante su sentencia de 25 de mayo de 2022, la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid estimó en parte el recurso (180/202) que había interpuesto el mencionado Colegiado y ordenó la convocatoria de nuevas elecciones que respetaran el porcentaje recogido en la LOI. Sus núcleos argumentales son los siguientes:

A) Descarta la falta de legitimación pasiva o a la indebida personación del CGN pues está legitimado pasivamente, por cuanto es la entidad que dicta el Acuerdo impugnado y, dadas sus funciones^[1], no es necesario que adopte un Acuerdo en Pleno para comparecer pues corresponde al Presidente ostentar la representación legal de éste, y, entre otras, comparecer en juicio por sí o por medio de Procuradores.

B) Los artículos 9 y 14 CE son el soporte del principio de composición equilibrada. Ello concuerda con recientes textos internacionales en la materia y avanza en la mejora de la calidad de nuestra propia democracia.

C) La STS-CONT 1272/2020 ha razonado respecto de la DA 1ª LOI y el art. 53 afirmando que el desconocimiento de su mandato puede determinar la nulidad del proceso selectivo o de alguno de los actos dictados en el mismo. Todos los tribunales y órganos de selección del personal de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella responderán al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres, salvo por razones fundadas y objetivas,

debidamente motivadas. No se trata de principios programáticos sino de verdaderos mandatos.

D) El art. 14.4 LOI establece como uno de los deberes de los poderes públicos establecer la participación equilibrada de mujeres y hombres en las candidaturas electorales y en la toma de decisiones.

E) El art 48.1 de la Ley 39/2015 dispone que son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.

3. Recursos de casación

Tanto el CGN cuanto el CNPV interpusieron recurso de casación frente a la sentencia mencionada.

4. Auto de admisión

Mediante su Auto de 10 noviembre de 2022 (rectificado por otro de 26 enero posterior) el TS^[2] admitió el recurso preparado por el CGN y el CNPV, por considerar que concurre interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia.

Como normas objeto de interpretación aparecen señaladas dos de la LOI: su artículo 14.4 y la DA 1ª, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras cuestiones o normas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso.

IV. Posición de las partes

1. Consejo General del Notariado

El CGN, recurrente, sostiene: 1º) Los preceptos de la LOI sobre presencia equilibrada no son aplicables a las elecciones convocadas para elegir las Juntas Directivas de los Colegios de Notarios ni de ningún Colegio Profesional, dado que los mismos no tienen la condición de "Poderes Públicos". 2º) Esas reglas no poseen carácter absoluto sino que han de exigirse atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, pudiendo existir circunstancias fundadas y objetivas que hagan imposible el cumplimiento. 3º) En el caso es relevante el escaso número, proporcionalmente, del sexo menos representado en el cuerpo del Colegio Profesional respecto del número total de sus miembros, así como el carácter absolutamente voluntario que tiene la participación de los colegiados en las candidaturas a las Juntas Directivas de los Colegios Profesionales. 4º) Las SSTS 1272/2020 y 964/2021 descartan que la inobservancia de esos principios implique necesariamente de manera automática la nulidad del acto, pudiendo existir razones fundadas y objetivas que impidan su cumplimiento.

2. Colegio Vasco del Notariado

Este segundo recurso de casación sostiene: 1º) Que la STS-CONT 1272/2020, sobre composición de tribunales en oposiciones, ha sido indebidamente aplicada al caso. 2º) No hay previsión equivalente al art. 60 EBEP que extienda la composición equilibrada a la conformación de las candidaturas a las elecciones colegiales. 3º) La LOI no modificó el régimen estatutario de la elección de los órganos de gobierno del Notariado, a diferencia de las modificaciones que se realizaron, entre otros extremos, en el régimen electoral general. 4º) Dado el número de notarios y notarias ejercientes en la Demarcación del País Vasco (91 varones y 39 notarias) se había respetado el principio de composición equilibrada dando lugar a una paridad efectiva y real, máxime apareciendo las dos mujeres en puestos de especial relevancia.

3. Abogacía del Estado

El Abogado del Estado ha comparecido en las actuaciones para manifestar que carece de postulación para intervenir, por lo que no puede considerarse parte recurrida al no haberse personado en este proceso.

4. Notario recurrido

En defensa de la solución acogida por la sentencia de instancia, el Colegiado expone: 1º) Los preceptos de la LOI reseñados son aplicables a las elecciones en Colegios Notariales, por su especial naturaleza jurídica. 2º) La composición equilibrada sólo puede ser objeto de excepción, conforme a la doctrina jurisprudencial, cuando concurren circunstancias que hagan imposible su cumplimiento, lo que no es el caso. 3º) Que no hay aquí circunstancia que impida su cumplimiento, por cuanto 39 notarias es un número más que suficiente.

V. Normativa aplicable al caso

1. Constitución

El artículo 9.2 CE legitima las acciones positivas^[3] y el 14 consagra la cláusula antidiscriminatoria^[4].

2. Ley Orgánica de Igualdad (LOI)

A) El artículo 1º de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres especifica el "Objeto de la Ley" para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria^[5].

B) El artículo 14.4 dispone que entre los criterios generales de actuación de los Poderes Públicos se encuentra el de participación equilibrada de mujeres y hombres en las candidaturas electorales y en la toma de decisiones.

C) Conforme a la DA Primera, *A los efectos de esta Ley, se entenderá por composición equilibrada la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento.*

3. Ley Orgánica 2/2024 de representación paritaria y presencia equilibrada

En su Capítulo VI la LO 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres, modifica la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales. Su artículo 15.2 pasa a replicar la necesidad de presencia equilibrada^[6].

VI. Doctrina básica

Son cuatro los núcleos principales a cuyo alrededor se construye la sentencia para extender al Colegio Notarial las exigencias que la LO 3/2007 impuso a poderes públicos respecto de presencia equilibrada.

1. El sentido de la Jurisprudencia previa

La tantas veces citada STS 1272/2020 considera que el art. 60.1 EBEP^[7] y el art. 53 LOI poseen contenido similar pues ambos admiten excepciones justificadas y objetivas y ninguno piensa en la exacta presencia por mitades de mujeres y hombres. Por otra parte, si un precepto legal que aplica un principio constitucional quiere que se tienda a un fin de esta naturaleza, eso significa que deberá actuarse en consecuencia salvo que motivos sustantivos no lo permitan. Esa aplicación ha de responder al principio de presencia equilibrada. No se trata de una opción, por lo que su incumplimiento debe suponer la invalidez de los actos correspondientes.

La definición de la DA Primera LOI (la relación 60%-40%) se extiende a todo el ámbito sobre el que se proyecta la norma.

2. Los colegios notariales son poderes públicos

A) No cabe ignorar ni eludir la doble naturaleza y condición indisociable de los Colegios Notariales: son Corporaciones de Derecho Público y Colegios Profesionales.

Debe atenderse a la posición institucional del Notariado, derivada del ejercicio de la función de fedatarios públicos del Estado, cuya misión es garantizar los principios constitucionales de seguridad jurídica y legalidad. Estamos ante la prestación del servicio público de relevancia constitucional en la dación de la fe pública en el tráfico jurídico. Eso permite su asimilación a la noción de "poder público" a los efectos de la aplicar la LOI.

B) La constitucionalización de la función notarial^[8] avala la concepción del notariado como poder público, en cuanto tiene encomendada la función pública de garantizar la seguridad jurídica en los documentos e instrumentos jurídicos: se trata de un servicio público (impropio) de interés general y ello se proyecta sobre los órganos de gobierno de los Colegios Notariales^[9].

C) Ni el CNPV ni el CGN están dispensados de cumplir el mandato igualitario de los preceptos constitucionales, pues carecen de potestades discrecionales que, en relación con el Cuerpo del Notariado, les habiliten para adoptar acuerdos que supongan una subrepresentación desproporcionada respecto de los márgenes establecidos en la LOI.

3. La discriminación positiva

El principio de igualdad entre mujeres y hombres (art. 23 CDFUE) vincula a los Estados miembros de la Unión Europea, y a su entramado orgánico en que se distribuyen las funciones esenciales del Estado. Deben adoptar medidas que, aunque sean discriminatorias en apariencia, estén destinadas efectivamente a eliminar o reducir las desigualdades de pacto que pudieran existir en la realidad de la vida social^[10]

Esa doctrina legitima a los poderes públicos para acordar medidas de discriminación positiva que traten de asegurar la representación equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de decisión de las instituciones públicas, así como la obligación de los Tribunales de Justicia de anular aquellas resoluciones que contradigan la normativa de desarrollo del principio de igualdad.

4. Ausencia de obstáculos serios para aplicar la paridad

La composición del CNPV (130 integrantes; 91 hombres, 39 mujeres) no presenta circunstancias especiales que hagan imposible o muy difícil cumplir con la presencia equilibrada en el *ratio* de representación 60% - 40%.

VII. Parte dispositiva

De conformidad con la doctrina expuesta, la STS-CONT 1707/2024: 1º) Declara que no ha lugar a los recursos de casación interpuesto por la representación procesal del Colegio Notarial del País Vasco y por la representación procesal del Consejo General del Notariado. 2º) Imite cualquier decisión sobre las costas procesales.

VIII. Pasajes decisivos

El Fundamento Cuarto condensa la doctrina acuñada respecto del alcance que posee el artículo 14.4 LOI en conexión con su DA Primera, sobre composición equilibrada de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menores del cuarenta por ciento. Esa construcción:

resulta plenamente aplicable a la elección de los órganos de gobierno de los Colegios Notariales, y se opone a una composición de la candidatura presentada a la elección de los miembros de la Junta Directiva del Colegio Notarial -como la enjuiciada en este recurso de casación- que no respete la relación de representación equilibrada 60% - 40%,

salvo que se justifique la concurrencia de circunstancias objetivas y fundadas que evidencien la imposibilidad material de cumplir dicha previsión legislativa, u otras que se revelen contrarias al fin legítimo perseguido.

IX. Comentario

La contextualización del criterio expuesto puede llevarse a cabo mediante el recordatorio de algunas cuestiones básicas.

1. La “Presencia o composición equilibrada”

La DA Primera de la LOI está alineada con las tendencias de la Unión Europea desde tiempo atrás. En ese sentido suele citarse la Recomendación 1996/694/CE, de 2 de diciembre, exhortando a los Estados a adoptar una estrategia integrada de conjunto, destinada a promover la participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en los procesos de toma de decisiones y a desarrollar o crear a tal efecto las medidas adecuadas, tales como, en su caso, medidas legislativas, y/o reglamentarias y/o de incentivación^[11]. En otros instrumentos posteriores las instituciones eurocomunitarias ya apuntaron la necesidad de que al menos un 40% de presencia de cada sexo debiera considerarse obligatoria para preservar el principio reseñado^[12].

2. De la composición equilibrada a la paridad representativa

En numerosos ámbitos se identifica como uno de los logros de la LOI la necesidad de que mujeres y hombres posean la misma presencia en diversos ámbitos u órganos, comenzando por la esfera política^[13]. Se trata de una simplificación, que ayuda a identificar (mediante una sola palabra) el concepto a que se desea aludir. Esa es la razón por la que la rúbrica acogida para presidir estas páginas se ha decantado por la denominación referida. En rigor, la “paridad” alude a la igualdad total, mientras que la presencia equilibrada lo hace a una exigencia menos rigurosa.

Sin embargo, conviene recordar desde este mismo instante que el legislador orgánico de la Ley 3/2007 prescinde del término *paridad* puesto que transmite una idea de identidad que no ha querido acoger. Sí aparece esa expresión, sin embargo, en otros cuerpos normativos de tipo sociolaboral o general, más ambiciosos en sus metas. La mayoría de las veces lo hace para subir una escala más en la progresión hacia la igualdad, pues acaba apostando por la equiparación total del número de mujeres y hombres y abandonando la expuesta y matizada fórmula del 40/60.

3. Una interesante STEDH

El Tribunal de Estrasburgo se aproxima a un interesante supuesto: varias ciudadanas españolas protestan por haberse denegado la proclamación de la candidatura presentada por el Partido Popular a las elecciones municipales en Garachico, por no cumplir las cuotas exigidas por la Ley las listas a las elecciones municipales, al estar integrada (como elegibles) exclusivamente por personas del sexo femenino^[14].

Concluye el TEDH que el rechazo de la candidatura no puede considerarse una diferencia de trato, en tanto en cuanto una candidatura compuesta íntegramente por hombres que no respetara la cuota del cuarenta por ciento en la lista los candidatos para cada uno de los sexos, habría sido igualmente descalificada. La Ley de que se trata establece un sistema de cuotas que se aplica indistintamente a los candidatos de uno y otro sexo, para garantizar la participación equilibrada de hombres y mujeres en los cargos públicos electivos.

4. Doctrina constitucional concordante

A) La LOI modificó la (entonces vigente) Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades para incorporar previsiones relacionadas con la paridad en la composición de los órganos de selección, habiéndose cuestionado su validez^[15]. La doctrina constitucional ha establecido lo siguiente^[16]:

- Queda a criterio de cada Universidad, a falta de una indicación concreta en la LOU sobre el específico porcentaje de equilibrio que debe alcanzarse, decidir si toman como referencia el que contiene la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 3/2007 antes indicado (porcentaje que es vinculante «a los efectos de esta ley») u otro más cercano a la paridad.
- El precepto no prescinde del mérito y capacidad, que han de darse por cumplidas en quienes entran a formar parte de los órganos de gobierno y representación; es decir, operando siempre desde el presupuesto de la capacidad y el mérito suficientes de unos y otras.
- No resulta desproporcionado exigir la explicación de las razones «fundadas y objetivas» que impidan en un caso concreto cumplir con aquel equilibrio, cuando tal eventualidad suceda

B) El TC también ha examinado la constitucionalidad de la Ley del Parlamento Vasco 4/2005, de 18 febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres^[17], donde se abrazaba el principio de presencia equilibrada en la composición de diversos órganos de selección. Los Diputados recurrentes sostienen que esos preceptos incurren en infracción de los arts. 14, 23.2 y 103.3 CE, alegando que con la previsión de cupos o cuotas para la composición de órganos administrativos el legislador autonómico, además de vulnerar el art. 14 CE afecta al contenido esencial del derecho de acceso a la función pública (art. 23.2 CE) y preterido los principios de mérito y capacidad, con quiebra del art. 103.3 CE.

Asegurados el mérito y la capacidad por las mismas normas impugnadas, es evidente que no puede apreciarse la infracción del art. 103.3 CE. Además, la representación equilibrada de ambos sexos resulta conforme con el mandato constitucional de promoción de la igualdad efectiva contenido en el art. 9.2 CE.

Respecto del ámbito político (la Ley Vasca aumenta al 50% la presencia mínima de mujeres en las listas electorales) tampoco se ve inconstitucionalidad. Porque tratándose de una medida de discriminación positiva en beneficio de la mujer se ajusta a las condiciones de razonabilidad y proporcionalidad exigidas por nuestra doctrina. Y porque debe entenderse (por aplicación de la LOREG estatal) que se garantiza en todo caso que los hombres tengan asegurado un 40% mínimo.

C) En conexión con la autonomía universitaria y las competencias propias tanto del Estado cuanto de la Comunidad Autónoma, el TC tuvo que examinar la validez de la Ley vasca 3/2004^[18], incluyendo la regla sobre composición equilibrada de las Comisiones de contratación, en especial la norma que impone la designación por sorteo público de los miembros de la comisión llamada a seleccionar su personal docente e investigador contratado permanente.

Con arreglo a su doctrina, el contenido esencial del derecho fundamental a la autonomía universitaria supone, en principio, libertad de cada Universidad para seleccionar su personal docente e investigador y, por ello, libertad para establecer el sistema general de designación de las comisiones que han de juzgar la provisión de las plazas. Al cabo, la previsión legal está constitucionalmente justificada porque en el ámbito material afectado de la autonomía universitaria, junto a los intereses peculiares de la comunidad universitaria, concurren intereses generales derivados de que la enseñanza superior se conforme en nuestro ordenamiento jurídico como un servicio público.

5. Referencia a jurisprudencia comunitaria

Finalmente, hay que resaltar que la singular naturaleza que el Notariado posee en nuestro ordenamiento viene dando lugar a diversos e interesantes casos en el ámbito del TJUE (subrogación, libre circulación, no discriminación por edad, despido colectivo, traslado, etc). Recordemos algunos.

A) La STJUE de 15 de marzo de 2018 (C-575/16, República Checa) advirtió que el Derecho de la UE se opone a que el Estado exija un requisito de nacionalidad para acceder a la profesión del Notariado pues respecto de ella juega la libertad de establecimiento. En el caso, las competencias ejercidas no comportan el ejercicio de autoridad pública.

B) La STJUE de 3 de junio de 2021 (C-914/19; Italia) concluyó que el Derecho de la UE se opone a la fijación de una edad máxima de 50 años para opositar a Notarías pues esa limitación no parece perseguir los objetivos de garantizar el ejercicio de esta profesión durante un período significativo previo a la jubilación, proteger el buen funcionamiento de las prerrogativas notariales y facilitar la renovación generacional y el rejuvenecimiento de la citada profesión. En todo caso, parece que excede de lo necesario para alcanzar estos objetivos^[19].

C) La STJUE 16 noviembre 2023 (C-583 a 586/21; España entendió que el Derecho UE sobre traspaso de empresa abarca el supuesto de Notario (funcionario público y empleador privado al tiempo) que sucede al anterior titular, asume su protocolo y una parte sustancial de la plantilla, desempeñando la misma actividad y con similar infraestructura (locales, medios materiales), siempre y cuando se mantenga la identidad de dicha Notaría. Se considera que la actividad depende principalmente de la mano de obra que emplea, de modo que puede mantener su identidad tras su transmisión si el nuevo titular se hace cargo de una parte sustancial de la plantilla en número y competencias, permitiéndole así continuar las actividades^[20].

D) La STJUE 17 octubre 2024 (C-408/23, Alemania) reafirma que el Derecho UE no se opone a una normativa nacional que establece un límite máximo de edad de 60 años para acceder al empleo de abogado-notario. Siempre que exista un objetivo legítimo de política de empleo y que la restricción sea adecuada y necesaria para alcanzar ese objetivo, valorando todas las circunstancias^[21].

X. Apunte final

La LO 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres, no parece haber presupuesto que el TS realizara una interpretación en la línea de la acogida por la STS 1707/2024 respecto de los Colegios Profesionales. Su Exposición de Motivos consideró *necesario* aumentar la presencia de mujeres en los órganos de decisión de este tipo de entidades con impacto en la actividad económica general^[22]. De ahí su decisión de extender el principio de presencia equilibrada al ámbito de los colegios profesionales puesto que desempeñan funciones de máxima relevancia^[23]. Pero se trata de una decisión presentada como de oportunidad, que no de necesidad, el paso dado es *oportuno*^[24].

La segunda anotación final debe dirigirse a las consecuencias que posee el incumplimiento del requisito de composición equilibrada. La candidatura presentada carece de validez, debiendo procederse a nueva convocatoria electoral. Es decir: no se permite la subsanación o recomposición de la lista (incluso siendo la única presentada).

Referencias:

1. ^ *El art 344.B.1 del Reglamento Notarial atribuye al CGN la representación y defensa de la profesión notarial ante la Administración, Instituciones, Tribunales, Entidades y particulares, con legitimación para ser parte en*

cuantos litigios afecten a los intereses profesionales, y ejercitar el derecho de petición conforme a la Ley.

2. ^ En concreto, la Sección Primera de la Sala.
3. ^ “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.
4. ^ Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.
5. ^ “A estos efectos, la Ley establece principios de actuación de los Poderes Públicos, regula derechos y deberes de las personas físicas y jurídicas, tanto públicas como privadas, y prevé medidas destinadas a eliminar y corregir en los sectores público y privado, toda forma de discriminación por razón de sexo”.
6. ^ “En las Juntas de Gobierno, Comités de Dirección u órganos asimilados de los Consejos Generales y de los Colegios Profesionales, se garantizará que los miembros del sexo menos representado ocupen como mínimo el cuarenta por ciento de los puestos, salvo que existan razones objetivas y debidamente fundadas, y siempre que se adopten medidas para alcanzar ese porcentaje mínimo. Los Consejos Generales o Superiores de cada colegio profesional nombrarán una persona responsable de la coordinación en materia de igualdad que, entre otras funciones, se encargará de supervisar las condiciones de aplicación de la excepción a la que se refiere el párrafo anterior, así como las medidas a adoptar para alcanzar el porcentaje mínimo establecido”.
7. ^ Los órganos de selección serán colegiados y su composición deberá ajustarse a los principios de imparcialidad y profesionalidad de sus miembros, y se tenderá, asimismo, a la paridad entre mujer y hombre.
8. ^ Se refiere a que el art. 149.1.8ª CE considera competencia exclusiva del Estado la ordenación de los registros e instrumentos públicos.
9. ^ Se insertan en una compleja organización jerárquica dependiente del Ministro de Justicia y de la Dirección General correspondiente. Asumen competencias y potestades de naturaleza esencialmente pública para asegurar el cumplimiento por los notarios de los deberes y responsabilidades estatutarios y preservar el buen y regular funcionamiento de los despachos notariales.
10. ^ Cita las SSTJUE 25 octubre 1988 y 11 de noviembre de 1997, C-409/95.
11. ^ Este texto (DOL 10 diciembre 1996), sigue siendo interesante porque muestra las diversas esferas en que podría llevarse a cabo la deseada presencia y participación equilibrada.
12. ^ Cf. A. Valdés Alonso, “Composición equilibrada en la LO 3/2007 y alcance de la aplicación efectiva de sus principios informadores”, Aranzadi Social 2010, número 6.
13. ^ De ello da cuenta la Exposición de Motivos de la Ley: “De la preocupación por el alcance de la igualdad efectiva en nuestra sociedad no podía quedar fuera el ámbito de la participación política, tanto en su nivel estatal como en los niveles autonómico y local, así como en su proyección de política internacional de cooperación para el desarrollo”.
14. ^ El artículo 44 bis de la Ley Orgánica de Régimen electoral (introducido por la LO 3/2017) exige que las candidaturas para las elecciones de diputados al Congreso, municipales y de otros órganos tengan “una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el

conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento”.

15. ^ Los impugnantes censuran que la representación de los distintos sectores de la comunidad universitaria en los órganos de gobierno «propicie la presencia equilibrada de hombres y mujeres», lo que, de ser entendido «como necesidad sistemática de presencia de unas y otros, independientemente de su mérito y capacidad» sería inconstitucional.
16. ^ STC 176/2015 de 22 julio.
17. ^ STC 13/2009 de 19 enero.
18. ^ Cf. la STC 87/2014 de 29 mayo, resolviendo cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 6 de Bilbao.
19. ^ Allí, había una convocatoria de 500 plazas para Notariado, estableciendo en 50 años la edad máxima de acceso; concursante con más de 50 años, cautelarmente admitido a las pruebas, que supera.
20. ^ En el caso el Notario que ofrece a su plantilla trasladarse con él o extinguir la relación laboral por causa organizativa; cuatro meses después toma posesión un nuevo Notario, que recontrata a los despedidos; mes y medio después, ante la negativa a aplicarse las medidas anti-Covid, el nuevo Titular da por terminados los contratos invocando que no han superado el periodo de prueba.
21. ^ En el caso, una Abogada presenta candidatura para acceder a la condición de Abogada-Notaria y se le deniega porque ha cumplido los 60 años al finalizar el plazo para solicitarlo.
22. ^ “El capítulo VI, compuesto por el artículo undécimo, modifica la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, dando nueva redacción a sus artículos 11 y 15. Y ello por cuanto es necesario aumentar la presencia de mujeres en los órganos de decisión de este tipo de entidades con impacto en la actividad económica general”.
23. ^ “Los Colegios Profesionales tienen atribuidas funciones de ordenación del ejercicio de las profesiones, de representación institucional y de defensa de los intereses profesionales de los colegiados y de los consumidores y usuarios de los servicios de los colegiados”.
24. ^ “Teniendo en cuenta la relevancia de sus funciones en la actividad de los profesionales y, por tanto, en la actividad económica general, se considera oportuno incorporar previsiones en materia de igualdad de género a las Juntas de Gobierno, Comités de Dirección u órganos asimilados de los Consejos Generales y Colegios Profesionales, modificándose a tal efecto la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales”.

§ 23 Deber de información del uso de dispositivos de vigilancia y sistema de garantías de los derechos a la protección de datos personales y derechos digitales. De nuevo sobre la prueba de videovigilancia.

José Luis Monereo Pérez

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada.
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

Resumen: *Deber de información del uso de dispositivos de vigilancia en el lugar de trabajo previsto en el artículo 89 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Requisitos. Las cámaras de video vigilancia son visibles; los trabajadores conocen su instalación y han sido informados los representantes de los trabajadores. Stradivarius España S. Despido disciplinario basado en “prueba de videovigilancia”.*

Palabras clave: *Deber de información previa empresarial de dispositivos de Videovigilancia. Protección de datos personales. Garantía de los derechos digitales. Admisibilidad de la prueba de videovigilancia en despidos disciplinarios, consentimiento informado. Tutela de los derechos fundamentales. Restricción de derechos fundamentales y principio de proporcionalidad.*

Keywords: *Duty of prior corporate information of video surveillance devices. Protection of personal data. Guarantee of digital rights. Admissibility of video surveillance evidence in disciplinary dismissals. Informed consent. Protection of fundamental rights. Restriction of fundamental rights and principle of proportionality.*

“Interpretar los derechos constitucionales a la luz del principio de proporcionalidad supone tratar a los derechos constitucionales como exigencias de optimización; esto es, como principios y no como simples reglas. En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas”.

ROBERT ALEX^[1]

I. Introducción

La persona trabajadora fue despedida; en la carta de despido se alegaba falta muy grave del artículo 54.2 d del ET y 45 y 46 del convenio colectivo. El incumplimiento grave y culpable fue acreditado a través de la prueba de videovigilancia. Las cámaras de video vigilancia están visibles y los empleados conocen su instalación. Así como han sido informados los representantes de los trabajadores.

La representación de la empresa Stradivarius España S.A. plantea en casación unificadora dos núcleos de contradicción: por una parte, los requisitos que han de

concurrir para entender cumplido el deber de información del uso de dispositivos de vigilancia en el lugar de trabajo previsto en el artículo 89 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, y, segundo, determinar si la decisión alcanzada en suplicación construye su fundamentación jurídica separándose de lo establecido en la declaración de hechos probados definida por el pronunciamiento de instancia.

Impugna la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 18 de julio de 2023 (RS 1121/2023) que estimó el recurso de suplicación formulado y declaró la nulidad del despido, señalando el carácter ilícito de la videovigilancia mantenida y la vulneración de un derecho fundamental.

El centro de gravedad de la controversia gira sobre la validez jurídica de la prueba de videovigilancia como acreditación de la causa del despido disciplinario.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 23/2025, de 14 de enero.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUd núm. 5248/2023.

ECLI:ES:TS: 2025:149.

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excm. Sra. Dña. Concepción Rosario Ureste García.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El día 13/06/2022 se produjo el despido disciplinario; en la carta de despido se alegaba falta muy grave del artículo 54.2 d del ET y 45 y 46 del convenio colectivo. La carta obra al folio 5 en las actuaciones.

En la sentencia de instancia aparece la siguiente parte dispositiva: la desestimación de la demanda interpuesta por Teodora frente a la empresa Stradivarius S.A. declarando el despido procedente y absolviendo a la empresa de todos los pedimentos de la demanda.

Dicha sentencia fue recurrida en suplicación por la actora ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la cual dictó sentencia en fecha 18 de julio de 2023, en la que, desestimados los motivos de revisión fáctica planteados, consta el siguiente fallo: Se estima el recurso de suplicación interpuesto frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de San Sebastián, de 23 de noviembre de 2022, procedimiento 531/22, por D. Javier Garicano Chasco, letrado que actúa en nombre y representación de la Confederación Sindical ELA, y de su afiliada D.ª Teodora, la que se revoca y se declara nulo el despido acontecido el 13 de junio de 2022, y se condena a la empresa Stradivarius España, S.A, a estar y pasar por la anterior declaración, y a que readmita a la trabajadora en iguales circunstancias a las que regían con anterioridad al despido, y le abone los salarios dejados de percibir desde la fecha del mismo hasta la notificación de la presente sentencia, a razón de un salario mensual de 1.361,53 euros, sin costas.».

Por la representación de Stradivarius España S.A. se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación

IV. Posición de las partes

Parte empresarial: Por la representación de Stradivarius España S.A. se formalizó el recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de

suplicación. Aportando Sentencia de contraste considera que la prueba de videovigilancia para acreditar las causas del despido disciplinario es válida, y, por tanto, el despido ha de ser calificado de procedente.

Parte Social: La prueba de videovigilancia debe ser declarada inválida por omisión del deber de información finalista. Las cámaras de videovigilancia se utilizaron para fines disciplinarios sin comunicación al trabajador del uso para control disciplinario.

V. Normativa aplicable al caso

-Artículos 18 y 24 de la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE); Artículos 6 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950.

- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

-Artículos 5 y 6 de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter personal (en adelante, LOPD de 1999).

-Artículos 4.2, 20.3, 55, apartados 5 y 6 del RD-Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET).

-Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante LRJS),

Capítulo XI. "De la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas", artículos 177 a 184. En lo principal entran en juego más intensamente los artículos 108.2, 221, 224, 235, 179, 182 y 183 LRJS; artículo 108, artículo 96.1 LRJS; y artículos 207.e) y 219.1º LRJS.

-Artículos 299.2, Sección 8 ("De la reproducción de la palabra, el sonido y la imagen y de los instrumentos que permiten archivar y conocer datos relevantes para el proceso"), artículos 382 a 384 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

VI. Doctrina básica

-No puede proclamarse que entre la calificación del despido y la reconocida lesión extraprocésal de un derecho fundamental pueda afirmarse la existencia de una "consecutividad lógica y jurídica". Dicho en otros términos, no existe un derecho constitucional a la calificación del despido laboral como nulo, por lo que la pretensión de la actora no puede tener sustento en una vulneración de los derechos reconocidos en el art. 18.1 y 3 CE.

- Del relato fáctico se infiere que el sistema era conocido por los trabajadores y también por sus representantes. Recordaremos aquí la STC 119/2022, de 29 de septiembre, en lo que se refiere a la instalación de sistemas de videovigilancia y la utilización de las imágenes para fines de control laboral: «el tratamiento de esos datos no exige el consentimiento expreso del trabajador, porque se entiende implícito por la mera relación contractual. Pero, en todo caso, subsiste el deber de información del empresario, como garantía ineludible del citado derecho fundamental. En principio, este deber ha de cumplimentarse de forma previa, expresa, clara y concisa. Sin embargo, la norma permite que, en caso de flagrancia de una conducta ilícita, el deber de información se tenga por efectuado mediante la colocación en lugar visible de un distintivo que advierta sobre la existencia del sistema, su responsable y los derechos derivados del tratamiento de los datos. El fundamento de esta excepción parece fácilmente deducible: no tendría sentido que la instalación de un sistema de seguridad en la empresa pudiera ser útil para verificar la comisión de infracciones por parte de

terceros y, sin embargo, no pudiera utilizarse para la detección y sanción de conductas ilícitas cometidas en el seno de la propia empresa. Si cualquier persona es consciente de que el sistema de videovigilancia puede utilizarse en su contra, cualquier trabajador ha de ser consciente de lo mismo.

- Y en orden a descartar la vulneración del derecho a la intimidad del trabajador (art. 18.1 CE), resulta trasladable la doctrina que la misma resolución desarrolla seguidamente acerca de la valoración de la medida como justificada, idónea, necesaria y proporcionada: «(i) La medida estaba justificada, porque concurrían sospechas indiciarias suficientes de una conducta irregular del trabajador -ya descrita- que debía ser verificada. (ii) La medida puede considerarse como idónea para la finalidad pretendida, que no era otra que la constatación de la eventual ilicitud de la conducta, lo que fue confirmado precisamente mediante el visionado de las imágenes. (iii) La medida era necesaria, ya que no parece que pudiera adoptarse ninguna otra menos invasiva e igualmente eficaz para acreditar la infracción laboral. Cualquier otra medida habría advertido al trabajador, haciendo entonces inútil la actuación de la empresa. (iv) Finalmente, la medida puede considerarse como proporcionada. Con relación a ese último punto, se ponderan también los elementos narrados acerca de la ubicación de las cámaras y su conocimiento por los trabajadores y sus representantes, concluyendo, en definitiva, la licitud de la prueba de videovigilancia aportada por la empresa para acreditar una conducta de la trabajadora contraria a la normativa de seguridad de las cajas, para apropiarse de dos prendas y reintegrarse su importe, que resultó constitutiva de una falta muy grave del art. 54.2 d del ET y 45 y 46 del convenio colectivo. Precizando que la descripción de este concreto proceder no ha sido combatida en sí misma.

VII. Parte dispositiva

Se concluye, en definitiva, la licitud de la prueba de videovigilancia aportada por la empresa para acreditar una conducta de la trabajadora contraria a la normativa de seguridad de las cajas, para apropiarse de dos prendas y reintegrarse su importe, que resultó constitutiva de una falta muy grave del art. 54.2 d del ET y 45 y 46 del convenio colectivo aplicable. Se precisa que la descripción de este concreto proceder no ha sido combatida en sí misma.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Stradivarius España S.A.

Casar y anular la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el 18 de julio de 2023 (rollo 1121/2023) y resolver el recurso de suplicación formulado por D^a Teodora, desestimándolo y confirmando correlativamente la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Donostia el 23 de noviembre de 2022 en sus autos 531/2022.

No procede efectuar condena en costas.

Se acuerda la devolución del depósito y de las consignaciones o aseguramientos efectuados para recurrir.

VIII. Pasajes decisivos

El Tribunal Supremo construye el fundamento de la decisión sobre la base de la doctrina establecida en la STC 119/2022, de 29 de septiembre, en lo que se refiere a la instalación de sistemas de videovigilancia y la utilización de las imágenes para fines de control laboral: «el tratamiento de esos datos no exige el consentimiento expreso del trabajador, porque se entiende implícito por la mera relación contractual. Pero, en todo caso, subsiste el deber de información del empresario, como garantía ineludible del citado derecho fundamental. En principio, este deber ha de cumplimentarse de forma previa, expresa, clara y concisa. Sin embargo, la norma permite que, en caso de flagrancia de una conducta ilícita, el deber de información se tenga por efectuado mediante la colocación en lugar visible de un distintivo que advierta sobre la existencia

del sistema, su responsable y los derechos derivados del tratamiento de los datos. El fundamento de esta excepción parece fácilmente deducible: no tendría sentido que la instalación de un sistema de seguridad en la empresa pudiera ser útil para verificar la comisión de infracciones por parte de terceros y, sin embargo, no pudiera utilizarse para la detección y sanción de conductas ilícitas cometidas en el seno de la propia empresa. Si cualquier persona es consciente de que el sistema de videovigilancia puede utilizarse en su contra, cualquier trabajador ha de ser consciente de lo mismo.».

Como allí acaeció, las cámaras se utilizaron para comprobar un hecho concreto, que resultó constitutivo de un ilícito proceder, y sobre la base de una sospecha indiciaria concreta -descrita con anterioridad-, siendo en consecuencia válida la utilización de las imágenes captadas para verificar una conducta ilícita cometida por la trabajadora.

IX. Comentario

La Sentencia objeto de comentario sintetiza la doctrina jurisprudencial consolidada en la materia relativa a la legitimidad de la prueba de videovigilancia, con un especial apoyo en la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional.

Del relato fáctico se infiere que el sistema era conocido por los trabajadores y también por sus representantes. Ahora bien, hay que señalar que las cámaras de videovigilancia se instalaron exclusivamente con una finalidad de evitar perjuicios en el entorno de los clientes, sin que se haya producido información alguna de otra finalidad distinta a la persona trabajadora o a la representación de los trabajadores.

El Tribunal Supremo recuerda la STC 119/2022, de 29 de septiembre, en lo que se refiere a la instalación de sistemas de videovigilancia y la utilización de las imágenes para fines de control laboral: «el tratamiento de esos datos no exige el consentimiento expreso del trabajador, porque se entiende implícito por la mera relación contractual. Pero, en todo caso, subsiste el deber de información del empresario, como garantía ineludible del citado derecho fundamental. En principio, este deber ha de cumplimentarse de forma previa, expresa, clara y concisa. Sin embargo, la norma permite que, en caso de flagrancia de una conducta ilícita, el deber de información se tenga por efectuado mediante la colocación en lugar visible de un distintivo que advierta sobre la existencia del sistema, su responsable y los derechos derivados del tratamiento de los datos. El fundamento de esta excepción parece fácilmente deducible: no tendría sentido que la instalación de un sistema de seguridad en la empresa pudiera ser útil para verificar la comisión de infracciones por parte de terceros y, sin embargo, no pudiera utilizarse para la detección y sanción de conductas ilícitas cometidas en el seno de la propia empresa. Si cualquier persona es consciente de que el sistema de videovigilancia puede utilizarse en su contra, cualquier trabajador ha de ser consciente de lo mismo.».

En cualquier caso, llama la atención la contundencia de varias argumentaciones interrelacionadas (al hilo del discurso interno de las SSTC 292/2000, 61/2021 y 119/2022):

1ª). “El Tribunal Constitucional afirmaba de manera frontal que un despido no es necesariamente nulo por el hecho de que venga basado en una fuente probatoria que haya comportado la vulneración de derechos fundamentales. Dicha distinción, contraria a trazar una correlación entre la nulidad de la fuente de prueba y la nulidad del despido, no merece ser calificada de arbitraria o de manifiestamente irrazonable”.

Esa aseveración debe ser matizada porque realmente no parece constitucionalmente admisible que se pueda considerar que en estos casos de legalidad de la prueba de videovigilancia se esté propiamente ante la realidad de “una fuente probatoria que haya comportado la vulneración de derechos fundamentales”, sino más bien lo contrario en la lógica del discurso interno: pues se entiende que a través de los principios de adecuación finalista y de proporcionalidad se llega a la conclusión que una medida que incide negativamente en la tutela de los datos personales del trabajo pueda ser legítima y proporcional para constatar un

incumplimiento del trabajador laboralmente sancionable. Hay aquí una ponderación interpretativa entre el derecho fundamental a la protección de datos personales y el poder de despido disciplinario del empresario, que supone una *restricción* del derecho a la protección de datos al servicio de otros fines previstos en el ordenamiento jurídico y que reduce su fuerza protectora al hacer efectivos otros derechos, que en este caso no tienen el carácter fundamental en el sentido estricto de no disfrutar de un más elevado nivel de tutela constitucional (art. 53 CE). Esta *restricción* será constitucionalmente legítima si es razonable (justificación) y proporcional en el marco del proceso de razonamiento judicial, porque de lo contrario sería inconstitucional. Se realza, así, la necesidad de justificar de manera racional cualquier *restricción* a la operatividad efectiva del derecho a la protección de datos constitucionalmente protegido. La justificación presupone la existencia de una finalidad y de medios adecuados para alcanzarla. De lo contrario no se superará el test de proporcionalidad y de conexión de racionalidad.

2ª). “Proyectada dicha doctrina constitucional a la cuestión planteada, podemos afirmar que no puede proclamarse que entre la calificación del despido y la reconocida lesión extraprocesal de un derecho fundamental pueda afirmarse la existencia de una “consecutividad lógica y jurídica”. Dicho, en otros términos, no existe un derecho constitucional a la calificación del despido laboral como nulo, por lo que la pretensión de la actora no puede tener sustento en una vulneración de los derechos reconocidos en el art. 18.1 y 3 CE”. Pero también es obvio que el despido deberá ser calificado jurisprudencialmente como nulo si es discriminatorio o vulnera en sí mismo un derecho fundamental garantizado en la Norma Fundamental.

3ª). Conforme al art. 89 (“Derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo”). 1. Los empleadores podrán tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el art. 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo. *Los empleadores habrán de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida. En el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados públicos se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el artículo 22.4 de esta ley orgánica*^[2]. De esta normativa derivaría la exigencia a los empleadores de la utilización del sistema de videovigilancia para el fin de controlar su actividad laboral, con la peculiaridad de que “se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores”.

Hechas estas observaciones preliminares, la videovigilancia puede ser una medida empresarial de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, al amparo del art. 20.3 del ET. Es necesario distinguir entre la videovigilancia oculta y la que se realiza con conocimiento de la persona empleada.

La STC 39/2016 (Pleno), de 3 de marzo, enjuició un supuesto en el que las cámaras de videovigilancia se habían instalado en una tienda, captando la imagen de la trabajadora apropiándose de dinero. Para ocultar dicha apropiación, la empleada realizó operaciones falsas de devoluciones de venta de prendas. La trabajadora fue despedida. La cámara estaba situada en el lugar donde se desarrollaba la prestación laboral, enfocando directamente a la caja. En un lugar visible del escaparate del establecimiento se había colocado el distintivo informativo.

Esta doctrina constitucional se ha aplicado en reiterados pronunciamientos del Tribunal Supremo. La STS de 7 de julio de 2016, rec. 3233/2014, declaró lícita la prueba consistente en una videograbación efectuada en una zona de la empresa destinada a almacenar productos. En el mismo sentido se pronunció la sentencia de contraste, dictada por el Tribunal Supremo en fecha 31 de enero de 2017, recurso

3331/2015. Por su parte, la sentencia del Pleno de la Sala Social del TS de 1 de febrero de 2017, recurso 3262/2015, examinó un litigio en el que el centro de trabajo tenía un sistema de videovigilancia por razones de seguridad (para impedir robos y otros delitos), siendo la trabajadora conocedora de dicho sistema, sin que hubiera sido informada del destino que pudiera darse a las imágenes o que pudieran ser utilizadas en su contra. Con base en dichas grabaciones, la trabajadora fue objeto de un despido disciplinario por haber manipulado los tickets y hurtado diferentes cantidades. Por su parte, la sentencia del Pleno de la Sala Social del TS de fecha 2 de febrero de 2017, recurso 554/2016, enjuició un pleito en el que en el centro de trabajo (un gimnasio) existían videocámaras en la entrada y en los espacios públicos del gimnasio, excepto en los vestuarios y aseos, sin que la representación unitaria de los trabajadores, ni los trabajadores, hubieran sido advertidos de su posible uso con fines disciplinarios. La sentencia del TS de 21 de julio de 2021, recurso 4877/2018, abordó un pleito en que un vigilante de seguridad estaba encargado del acceso principal de vehículos a un recinto ferial.

Pero también hay que tomar en consideración (que es atendida también por la Sentencia del Tribunal Supremo objeto de este comentario), adicionalmente, que, en determinadas circunstancias, la STEDH (Gran Sala) 17 octubre 2019 (*López Ribalda I/*), admite que la empresa no advierta al trabajador de la existencia ni de la ubicación de determinadas cámaras de videovigilancia, sin que ello conduzca necesariamente a la nulidad de la prueba de videovigilancia (la prueba de la reproducción de lo grabado por las cámaras de videovigilancia) que sustenta y acredita el despido o la sanción disciplinaria impuesta al trabajador. Frente a la doctrina precedente doctrina de *López Ribalda I*, que exigía el conocimiento de la existencia de las cámaras de videovigilancia -utilizadas como medio fundamental o principal de prueba-, pero también la información al trabajador de la posible finalidad disciplinaria de su establecimiento y emplazamiento.

La base jurídica del tratamiento de datos está más bien en la ejecución y cumplimiento del contrato de trabajo y en las consiguientes facultades legales de control del empleador (art. 20.3 ET) y no tanto en el consentimiento del trabajador; y ello por el "desequilibrio claro" que puede existir entre el interesado y el responsable del tratamiento al que hace referencia el considerando 43 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Para el Tribunal Supremo *la prueba de la reproducción de lo grabado por las cámaras de videovigilancia era, así, una medida justificada, idónea, necesaria y proporcionada al fin perseguido, por lo que satisfacía las exigencias de proporcionalidad que imponen la jurisprudencia constitucional y del TEDH*. Debe tenerse adicionalmente en cuenta, en este sentido, que es al empresario a quien le corresponde "la carga de probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido como justificativos del mismo" (art. 105.1 LRJS), por lo que ostenta la facultad de utilizar "los medios de prueba pertinentes para su defensa" (art. 24.2 CE).

En el presente supuesto, se trataba de unas cámaras de seguridad, cuya existencia era conocida por el trabajador, que potencialmente podían permitir acreditar el incumplimiento de las normas de seguridad del acceso al recinto por el vigilante de seguridad, cuyo cometido era, precisamente, cumplir con esas normas de seguridad. La empresa tenía un interés legítimo amparado en sus facultades empresariales de control y en la carga de la prueba que sobre ella recaía a la hora de probar la veracidad de los hechos acreditativos del incumplimiento reprochados al trabajador. Por lo demás, el examen de caso de autos se debe ceñir a si la prueba debió o no admitirse, sin que deba extenderse a si se cumplieron todos los requerimientos de la legislación de protección de datos (véase STS 817/2021, de 21 de julio de 2021, rec. 4877/2018, sobre despido disciplinario de vigilante de seguridad en el recinto ferial por incumplimiento grave y culpable basándose en imágenes grabadas por las cámaras de control de Ifema).

Por su parte, la STEDH (Gran Sala) 17 octubre 2019 (*López Ribalda II*), destaca el hecho de que, como igualmente ocurría en el supuesto enjuiciado por el TEDH, la prueba no fuera nula desde la perspectiva de la impugnación judicial de la sanción disciplinaria impuesta al trabajador, no impide que la empresa pueda ser responsable en el ámbito de la legislación de protección de datos, de manera que las allí demandantes tenían otras medidas a su disposición, como la denuncia ante la agencia o el órgano responsable de la protección de datos o el ejercicio de acciones judiciales, pues la protección de datos en el marco de la videovigilancia en el lugar de trabajo puede garantizarse por diversos medios, que pueden corresponder sin duda al Derecho laboral, pero también al Derecho administrativo, civil o penal, medios estos últimos que las allí demandantes optaron por no utilizar”^[3].

Se está ante un problema de aplicación e interpretación del grupo normativo regulador de la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas y de los poderes directivos del empleador.

Por ello mismo, la admisibilidad de una prueba de videovigilancia para despedir o sancionar disciplinariamente al trabajador está sometida a un sistema de límites y condiciones de validez. Básicamente:

Primero.-El sistema de videovigilancia para uso empresarial y para la vigilancia y el control de la actividad laboral puede ser admisible al amparo del poder de dirección ex art. 20.3 del ET, conforme al cual “el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida de su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad”.

Segundo.- En el referido precepto encontramos ya un límite general explícito, a saber: “guardando en su adopción y aplicación la consideración debida de su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad” (art. 20.3 del ET). Atendiendo a que la dignidad constituye el eje del sistema de derechos y libertades fundamentales garantizadas en la Constitución en el marco del estándar multinivel de los derechos humanos fundamentales (art. 10 CE), es manifiesto que el ejercicio de vigilancia y control debe ser “ponderado”, sometido a los principios de racionalidad y proporcionalidad y al principio de la buena fe que rige expresamente el ejercicio de todas las facultades que comprende el poder de dirección del empleador (art. 20.2 del ET). En el fondo se ha de cumplir con el triple juicio que toda medida restrictiva de derechos fundamentales -datos personales, intimidad, imagen, etcétera-, es decir, que la medida debe ser idónea, capaz de conseguir el objetivo, necesaria, que no exista otra medida para esa finalidad y proporcional en términos de equilibrio y ponderación (STC 9/2000, de 10 de abril de 2000, asunto Casino La Toja; con cita de jurisprudencia consolidada de este “triple juicio” de razonabilidad de la medida restrictiva). La falta o el déficit grave en la pertinente observancia de este triple juicio de racionalidad jurídica, privará de legitimidad al sistema de vigilancia y control laboral.

Tercero.-Esto significa, en primer lugar y ante todo, que la captación y grabación de imágenes en el centro de trabajo debe ser necesaria e indispensable para la seguridad y buen funcionamiento de la empresa; y además ha de ser justificado, proporcional y sujeto al criterio de la menor intervención/invasión posible de los derechos fundamentales del trabajador (señaladamente, la protección de datos personales, intimidad y la inviolabilidad) (SSTC 98/2000, de 10 de abril –aunque referida a la instalación de aparatos de captación y grabación en el centro de trabajo-; 186/2000, de 10 de julio; 241/2012, de 17 de diciembre; 29/2013, de 11 de febrero; 170/2013, de 7 de octubre, de 7 de octubre; 212/2013, de 16 de diciembre; entre otras). No toda empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma requiere de estas técnicas de vigilancia y control, pues dependerá de las condiciones y circunstancias concretas de la empresa y del sistema de prestaciones laborales. La carga de la prueba de esta “necesariedad” (principio de justificado motivo en la introducción de la medida de videovigilancia) corresponde evidentemente a la dirección de la empresa o del

complejo empresarial. La vigilancia y control no puede ser un expediente generalizable de justificación y, tras está, sin criterios de proporcionalidad y ponderación entre los derechos en juego. Por lo demás, en caso de su utilización instrumental a efectos de despido disciplinario, es al empleador a quien le corresponde "la carga de probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido como justificativos del mismo" (art.105.1 LRJS), por lo que en coherencia está facultado para utilizar "los medios de prueba pertinentes para su defensa" (art. 24.2 CE), pero siempre que con ello se respeten los principios de necesidad, adecuación (principio de intervención mínima) y proporcionalidad de la medida para los fines perseguidos, siendo necesario ponderar los derechos y bienes constitucionales en situación de conflicto; esto es, el derecho a la protección de datos de la persona trabajadora y el poder de dirección del empleador para fines empresarial y laborales.

Cuarto. -El art. 20bis del ET (ubicado sistemáticamente, de manera harto significativa, precisamente después del art. 20 del ET) garantiza el derecho de los trabajadores a la intimidad, estableciendo que los trabajadores tienen derecho 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". En este sentido el art. 87 ("derecho a la intimidad...") de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, garantiza el derecho a la intimidad en relación con un el entorno digital. Por su parte, las personas trabajadoras (en el ámbito del empleo privado y público) tienen, conforme al art. 89 de Ley Orgánica 3/2018, "derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo" (cfr. art. 90, respecto al "derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral"), indicando, entre otras cuestiones, que "los empleadores podrán tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videovigilancia para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o empleados públicos previstas respectivamente, en el art. 20.3 del ET y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo. Los empleadores *habrán de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida*" (cfr. art. 64.5.f) del ET^[4]). Se añade que "en el supuesto de que se haya captado la comisión fragante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados públicos se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el art. 22.4 de esta ley orgánica" (apartado 1 del art. 89.1)^[5]. No sólo la Sentencia aquí analizada, sino también otras como la STS, Sala de lo Social, núm. 285/2022, de 30 de marzo (RCUD núm. 1288/20220) y la STS, Sala de lo Social, núm.1003/2021, de 13 de octubre, recud, 3715/2018, sobre la posible licitud de la prueba de videovigilancia y su uso finalista para los despidos y sanciones disciplinarias. Para el Tribunal Supremo la medida empresarial de vigilancia y control se resuelve en la predisposición de los medios técnicos para verificar el cumplimiento por la persona que trabaja de sus obligaciones y deberes jurídico-laborales al amparo del art. 20.3 del ET, en relación con el art. 1.1 del mismo cuerpo legal. Es lícita la prueba de videovigilancia y grabación cuando los trabajadores conocían la instalación de cámaras y existían carteles advirtiendo de su presencia; sin ser necesario especificar la finalidad concreta que se ha atribuido a la videovigilancia y el control de imágenes que permite^[6].

Este es igualmente, el criterio mantenido por la STS-SOC núm. 23/2025, de 14 de enero, objeto de este comentario: Del relato fáctico se infiere que el sistema era conocido por los trabajadores y también por sus representantes. El Tribunal Supremo recuerda aquí la STC 119/2022, de 29 de septiembre, en lo que se refiere a la instalación de sistemas de videovigilancia y la utilización de las imágenes para fines de control laboral: «el tratamiento de esos datos no exige el consentimiento expreso del trabajador, porque se entiende implícito por la mera relación contractual. Pero, en todo caso, subsiste el deber de información del empresario, como garantía ineludible del citado derecho fundamental. En principio, este deber ha de cumplimentarse de forma

previa, expresa, clara y concisa. Sin embargo, la norma permite que, en caso de flagrancia de una conducta ilícita, el deber de información se tenga por efectuado mediante la colocación en lugar visible de un distintivo que advierta sobre la existencia del sistema, su responsable y los derechos derivados del tratamiento de los datos. El fundamento de esta *excepción* parece fácilmente deducible: no tendría sentido que la instalación de un sistema de seguridad en la empresa pudiera ser útil para verificar la comisión de infracciones por parte de terceros y, sin embargo, no pudiera utilizarse para la detección y sanción de conductas ilícitas cometidas en el seno de la propia empresa. Si cualquier persona es consciente de que el sistema de videovigilancia puede utilizarse en su contra, cualquier trabajador ha de ser consciente de lo mismo.».

Como allí acaeció, las cámaras se utilizaron para comprobar un hecho concreto, que resultó constitutivo de un ilícito proceder, y sobre la base de una sospecha indiciaria concreta -descrita con anterioridad-, siendo en consecuencia válida la utilización de las imágenes captadas para verificar una conducta ilícita cometida por la trabajadora.

El art. 90 de la Ley Orgánica 3/2018^[7] (en relación con el art. 5. “Deber de confidencialidad” de la LOPD) deja sentado la exigencia del conocimiento previo del trabajador como regla general de orden público inexcusable; recae en la dirección de la empresa facilitar esa información y su finalidad^[8]. Esa información deba atender al principio de transparencia el cual exige que la información y comunicación relativa al tratamiento de dichos datos sea fácilmente accesible y fácil de entender, y que se utilice un lenguaje comprensible.

Quinto. - Límites también explícitos se recogen en la regulación legal, cuando se establece que “en ningún caso se admitirá la instalación de sistemas de grabación de sonidos ni de videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o empleados públicos, tal como vestuarios, aseos, comedores o análogos” (art. 89.2 Ley Orgánica 3/2018).

Sexto. -En cualquier caso, la utilización de estos sistemas de vigilancia y control 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 que respetando el principio de proporcionalidad, el de intervención mínima y las garantías previstas en el sistema legal (SSTS 21 de julio de 2021, rec. 4877/2018; y de 25 de enero de 2022, rec. 4468/2018). Su condición de validez también depende de la transparencia y visibilidad (la cámara ha de ser visible), con la información (de su existencia y finalidad) al trabajador y a los representantes legales y con carteles que indique que existe una cámara de visualización y grabación. Esto precisamente garantiza su posible efecto disuasorio y persuasivo. Si la prueba de videovigilancia ha sido ilícita, por incumplir los deberes de motivación/justificación de la medida, información, transparencia y visibilidad –aparte del principio de proporcionalidad en la adopción de la medida sancionadora-, el eventual despido disciplinario de la persona que trabaja deviene ilegítimo, el cual de ordinario deberá calificarse de despido nulo al acreditarse que la prueba de videovigilancia –exclusiva o principal para motivar el despido disciplinario- ha sido ilícita con vulneración de derechos fundamentales (doctrina, de origen anglosajón, del “fruto del árbol envenenado”), con los efectos contractuales e indemnizatorios cualificados pertinentes (artículos 55, apartados 5 y 6, del ET y 108.2 de la LRJS). (La STC 61/2021, de 15 de marzo, no entró -incorrectamente- en esta cuestión de la calificación por entender que era una decisión de legalidad ordinaria que correspondería enjuiciar por ello a la jurisdicción ordinaria)^[9]. En cualquier caso, si se declara judicialmente que la prueba es ilícita por vulneración del derecho fundamental de la persona trabajadora ello exigirá el correspondiente resarcimiento del daño moral o perjuicio sufrido por el trabajador con independencia de que finalmente el despido sea calificado en sí como improcedente o nulo, y con carácter *adicional* a la indemnización tasada que le pueda corresponder al trabajador por el despido ilegítimo (*in fine* el grupo normativo formado por los artículos 178.2, 183.3 y 184 de la LRJS)^[10].

Séptimo. -El deber de informar al trabajador (y no debería de excluirse a los representantes legales de la empresa o centro de trabajo, en caso de que los hubiera) tiene una importante excepción en los supuestos de *cámara oculta*, por sospecha fundada en elementos indiciarios de que la persona que trabaja pudiera estar llevando a cabo una conducta desleal o ilícita. (Hay que tener en cuenta que en el caso de autos a la persona trabajadora no le fue notificada la realización de captación de su imagen durante el desempeño laboral ni la utilización de la misma con finalidad específica disciplinaria). La STC 39/2016, 3 de marzo de 2016, entiende que, si el trabajador sabe de la existencia del sistema de videovigilancia, no es obligado especificar la finalidad exacta asignada a ese control.

Ese es el caso y la doctrina establecida por el TEDH en STEDH (Gran Sala), de 17 de octubre de 2019 (números 1874/13 y 8567/13) (asunto López Ribalda II), que hace notar que en el caso se considera que el uso como prueba de las imágenes obtenidas por videocámara oculta no socava sin más la imparcialidad del proceso ni el derecho a la intimidad ni al más amplio derecho a protección de datos personales. La sospecha ha de ser fundada, y no tratarse de simples suposiciones. Se rectifica y corrige en gran medida la STEDH (Gran Sala) 9 de enero de 2018 (Caso López Ribalda I c. España), que inadmitió la prueba por tratarse de una videovigilancia oculta o encubierta sin una justificación razonable y sin atender a otros elementos de acreditación de los hechos. La *regla general continúa siendo que el sistema de videovigilancia sea conocido por el trabajador* (y de ordinario por sus representantes legales de existir éstos), aunque no sea obligado especificar la finalidad exacta asignada a esa vigilancia y control. El conocimiento/información (que a menudo se obtiene por el hecho de la notoriedad y visibilidad del sistema de videovigilancia y control de la seguridad de los centros o instalaciones^[11]) no puede identificarse con la exigencia de consentimiento o veto por parte del trabajador^[12]. El empleador no está obligado a requerir el consentimiento expreso del trabajador para el tratamiento de las imágenes que han sido obtenidas mediante las cámaras instaladas en la organización empresarial con la finalidad de seguro o control laboral. Tampoco se exige el consentimiento de la representación legal de los trabajadores.

Ahora bien, el tratamiento de las imágenes tiene una *adscripción finalista*, pues no pueden utilizarse para fines ajenos al control de las relaciones de trabajo (exclusivamente en los términos previstos, entre otros, en el art. 20.3 del ET). De no ser así, estaríamos ante una vulneración del derecho fundamental a la protección de datos de los trabajadores afectados por la medida de videovigilancia con todas las consecuencias jurídicas en términos de responsabilidad empresarial (art. 18 CE). Por otra parte, ha de ser necesaria –como se indicó– y ha de cumplir con los principios de justificación, adecuación y proporcionalidad, como elementos de racionalidad jurídica exigibles para que la medida de videovigilancia sea realmente respetuosa con los derechos fundamentales de los trabajadores y los poderes de vigilancia y control atribuidos al empresario (art. 20.3 del ET). Los poderes directivos del empleador –fundados en el contrato de trabajo o, en su caso, en la relación estatutaria de Derecho público y en el principio de la libertad de empresa ex art. 38 CE–, han de respetar los derechos de la persona trabajadora (como la protección de datos personales, la intimidad, etcétera), y tales principios de justificación, adecuación y proporcionalidad se infieren ya de la propia Constitución que los reconoce dentro del sistema de límites recíprocos que se impone deducir del estándar de derechos y libertades que nuestra Norma Fundamental garantiza en su sistema interno, el cual se dota de la pertinente apertura al estándar multinivel de garantía de los derechos fundamentales (artículos 10.2 y 93 a 96 de la Constitución). Los derechos fundamentales de los trabajadores (como el derecho a la protección de datos personales) limitan las facultades empresariales de control y vigilancia de la actividad laboral.

Para superar el juicio de proporcionalidad en la instalación *excepcional* de las *cámaras ocultas* (videovigilancia oculta) es necesario, como mínimo, los siguientes requisitos: 1) Que la cámara o el circuito de grabación esté instalado durante unos pocos días (por tanto, no puede ser una medida permanente, sino temporal y adaptada a los fines legítimos). 2) Igualmente, la cámara o el circuito de grabación

deberá de enfocar solo el puesto de trabajo de la persona de la que se sospecha (deben ser sospechas razonables con indicios acreditados). 3. Tratándose de una excepción al deber de informar con carácter previo a la introducción de la medida, sólo se permite no cumplirlo cuando se acrediten “sospechas razonables” de que se está produciendo (no tiene un carácter preventivo genérico e indiferenciado) un incumplimiento laboral que incida negativamente en los intereses de la organización empresarial y siempre con no se disponga de otros medios eficaces alternativos que sean menos invasivos sobre la esfera privada de la persona que trabaja. De este modo la vigilancia o controles ocultos no puede realizarse por una mera sospecha de la comisión de un acto ilícito por parte del trabajador, pues se ha de acreditar que existe una “sospecha razonable” *aportando indicios* de que se está cometiendo una infracción grave que incida negativamente en los intereses de la empresa o del empleador. 4) La grabación o videovigilancia también deberá superar la idoneidad necesaria del juicio de proporcionalidad (STC 186/2000). Esto significa que dicha grabación deberá de tener la finalidad de detectar el incumplimiento o la irregularidad que se pretende evitar y de que se tiene sospechas razonables (se insiste, no caben meras sospechas o intuiciones, pues es obvio que dichas justificaciones no superarían el juicio de proporcionalidad). Para el cumplimiento de tal finalidad se debería acreditar mediante cualquier tipo de documento o indicio que permita verificar la existencia de estas sospechas razonables en términos jurídicos. Los indicios sustentan una conclusión sobre el *factum probandum*^[13]. No se puede eximir de ellos –de esa aportación indiciaria-, porque se estaría no ante actos meramente discrecionales, sino decididamente arbitrarios sin justificación “a priori” alguna en el desenvolvimiento de las relaciones intersubjetivos de trabajo, las cuales están basadas, precisamente, en la confianza legítima y en el principio de la buena fe (inherentes a las obligaciones jurídicas de cooperación en las relaciones contractuales o estatutarias de trabajo). La cooperación debida (a la que sirve la relación obligatoria) presupone, de suyo, la buena fe contractual y, en general, en el actuar jurídico.

Con estos límites se puede utilizar la prueba de videovigilancia, sin que ello por sí mismo implique una lesión del derecho constitucional a la intimidad o del más amplio derecho a la protección de datos personales (art. 18 CE; interpretado conforme al canon hermenéutico establecido ex art. 10.2 de la misma Norma Fundamental). De manera que a efectos del despido disciplinario (art. 54 del ET) o sanción ex art. 58 del ET los hechos pueden ser objeto de prueba válida grabada a través del sistema de videovigilancia. Pero estamos en el campo donde la ponderación entre los bienes jurídicos fundamentales en tensión exige que la dinámica de la empresa no pueda derivar en una organización interna de poder de dominio y vigilancia prácticamente ilimitado sobre las personas que prestan servicios profesionales bajo condiciones de dependencia o subordinación organizacional. Si se aceptara su “normalización jurídica” sin límites precisos la vigilancia y control de las personas que trabajan entonces pasamos del trabajo subordinado contractualmente a la dominación directa de la persona del trabajador y la neutralización funcional/instrumental de sus derechos personalísimos en el marco de las relaciones de trabajo. Esto es, se transitaría de la simple subordinación o dependencia contractual al más amplio poder instrumental de un tipo de subordinación capaz de incidir en la naturaleza humana. Se arrebataría (o más exactamente se invadiría) al trabajador lo que le es más íntimo, esto es, la esfera inherente a su personalidad. Se estaría ante, en tal caso, de un poder (poder biopolítico neopanóptico normalizado que sobrepasaría a la formulación del poder biopolítico que realizara Michel Foucault) que presentaría el riesgo de incrementar la disciplina y el principio de autoridad más allá de lo que pueda resultar razonable en una relación profesional jurídica contractual o estatutaria. La idea de poner freno a formas de organización y vigilancia de las personas trabajadoras en los lugares de trabajo que incrementan los poderes exorbitantes de la dirección de la empresa y la intrusión en la esfera personalísima de los trabajadores es una exigencia del propio sistema democrático de relaciones laborales, pues pone en cuestión el disfrute de los derechos de la persona como ciudadano en la empresa u organización productiva. Las formas de organización empresarial propias de un reforzado orden de dominio de la vigilancia y control laboral invasivo “abandona las tradicionales reciprocidades

orgánicas con las personas”, expropia datos personales y posibilita la elaboración de modelos predictivos conductuales que limitan la esfera de libertad real de la persona que trabaja y la hacen más vulnerable frente al poder del empleador. La era digital y de la tecnociencia ha contribuido a la expansión de la empresa “neopanóptica”, la cual emerge en la coyuntura histórica actual como forma de vigilancia invasiva de los trabajadores y de dominación de las personas que trabajan a través de penetración de su esfera personal. Este nuevo escenario reabre el debate sobre el perímetro legal y ético del considerado legalmente legítimo poder de vigilancia y control del empleador ex art. 20.3 del ET y los medios que utiliza, manifiestamente invasivos, dada su potencial capacidad de trascender en todos los ámbitos de la relación laboral.

X. Apunte final

Todo lo relativo con la “prueba de videovigilancia” y la justificación del despido disciplinario, fundado en ella, es una cuestión jurídica extremadamente compleja, tanto en sus premisas de partida como por el carácter proteiforme de los casos objeto de controversia que han de ser resueltos en sede judicial en el marco de un sistema multinivel de garantías jurisdiccionales.

Pese a la doctrina jurisprudencial consolidada actualmente disponible, continúa siendo una cuestión problemática la admisibilidad de la prueba de videovigilancia aportada por la empresa para justificar el despido disciplinario del trabajador, y asimismo sobre los requisitos necesarios de la prueba basada en la videovigilancia y los principios de “balanceamiento” o ponderación entre los derechos y la *restricción* de los derechos fundamentales del trabajador. Se admite una prueba de videovigilancia para despedir disciplinariamente a la persona trabajadora, aunque esa admisibilidad está sometida a un sistema de límites y condiciones de validez ineludibles (donde entran en juego reglas generales y excepciones taxativas, pero formuladas a través de conceptos jurídicos indeterminados).

Persisten también serios problemas interpretativos respecto a la validez jurídica de obtención de imágenes a través de grabaciones ocultas, instaladas sin información previa alguna, sea con carácter general sorpresivo, o sea por sospechas (que en rigor deberían encontrar un soporte fáctico, serio y razonable) de que se está produciendo o se va a producir un incumplimiento de la persona trabajadora. Hay que tener en cuenta la previsión general del art. 22.4 (art. 22. Tratamiento con fines de videovigilancia) de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales: “El deber de información previsto en el artículo 12 del Reglamento (UE) 2016/679 se entenderá cumplido mediante la colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679. También podrá incluirse en el dispositivo informativo un código de conexión o dirección de internet a esta información. En todo caso, el responsable del tratamiento deberá mantener a disposición de los afectados la información a la que se refiere el citado reglamento”. Pero, por otra parte, está la controvertida doctrina establecida por la STC 39/2016 (Pleno), de 3 de marzo (que, entre otras consideraciones, indica que “si el trabajador sabe de la existencia del sistema de videovigilancia, no es obligado especificar la finalidad exacta asignada a ese control”), en relación con la Sentencia López Ribalda 2, ya aludida. Cabría inquirir sobre si en verdad se puede entender que esta controversia jurídica está clausurada y la solución interpretativa establecida es plenamente satisfactoria para la tutela efectiva del derecho fundamental concernido^[14].

Igualmente, a pesar del aval que encontró en la STC 61/2021, continúa siendo objeto de controversia en la doctrina jurídica la constitucionalidad de la desvinculación entre la nulidad de la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales de la persona trabajadora en su realización y la nulidad del despido.

Por otra parte, en estos casos de apreciación de la admisibilidad jurídica de la prueba de videovigilancia hay una ponderación interpretativa entre el derecho

fundamental a la protección de datos personales y el poder de despido disciplinario del empresario, que supone una *restricción* del derecho a la protección de datos personales al servicio de otros fines previstos en el ordenamiento jurídico y que reduce su fuerza protectora para hacer efectivos otros derechos, que en este caso no tienen el carácter fundamental en el sentido estricto de no disfrutan de un más elevado nivel de tutela conferida en la Constitución como norma fundamental del ordenamiento jurídico. Esta *restricción* será constitucionalmente legítima si es razonable (justificación) y proporcional (que en un contexto relacional y de colisión remite a una optimización en el sentido de procurar que el derecho se realice con la mayor amplitud posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas) en el marco del proceso de razonamiento judicial, porque de lo contrario sería inconstitucional. Se realza, así, la necesidad de justificar de manera racional cualquier tipo de *restricción* a la operatividad efectiva del derecho a la protección de datos constitucionalmente garantizado. La justificación presupone la existencia de una finalidad y de medios adecuados para alcanzarla. De lo contrario no se superará el test de proporcionalidad y de conexión de racionalidad.

Referencias:

1. ^ ALEXY, R.: *“Teoría del discurso y derechos constitucionales”* (2004), en ALEXY, R.: *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, México D.F., Fontamara, 2005, p. 61.
2. ^ Por su parte, el art. 22. (*“Tratamientos con fines de videovigilancia”*) [...]. 4. *El deber de información previsto en el artículo 12 del Reglamento (UE) 2016/679 se entenderá cumplido mediante la colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679. También podrá incluirse en el dispositivo informativo un código de conexión o dirección de internet a esta información. En todo caso, el responsable del tratamiento deberá mantener a disposición de los afectados la información a la que se refiere el citado reglamento”*.
3. ^ La STS de 25 de enero de 2022, rec. 4468/2018, dictada en un supuesto idéntico al enjuiciado en la STS de 21 de julio de 2021, ha reiterado su doctrina. Y lo mismo cabe decir de las SSTs de 13 de octubre de 2021, rec. 3715/2018, y 91/2022, de 1 de febrero, rcud, núm. 3482/2019, etcétera.
4. ^ Esta disposición establece un derecho de consulta-informe de los representantes de los trabajadores, los cuales tendrán derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste, sobre las siguientes cuestiones: “[...] f) La implantación y provisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo”. Hay que tener en cuenta que el art. 64.1, párrafo segundo, del ET define la consulta entendiendo por tal “el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo”; añadiendo que “En la definición o aplicación de los procedimientos de información y consulta, el empresario y el comité de empresa actuarán con espíritu de cooperación, en cumplimiento de sus derechos y obligaciones recíprocas, teniendo en cuenta tanto los intereses de la empresa como los de los

trabajadores (art. 64.1, párrafo tercero, del ET). Hay que tener en cuenta que el incumplimiento del procedimiento de “consulta-informe” puede cuestionar la validez de la medida empresarial adoptada. Estos derechos de “consulta-informe” – incluido, pues, el art. 64.5.f) del ET- pueden, y en puridad deberían, ser objeto de concreción y mejora por parte de la autonomía colectiva, según se prevé en el propio sistema legal ex art. 91 (“Derechos digitales en la negociación colectiva”) de la Ley Orgánica 3/2018, conforme al cual, “los convenios colectivos podrán 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”.

5. [^] Conforme al art. 22.4 de la Ley Orgánica 3/2018 (“Tratamientos con fines de videovigilancia”) “el deber de información previsto en el art. 12 del Reglamento (UE) 2016/679 se entenderá cumplido mediante la colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679. También podrá incluirse en el dispositivo informativo un código de conexión o dirección de internet a esta información”. Resulta de interés la STS, Sala de lo Penal, 569/2020, de 20 de octubre de 2020, sobre Cámaras de videovigilancia en el Hospital e investigación de delitos. Las cámaras se colocaron en el pasillo de distribución y acceso a las habitaciones del hospital, por lo que no alcanzaban espacios donde pueda concurrir un ámbito de privacidad intenso como el interior de las habitaciones, aseos o de zonas comunes y despachos o cuartos de los profesionales sanitarios y del personal del centro. En suma, las cámaras solamente controlaban el flujo de personas que transitan por el pasillo, por lo que la medida se considera ponderada.
6. [^] SSTs 7 de julio de 2016, rec. 3233/2014, y 21 de julio de 2021, rec. 4877/2018, entre otras.
7. [^] Según el art. 90 (“Derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral”), apartado 1, “los empleadores podrán tratar los datos obtenidos a través de sistemas de geolocalización para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el art. 20.3 del ET y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo. 2. 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”.
8. [^] El Alto Tribunal en STC 39/2016 de 3 de marzo, declaró la admisibilidad de la prueba de videovigilancia al considerar que “teniendo el trabajador la información previa de la instalación de las cámaras de videovigilancia a través del correspondiente distintivo informativo y habiendo sido tratadas las imágenes captadas para el control de la relación laboral, no puede entenderse vulnerado el art. 18.4 CE o derecho a la intimidad”.
9. [^] Se ha señalado que la STC 61/2021, avaló la constitucionalidad de la desvinculación entre la nulidad de la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales de la persona trabajadora en su realización y la nulidad del despido. Esta doctrina constitucional abordó la controversia jurídica relativa a la interpretación del art. 55.5 del ET desde el punto de

vista del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), calificando la misma como mera cuestión de legalidad ordinaria. En ella se abandona la interpretación de la legalidad en atención a la efectividad de los derechos fundamentales y su tutela en la dirección de la reparación integral de la lesión. El Tribunal Constitucional otorga parcialmente el amparo a la trabajadora al considerar vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sólo en la medida en que la sentencia impugnada no le reconoció una indemnización por la lesión de sus derechos fundamentales en la obtención de la prueba ilícita. Esta sentencia tiene un voto particular de la magistrada M^a Luisa Balaguer Castejón. El impacto negativo singular de esta sentencia del Alto Tribunal sobre la tutela efectiva y las pruebas tecnológicas (como es el caso de la prueba de videovigilancia) es analizado en CASAS BAAMONDE, M.E.: “Prueba ilícita y despido. Desconexión de la nulidad de la prueba lesiva fundamentales y la nulidad del despido producido con violación de derechos fundamentales”, en Revista de Jurisprudencia Laboral, núm. 4, 2021, y BAZ RODRÍGUEZ, J.: “El despido disciplinario con prueba lesiva de derechos fundamentales y su calificación: ¿formulación, aclaración o modificación de la doctrina constitucional? (Comentario a la STC 61/2021, de 15 de marzo, sala 1^a, rec. Amparo 6838-2019)”, en Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum, núm. 2, 2022, pp. 143-152.

10. ^ Reténgase, al efecto, que la STEDH (Gran Sala) 17 octubre 2019 (López Ribalda II), el hecho de que, como igualmente ocurría en el supuesto enjuiciado por el TEDH, la prueba no fuera nula desde la perspectiva de la impugnación judicial de la sanción disciplinaria impuesta al trabajador, no impide que la empresa pueda ser responsable en el ámbito de la legislación de protección de datos, de manera que las allí demandantes tenían otras medidas a su disposición, como la denuncia ante la agencia o el órgano responsable de la protección de datos o el ejercicio de acciones judiciales, pues la protección de datos en el marco de la videovigilancia en el lugar de trabajo puede garantizarse por diversos medios, que pueden corresponder sin duda al derecho laboral, pero también al derecho administrativo, civil o penal, medios estos últimos que las allí demandantes optaron por no utilizar”.
11. ^ Un supuesto típico en el que el sistema de videovigilancia era conocido por el trabajador “por evidente y notario”, es el caso de autos contemplado en la STS 817/2021, de 21 de julio de 2021, recud. 4877/2018. Implícitamente este criterio podría estar establecido en la STDH de 17 de octubre de 2019 (López Ribalda II), que admite la prueba válida para acreditar el incumplimiento del trabajador a través de las imágenes obtenidas de cámaras de videovigilancia, siempre que la persona trabajadora concernida conociera de su existencia; y entendiendo que no resulta necesario indicar la finalidad específica que motivó su implantación en el lugar de trabajo. No obstante, no se olvide que en el supuesto de la sentencia López Ribalda II se trataba no de un supuesto general, sino de “cámaras ocultas”: se justificaba la grabación con cámaras ocultas en el centro de trabajo por la existencia debidamente acreditada de sospechas razonables de irregularidades graves.
12. ^ Véase SSTs 2 de febrero de 2017, rec. 554/2016, y STS, Sala de lo Social, núm.1003/2021, de 13 de octubre, recud, 3715/2018.
13. ^ Véase MONEREO PÉREZ, J.L., y ORTEGA LOZANO, P.G.: “Prueba de videovigilancia, tutela de los derechos fundamentales y justificación del despido disciplinario: límites y requisitos de razonabilidad jurídica”, en Revista de Jurisprudencia Laboral, núm. 4/2022; Ibid., “Se justifica la

grabación con cámaras ocultas en el centro de trabajo por la existencia debidamente acreditada de sospechas razonables de irregularidades graves. STEDH (Gran Sala), de 17 de octubre de 2019 (números 1874/13 y 8567/13) (asunto López Ribalda II)”, en Revista de Jurisprudencia Laboral, núm. 8/2019.

14. ^ Resulta paradigmática la argumentación contenida en la STSJPV 1837/2023, de 18 de julio de 2023, Nº de Rec. 1121/2023, que declaró nulo el despido de la trabajadora, con fundamento en los artículos 89 y 22.4 de la Ley Orgánica 3/2018, indicando que la empresa no informó a los trabajadores de la utilización del sistema de videovigilancia para llevar a cabo un control de la actividad laboral y estableció y mantuvo dicho sistema de videovigilancia con relación a la clientela. Por lo demás, cuestiona el TSJPV que se esté ante un “hecho flagrante” capaz de legitimar la excepción que se prevé en el art. 89 de la Ley Orgánica 3/2018. Y reclama la aplicación de la “doctrina del fruto envenenado” ante la ilicitud de la aducida “prueba de videovigilancia” para fundamentar el acto de despido disciplinario.

§ 24 Nulidad del acuerdo por el que se admite el voto telemático en las elecciones a representantes de los trabajadores.

Faustino Cavas Martínez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia.

Resumen: El Tribunal Supremo ha declarado que el sistema de voto telemático no tiene cabida en el vigente marco normativo regulador del procedimiento a elecciones de órganos de representación unitaria de los trabajadores en la empresa. La regulación legal y reglamentaria aplicable en esta materia al personal laboral únicamente contempla el voto presencial y el voto por correo, sin habilitar expresamente a la negociación colectiva para introducir otras modalidades de voto en las elecciones sindicales.

Palabras clave: Digitalización. Elecciones sindicales. Voto telemático. Derecho necesario. Autonomía colectiva.

Abstract: The spanish Supreme Court has declared that the system of remote voting is not adjusted to the current regulatory framework on election procedure for employee representative bodies in the company. The legal and regulatory framework applicable in this area to labour personnel only contemplate in-person voting and mail-in voting, and it does not expressly authorize collective bargaining to introduce other voting methods in union elections.

Keywords: Digitalisation. Trade union elections. Telematic voting. Non-waivable right. Collective bargaining.

I. Introducción

El vigente marco normativo regulador del procedimiento electoral para la designación de miembros de los órganos de representación unitaria de los trabajadores en la empresa (delegados de personal y miembros de comité de empresa), previsto tanto en los artículos 69 a 76 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores de 2015 como en el RD 1884/1994, de 9 de septiembre, no contempla de forma expresa la utilización del voto electrónico o telemático en los procesos electorales, sino que tan sólo prevé y regula las dos modalidades de voto tradicionales, el voto presencial y el voto por correo. La pregunta que surge inmediatamente es: ¿estamos ante una delimitación legal exhaustiva o *numerus clausus* de los sistemas de votación? ¿Cabrían otras opciones o modalidades de voto? Y es que no son tan inhabituales los supuestos en que la parte sindical promotora de las elecciones a representantes del personal, con el acuerdo y la implicación (imprescindible) de la empresa, ha propuesto la posibilidad de que los electores puedan recurrir voluntariamente al voto telemático, situación no siempre pacífica y que algunos laudos arbitrales y sentencias de juzgados de lo social han tenido oportunidad

de validar expresamente cuando la decisión de la mesa electoral sobre esta cuestión ha sido recurrida.

En este contexto, reviste gran importancia la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, núm. 102/2025, de 5 de febrero (rec. núm. 76/2023), que ha tenido ocasión de pronunciarse, resolviendo un recurso de casación ordinaria, sobre si resulta ajustado a derecho o no el acuerdo suscrito entre las empresas del Grupo Iberdrola y las centrales sindicales ATYPE-CC (Asociación de Técnicos y Profesionales de la Energía-Colectivo de Cuadros), USO (Unión Sindical Obrera), SIE (Sindicato Independiente de la Energía) y ELA-STV (Eusko Langileen Alkartasuna-Sindicato de Trabajadores Vascos), que contemplaba el voto telemático en las elecciones a representantes unitarios de los trabajadores. La sentencia del Tribunal Supremo viene a confirmar la de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 12 de diciembre de 2022, dictada en el procedimiento de conflicto colectivo promovido por los sindicatos UGT, CC.OO. y CGT, que, con estimación parcial de la demanda (autos 338/2022), declaró ilícito el sistema de voto telemático incluido en dicho acuerdo. Una decisión sumamente relevante porque, se comparta o no el criterio del Tribunal Supremo, cierra (de momento) la puerta a la posibilidad de utilización del voto *on line* en las elecciones sindicales, en tanto no se produzca una modificación normativa que lo incluya y regule expresamente.

Al tratarse, en opinión del TS, de una materia de derecho necesario indisponible, tampoco mediante convenio colectivo de naturaleza estatutaria ni mediante un pacto o acuerdo colectivo podría preverse su utilización en el actual marco legal.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala de lo Social).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 102/2025, de 5 de febrero.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCO núm. 76/2023.

ECLI:ES:TS:2025:508

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Como se ha anticipado, la cuestión a resolver pasa por decidir si es ajustado o no a derecho el acuerdo firmado entre determinados sindicatos y las empresas del Grupo Iberdrola, que contempla el voto telemático en las elecciones sindicales a celebrar en dicho grupo.

El día 8 de junio de 2022, las secciones sindicales de SIE, ATYPE-CC, USO y ELA (que representaban el 55,47% de la representación social), comunicaron a la Dirección de Recursos Humanos del Grupo Iberdrola su intención de promover un proceso electoral en todas las empresas del grupo en el mes de diciembre de 2022, en el que solicitaban se facilitase los medios necesarios para el desarrollo del proceso electoral incluido el voto presencial, el voto por correo y el voto telemático.

En el acuerdo de promoción de elecciones generalizado en el Grupo Iberdrola, fechado el 15 de septiembre de 2022, se acordó solicitar a la representación empresarial “que facilite los medios necesarios para facilitar en todas las mesas electorales, un sistema de votación mixto, mediante votación presencial, que incluya el voto por correo, y mediante votación telemática, en la que se pueda ejercer el derecho al voto libre, personal, directo y secreto (según lo estipulado en el art. 75 E.T). Cada

elector decidirá voluntariamente cuál de los medios desea utilizar en caso de que se utilice más de un sistema de votación. En este sentido, y al objeto de cumplir los aspectos relacionados con el ejercicio del derecho al voto, se desarrollará un reglamento de funcionamiento en el que se definirán los aspectos fundamentales que debe cumplir el software utilizado para el sistema de votación telemática”.

La propuesta de utilización del voto telemático -a la que se acompañaba un borrador de reglamento desarrollado a partir de la información facilitada por el proveedor del sistema de software necesario para efectuar la votación telemática- fue acogida por gran parte de las mesas electorales, decisión impugnada por los sindicatos actores.

Asimismo, por las respectivas representaciones letradas de UGT-FICA, la Federación de Industria de CC.OO. y CGT, se presentó demanda conjunta sobre conflicto colectivo al amparo de lo dispuesto en el artículo 153 de la LRJS, de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, suplicando el dictado de sentencia estimatoria que declarase ilícito el sistema de voto telemático incluido en el acuerdo promotor de las elecciones en el ámbito del conflicto. También se interesaba la anulación de las cláusulas del referido acuerdo que regulaban dicha modalidad de voto, así como la anulación de todos los procedimientos en los que se hubiera utilizado el voto telemático y sus votos, acordando lo necesario para que se procediera a la repetición de los actos de votación en dichos procedimientos, practicándose del modo indicado por el ET y su norma de desarrollo reglamentario.

La SAN de 12 de diciembre de 2022 (autos 338/2022), previa desestimación de la excepción de variación sustancial de la demanda, y tras fijar que la única pretensión adecuada a la modalidad procesal de conflicto colectivo era la relativa al debate jurídico sobre la licitud del sistema de voto telemático incluido en el acuerdo (quedando el resto de pretensiones deducidas en la demanda a expensas de las eventuales resoluciones que pudieran adoptar las mesas electorales respecto a la modalidad de voto, las cuales deberían ser impugnadas, en su caso, por el procedimiento legal pertinente en materia electoral), declaró ilícito el contenido de dicho acuerdo en lo relativo a la implantación del voto telemático^[1].

Frente a esta decisión de la SAN formalizan recurso de casación las organizaciones codemandadas ATYPE y SIE (se aquietan ELA-STV, USO y el Grupo Iberdrola). Han sido partes recurridas UGT-FICA, CC.OO. de Industria y CGT.

IV. Posición de las partes

En el recurso de casación formalizado por ATYPE se consignan dos motivos: 1º) El primero, formulado al amparo del artículo 207 b) LRJS, donde se alega inadecuación del procedimiento legalmente establecido en el artículo 153 y siguientes de la LRJS. 2º) Un segundo motivo, al amparo del artículo 207 e) LRJS, que alega infracción de los artículos 69 y 75 ET, en relación con el art. 3.1 del Código Civil y el Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa.

En el recurso presentado por SIE se hacen valer tres motivos: 1º) Con fundamento en el art. 207.e) LRJS, el sindicato alega la infracción de los artículos 28.2 y 129.2 CE, 3.1 CC, así como de los artículos 69.1, 75.1 y 75.2 ET y 19.3 de la Ley del Trabajo a distancia y de la jurisprudencia aplicable; 2º) Al amparo del artículo 207.d) LRJS, para interesar la modificación de los hechos probados de la sentencia recurrida, en el sentido de añadir un nuevo hecho probado, que sería el duodécimo, con la siguiente redacción: “Damos por reproducidas las características técnicas de seguridad y de protección de datos del sistema de votación telemática. -Descriptor 113-, así como las certificaciones y auditorías del proveedor de servicios de voto telemático -Descriptor 115-; y 3º) Al amparo, de nuevo, del artículo 207.e) LRJS, para alegar infracción de los artículos 129.2 CE, 3.1 CC, así como de los artículos 4.1. g), 69.1, 75.1 y 75.2 ET y del artículo 10 del Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa.

Recibido el expediente digital de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y admitidos los recursos de casación, tras haber sido impugnados por los tres sindicatos demandantes, se dio traslado por diez días al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de interesar la estimación parcial de ambos recursos.

V. Normativa aplicable al caso

Entre los diversos preceptos aplicables para la solución de la controversia, cabe destacar, amén de otros que se mencionan en la sentencia analizada y a los que se aludirá más adelante, los siguientes:

-El artículo 75 del ET, a cuyo tenor: "1. El acto de la votación se efectuará en el centro o lugar de trabajo y durante la jornada laboral, teniéndose en cuenta las normas que regulen el voto por correo. El empresario facilitará los medios precisos para el normal desarrollo de la votación y de todo el proceso electoral. 2. El voto será libre, secreto, personal y directo, depositándose las papeletas, que en tamaño, color, impresión y calidad del papel serán de iguales características, en urnas cerradas. 3. Inmediatamente después de celebrada la votación, la mesa electoral procederá públicamente al recuento de votos mediante la lectura por el presidente, en voz alta, de las papeletas."

-El Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, cuyo artículo 10 contempla y regula únicamente la modalidad de voto por correo: "Cuando algún elector prevea que en la fecha de votación no se encontrará en el lugar que le corresponda ejercer el derecho de sufragio...", sin hacer referencia alguna a la posibilidad del voto telemático.

-El artículo 44.1 del EBEP, donde se establece: "El procedimiento para la elección de las Juntas de Personal y para la elección de Delegados de Personal se determinará reglamentariamente teniendo en cuenta los siguientes criterios generales: a) La elección se realizará mediante sufragio personal, directo, libre y secreto que podrá emitirse por correo o por otros medios telemáticos".

- Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, que en su artículo 19 desarrolla los derechos colectivos de las personas que trabajan a distancia, imponiendo a las empresas la obligación de facilitar los elementos precisos para garantizar su ejercicio, y de forma expresa indica en su apartado 3, "en particular, su participación efectiva presencial para el ejercicio del derecho a voto en las elecciones a representantes legales", sin considerar siquiera la posibilidad del voto telemático.

VI. Doctrina básica

La STS 102/2025 comienza su fundamentación jurídica despejando el óbice procesal formulado en ambos recursos, denunciando la inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo seguido para resolver la controversia. La Sala Cuarta desestima este motivo, afirmando que el contenido de la controversia (declarar la licitud o no del sistema de voto telemático incluido en el acuerdo firmado entre los sindicatos actores y el Grupo Iberdrola) tiene perfecto encaje en la modalidad procesal prevista en el art. 153 LRJS, habiéndose ceñido escrupulosamente los pronunciamientos de la SAN a esta concreta cuestión.

A continuación, se pronuncia sobre el motivo de revisión de hechos probados aducido en el recurso del sindicato SIE, el cual es desestimado porque la demanda de conflicto colectivo no se sustenta en la mayor o menor fiabilidad y seguridad de la aplicación informática desarrollada para implementar el voto telemático, sino en la genérica consideración de que la normativa legal vigente no permite que mediante acuerdo entre la empresa y una parte de las fuerzas sindicales implantadas en la misma pueda implementarse un sistema de votación telemática para las elecciones sindicales distinto al voto presencial y por correo que contemplan las normas legales de aplicación.

A juicio del TS, no es admisible el voto telemático con la vigente regulación legal, sobre la base de dos tipos de argumentos: el primero de ellos, relacionado con la

interpretación de la normativa conforme a la realidad social vigente; y el segundo, relacionado con la posibilidad que tiene la negociación colectiva de entrar a regular esta materia^[2].

1º) En relación con el primer argumento, la Sala no acepta la tesis defendida por el grupo de empresas y los sindicatos firmantes del acuerdo de que, si bien la regulación legal y reglamentaria no contempla expresamente el voto telemático, su no prohibición debe interpretarse en el sentido de su permisibilidad a tenor de una interpretación de las normas conforme a la realidad social del tiempo en que deben ser aplicadas (art. 3.1 CC), y ello porque:

- el artículo 75 del ET sólo permite el voto presencial y por correo conforme a las normas que lo regulan en el RD 1888/1994, de 9 de septiembre, y no admite ningún otro sistema de votación diferente (*numerus clausus*);
- no considera que esta regulación legal sea algo “arcaico y trasnochado, alejada en el tiempo de la realidad social actual”, pues data del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, cuando las comunicaciones telemáticas se encontraban ya en una fase muy avanzada y era perfectamente conocida la posibilidad de implantar sistemas de votación de tal naturaleza, siendo así que el RD 1888/1994 que regula el voto por correo también fue modificado en mayo de 2015, sin que ninguna de estas disposiciones previera el voto telemático en la regulación del procedimiento electoral sindical;
- el legislador, sin embargo, durante ese mismo período de tiempo, e incluso con anterioridad, sí que decidió incorporar el voto telemático en el texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (art. 44.a), que es de octubre de 2015, y en el RD 555/2011, que regula el régimen electoral del Consejo de la Policía;
- Item más, el legislador ha seguido sin incluir este sistema de votación en las numerosas modificaciones que el ET ha experimentado con posterioridad, habiéndose dictado normas, como la Ley del Trabajo a Distancia en 2021, que tampoco recoge el voto telemático.

Todo ello lleva a la conclusión de que le legislador ha tenido múltiples oportunidades de incluir el voto telemático en el procedimiento de elecciones sindicales, y si lo hubiera querido hacer ya lo habría hecho de forma expresa, de modo que debe imponerse la interpretación literal de la regulación vigente que únicamente prevé el voto presencial y el voto por correo.

2º) A este primer argumento se añade la consideración de que las reglas legales que regulan el procedimiento de elecciones sindicales son materia de orden público, de derecho necesario y naturaleza jurídica indisponible. Por tal motivo, no es posible que un convenio colectivo, y menos aún un simple acuerdo alcanzado entre la empresa y algunos sindicatos por más que estos sean mayoritarios, pueda alterar las reglas legales en aquellos aspectos del procedimiento electoral en que no existe una específica remisión a los convenios y/o a los acuerdos colectivos. Se ampara para ello el Tribunal Supremo en ciertos pronunciamientos de la Sala (STS 760/2018, de 12 de julio -rec. 133/2017- y STS 739/2024, de 28 de mayo -rec- 12/2022-) que declararon la nulidad de preceptos convencionales estatutarios que establecieron un único colegio electoral en cada centro de trabajo, poniendo de manifiesto la indisponibilidad de las reglas legales que disciplinan el procedimiento electoral.

Relacionado con este argumento, el TS invoca la relevancia de los resultados de las elecciones sindicales en orden a determinar el nivel de representatividad sindical, lo que lleva a ser cautelosos por la crucial trascendencia que cualquier pacto o acuerdo que module la regulación legal del procedimiento electoral puede desplegar en este sentido.

VII. Parte dispositiva

La STS 102/2025, tras examinar los diferentes motivos del recurso y haber oído al Ministerio Fiscal, desestima los recursos de casación interpuestos por las organizaciones sindicales ATYPE-CC y SIE contra la SAN de 12 de diciembre de 2022, en demanda de conflicto colectivo 338/2022, seguida a instancia de UGT-FICA, CC.OO. y CGT, contra las empresas integrantes del Grupo Iberdrola, SIE, ATYPE-CC, USO y ELA., sentencia que es declarada firme, sin costas.

VIII. Pasajes decisivos

-“En definitiva, y siendo cierto que tampoco lo prohíben, la realidad es que ninguna de las normas legales de aplicación contempla el voto telemático, pese a resultar evidente que en normativas anteriores y coetáneas al texto vigente del ET ha sido aceptado sin embargo en otros ámbitos electorales diferentes.”

-“Motivo por el que no puede acogerse el argumento de que la realidad social y el actual nivel de desarrollo tecnológico haya superado y sobrepasado las circunstancias conocidas y tenidas en cuenta por el legislador en materia de elecciones sindicales en el seno de las empresas reguladas en el art. 75 ET, que, además, tampoco ha sido modificado a tal efecto en ninguna de las múltiples reformas posteriores del RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.”

-“Dicho lo anterior, hay que recordar ahora que estamos en una materia de orden público, derecho necesario y naturaleza jurídica indisponible, en la que se ha de ser especialmente cauteloso a la hora de admitir que la negociación colectiva pudiese alterar las reglas legales en aquellos aspectos del procedimiento electoral en los que no existe una específica previsión que de forma expresa contemple una remisión a los convenios y acuerdos colectivos para atribuirles la posibilidad de establecer reglas especiales en cuestiones atinentes al desarrollo de las elecciones sindicales.”

-“Lo que conduce a entender que corresponde al legislador fijar el marco en el que la negociación colectiva puede afectar a una cuestión tan relevante como es la de introducir reglas que modulen la normativa legal en el desarrollo del procedimiento electoral. Tanto en lo que se refiere a cuáles hayan de ser los concretos aspectos y materias electorales que puedan ser objeto de regulación en la negociación colectiva, como en la definición del rango, la clase y naturaleza jurídica de los acuerdos y convenios colectivos habilitados a tal efecto.”

-“La traslación de todas estas consideraciones a una materia tan singular como es la del voto telemático, en orden a admitir la posibilidad de que la negociación colectiva pueda introducir un sistema de votación distinto al presencial y al voto por correo previstos en el art. 75.1 ET, lleva necesariamente a concluir que en ningún caso puede realizarse mediante un pacto firmado entre la empresa y una parte de los sindicatos con implantación en la misma, como el que es objeto de este litigio, cuando no existe una habilitación legal que así lo establezca y el acuerdo colectivo en cuestión no es de los regulados en el Título III ET.”

IX. Comentario

Pese a la contundencia de estos argumentos, las reacciones críticas a la decisión del Tribunal Supremo en esta materia no se han hecho esperar^[3], como en el pasado ya se vertieron respecto a la decisión adoptada por la SAN de 22 de diciembre de 2022, cuya tesis ha confirmado la Sala Cuarta^[4]. En apretado resumen, los defensores de la posibilidad de recurrir al voto telemático en las elecciones sindicales aducen: la inexistencia de una prohibición normativa expresa a la utilización del mismo, que el legislador podría haber establecido pero no lo ha hecho, lo que puede interpretarse como admisión tácita de ese sistema de votación, con la condición de que se respeten escrupulosamente las reglas de orden público ya previstas; la preeminencia de una interpretación ex. art. 3.1 del Código Civil ajustada a la realidad social vigente en que las nuevas tecnologías están plenamente implantadas, pero también conforme a su finalidad, que es contribuir a facilitar la participación de los trabajadores en el proceso

electoral; la disfunción que supone, caso de celebrarse elecciones sindicales en las Administraciones públicas, que el personal funcionario y estatutario pueda votar telemáticamente pero no así el personal laboral; el menor coste económico que supone el voto telemático en comparación con la habilitación de una mesa itinerante, así como las menores disfuncionalidades (y mayor comodidad) que supone el voto en remoto frente al voto por correo; la cuestionable caracterización jurisprudencial de esta materia como derecho necesario indisponible.

X. Apunte final

El pronunciamiento del Tribunal Supremo supone un freno a la digitalización de las elecciones sindicales, obligando a mantener el sistema tradicional basado en dos únicas modalidades de voto, presencial y por correo.

Aunque la doctrina de esta sentencia deja un poso de insatisfacción, al ser poco compatible con la digitalización creciente que experimentamos en todos los ámbitos de la vida, considero que difícilmente la Sala Cuarta del TS hubiera podido emitir un pronunciamiento de signo diverso en el presente asunto, a tenor de la vigente regulación legal. Por muy adecuado y conveniente que resulte incorporar el sistema el voto telemático en los procedimientos electorales a representantes unitarios de los trabajadores (como ya se viene haciendo a otros efectos, p. ej., para refrendar pactos o convenios colectivos), ante la claridad de una regulación de derecho necesario indisponible, que únicamente contempla el voto presencial y el voto por correo, y por muy ineficientes que resulten estos dos únicos métodos de votación en algunas empresas (plataformas digitales o empresas que recurren al trabajo a distancia, sin ir más lejos), no es suficiente invocar el desajuste con la realidad social del tiempo como fundamento de una interpretación laxa de la norma, que permita dar entrada a un sistema de votación que la misma no contempla (aunque, ciertamente, tampoco prohíbe). Y es que no compete a los tribunales, cuya función constitucional es interpretar y aplicar el derecho vigente, anticipar la tan necesaria reforma (ampliamente reclamada por la doctrina iuslaboralista) del Título II del ET y del RD 1884/1994, para actualizar su regulación en materia de órganos de representación unitaria y elecciones sindicales, adaptándola a los nuevos escenarios productivos y a las profundas transformaciones que ha traído consigo la revolución digital en el mundo del trabajo y de la empresa. La responsabilidad de esta tarea recae de lleno sobre el Legislador, al que corresponde diseñar y establecer el marco regulatorio básico, con el auxilio del Ejecutivo en aquellos aspectos de carácter más técnico y precisados de desarrollo reglamentario, sin obviar la posible intervención (que debería ser residual a fin de no desvirtuar la coherencia e integridad del modelo) de la autonomía colectiva, allí donde la regulación estatal en materia de representación unitaria, incluida la dimensión procedimental, consienta despojarse de su prístina configuración de orden público.

La regulación que pueda establecerse sobre el voto telemático debería abordar, entre otros aspectos, las garantías que debe reunir el mismo para que efectivamente sea personal, libre, directo y secreto, y que el voto no se pueda duplicar, estableciéndose mecanismos de autenticación e identificación; los requisitos técnicos del sistema de votación telemática que garanticen su seguridad y fiabilidad; el sistema de recuento del voto telemático, garantizándose la objetividad y transparencia en el escrutinio; la previsión de en qué casos las empresas están obligadas a facilitar la utilización del voto telemático; o el cumplimiento de la normativa en materia de protección de datos personales en todas las fases del proceso electoral.

En todo caso, y como comentario final, sería deseable un mayor grado de coherencia en los planteamientos de las organizaciones sindicales, que indistintamente se han manifestado a favor y en contra del voto telemático en los procedimientos electivos a órganos de representación del personal en distintas empresas. Como muestra, baste señalar que los sindicatos UGT y CC.OO., contrarios a la implantación del voto telemático en las elecciones sindicales que tuvieron lugar en las empresas del Grupo Iberdrola en 2022 por inexistencia de cobertura legal, lo defendieron férreamente en el proceso electoral celebrado ese mismo año, sin ir más

lejos, en la empresa Mercedes Benz Vitoria, sin cuestionar un ápice su legalidad y fiabilidad, mientras que el sindicato ELA, firmante de la propuesta favorable a la utilización del voto telemático en el asunto aquí comentado, allí se opuso al mismo aduciendo la inseguridad del sistema de votación telemática y la posibilidad de fraude electoral^[6].

Referencias:

1. ^ Un análisis de esta sentencia a cargo de GOERLICH PESET, J.M., “La Audiencia Nacional, contra el voto telemático en las elecciones a representación unitaria (sentencia 165/2022 de 22 de diciembre”, *El Foro de Labos*, 9 de febrero de 2023. Disponible en: <https://www.elforodelabos.es/2023/02/la-audiencia-nacional-contra-el-voto-telematico-en-las-elecciones-a-la-representacion-unitaria-sentencia-165-2022-de-12-de-diciembre/>. Asimismo, VALLE MUÑOZ, F.A., “La implantación de las nuevas tecnologías en las elecciones sindicales”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 67 (2024), pp. 142-179.
2. ^ VALLE MUÑOZ, F.A., “La nulidad del acuerdo por el que se implanta el voto telemático en unas elecciones sindicales. A propósito de la discutible sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2025 (rec. nº. 76/2023)”, *Briefs AEDTSS*, nº 23, 2025, p. 1. Disponible en: <https://www.aedtss.com/la-nulidad-del-acuerdo-por-el-que-se-implanta-el-voto-telematico-en-unas-elecciones-sindicales-a-proposito-de-la-discutible-sentencia-del-tribunal-supremo-de-5-de-febrero-de-2025-rec-n-o-76-2023/>.
3. ^ BELTRÁN DE HEREDIA, I., “El voto telemático es contrario al régimen electoral sindical vigente (STS 5/2/25)”, en su blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 21 febrero 2025, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2025/02/21/el-voto-telematico-es-contrario-al-regimen-electoral-sindical-vigente-sts-5-2-25/>. Este autor manifiesta su sorpresa ante una decisión con la que “parece que hemos retrocedido de golpe unas cuantas décadas”. En la misma línea, ROJO TORRECILLA, E., “¿Llegará algún día el voto telemático a las elecciones sindicales? ¿Habrá regulación legal? A propósito de la sentencia del TS de 5 de febrero de 2025 (con obligado recordatorio de la dictada por la AN el 12 de diciembre de 2022)”, en el blog del autor *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, sábado, 22 de febrero de 2025, disponible en: <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2025/02/llegara-algun-dia-el-voto-telematico.html>; y VALLE MUÑOZ, F.A., “La nulidad del acuerdo por el que implanta el voto telemático...”, cit. supra.
4. ^ Vid. análisis citados en nota 1.
5. ^ Puede seguirse la noticia en https://cronicavasca.elespanol.com/empresas/20221028/trabajo-de-ela-telematico-elecciones-mercedes-vitoria/714178578_0.html

§ 25 La parábola del ojo de la aguja y el motivo de revisión de sentencias laborales firmes previsto en el art. 86.3 LRJS.

Emilio Palomo Balda

Magistrado (jubilado) de la jurisdicción social.

Resumen: La sentencia penal firme que absuelve al trabajador por los mismos hechos recogidos en la carta de despido únicamente habilita la rescisión de la sentencia laboral firme que declaró la procedencia del cese, cuando la absolución se fundamente en la inexistencia de los hechos imputados o en la falta de participación en su comisión. En los 35 años transcurridos desde la incorporación de esta causa, tan solo una demanda articulada a su amparo ha logrado superar el umbral de la revisión.

Palabras clave: Proceso de revisión de sentencias firmes. Cuestión prejudicial penal. Despido procedente. Apropiación de bienes de la empresa. Posterior sentencia penal absolutoria. Atipicidad de la conducta imputada.

Abstract: A final criminal judgment acquitting the employee for the same facts alleged in the dismissal letter may only serve as grounds for rescinding the final labor judgment that upheld the lawfulness of the dismissal when such acquittal is based on the non-existence of the alleged conduct or on the employee's lack of involvement in its commission. In the thirty-five years since this ground for review was incorporated into the legal system, only one claim relying on it has succeeded in passing through the exceptionally narrow threshold for rescission.

Keywords: Review of final judgments. Criminal preliminary question. Disciplinary dismissal. Misappropriation of corporate assets. Subsequent acquittal in criminal proceedings. Absence of criminal typicity.

I. Introducción

1. Marco de referencia

Una de las funciones que art. 59 LOPJ, al igual que el art. 9 LRJS que lo desarrolla, encomiendan a la Sala 4ª del Tribunal Supremo, es la revisión de sentencias firmes dictadas por los órganos jurisdiccionales del orden social, independientemente de su grado. No es un recurso, aunque, en ocasiones se le denomine como tal, sino un verdadero proceso, nuevo y autónomo respecto del anterior, que reviste carácter excepcional, en tanto puede llegar a quebrar la autoridad de la cosa juzgada, y extraordinario, al circunscribirse su objeto al examen de los motivos que de manera tasada enumera el art. 236.1 LRJS^[1].

Entre ellos, figura el recogido en el art. 86.3 LRJS, al que remite dicho precepto, consistente en que en el proceso penal seguido por la misma conducta que fue enjuiciada en el litigio laboral recaiga sentencia firme cuyo pronunciamiento absolutorio

encuentre sustento en que los hechos imputados no existieron o no pueden ser atribuidos al trabajador.

Se trata de una vicisitud sobrevenida, extrínseca al pleito social, cuya operatividad está sometida a unas formalidades, a unos límites temporales y a unos condicionamientos estrictos, tendentes a mantener el necesario equilibrio entre las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica, constitucionalizado en el art. 9.3 CE, y los imperativos de la justicia, configurada como uno de los valores superiores que el art. 1.1 CE propugna para el ordenamiento jurídico.

El caso paradigmático, y en el que, salvo alguna excepción puntual^[2] ha puesto el foco el Tribunal Supremo, acaece cuándo concurren estas dos situaciones: 1ª) en el orden social se ha proferido sentencia que considera probada una actuación del trabajador demandante que, además de constituir un incumplimiento grave y culpable de sus obligaciones contractuales, determinante de la sanción de despido, puede ser constitutiva de delito; 2ª) con posterioridad a su firmeza la gana una sentencia penal de signo absolutorio en la que se declara o bien que los hechos que sustentaron el pronunciamiento de la jurisdicción social no existieron, o bien que el imputado no tuvo participación en los mismos.

En particular, el supuesto más usual es el que surge cuando la medida disciplinaria obedece a comportamientos que entrañan una transgresión de la buena fe contractual o un abuso de confianza en el desempeño laboral y el delito atribuido al trabajador es alguno de los que guardan conexión con esa clase de proceder, como los de daños, robo, hurto, apropiación indebida, receptación, estafa, falsedad documental, falsedad contable, falso testimonio, revelación de secretos, corrupción, cohecho, exacciones ilegales, malversación de caudales públicos, tráfico de influencias, blanqueo de capitales, administración desleal y delitos societarios, entre otros por los que los asalariados han recurrido al mecanismo de la revisión.

A un asunto de las características indicadas se enfrentó el TS en la sentencia comentada, si bien antes de entrar en su examen resulta oportuno formular algunas observaciones generales sobre el motivo de revisión del que conoce.

2. Configuración del motivo de revisión previsto en el art. 86.3 LRJS

El art. 86.3 LRJS reprodujo de forma literal el específico motivo de revisión de sentencias firmes en el orden jurisdiccional social que introdujo el Texto Articulado LPL 1990, de donde pasó al Texto Refundido LPL 1995, dotando al ordenamiento jurídico de una herramienta que permite remediar su eventual contradicción, "a posteriori", con una sentencia firme emanada del orden jurisdiccional penal. Su instauración se hizo bajo la consideración de que sin perjuicio de la opción general recogida en los arts. 4.1 y 86.1 LRJS a favor de no suspender los procesos declarativos sociales ni aplazar su resolución por la existencia de una cuestión prejudicial penal, en atención, entre otros bienes jurídicos, a la rapidez con que conviene solventar las contiendas laborales, y sin perjuicio también de que el enjuiciamiento y la calificación jurídica de la conducta del trabajador por los tribunales de los dos órdenes implicados, aplicando las normas correspondientes, se hace de modo independiente, en ejercicio de sus respectivas competencias, lo que no puede admitirse en ningún caso, como viene proclamando desde antiguo el Tribunal Constitucional en referencia a aquellos supuestos en los que el ordenamiento jurídico impone la necesidad de deferir al conocimiento de otro orden jurisdiccional una cuestión prejudicial, es que para los órganos del Estado unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o, habiendo sucedido, un tribunal atribuya su autoría a un sujeto y otro tribunal niegue tal autoría, pues a ello se oponen elementales principios lógicos y de seguridad jurídica, así como la exigencia de justicia y el derecho a la tutela judicial efectiva.

De constatarse la existencia de una divergencia fáctica de esa naturaleza, el principio de justicia material prevalece sobre el de seguridad jurídica, de forma que la decisión adoptada por la jurisdicción penal acerca de la inexistencia del hecho, o de su comisión, se impone a la tomada al respecto por la social, cuya sentencia se

rescindirá, tras lo que las partes podrán hacer su valer su derecho, según les convenga, en el juicio correspondiente, tal como dispone el art. 516.1 LEC.

A la luz de la doctrina constitucional expuesta, acuñada en las sentencias 24/1984, de 23 de febrero, 62/1984, de 21 de mayo, a la que se ajustó el diseño legal del motivo de revisión analizado, para que éste entre en juego no basta con que se haya emitido una sentencia penal exculpatória, sino que es necesario e imprescindible que la absolución halle sustento en alguna las causas descritas normativamente, esto es, en que los hechos por los que se tildó como procedente el despido no tuvieron lugar, o en que el interesado no intervino en los mismos. Solamente en esos casos, la resolución recaída en las actuaciones penales gozará de virtualidad para dejar sin efecto la sentencia dictada en el pleito de despido.

La idea expresada debe ir acompañada de la mención al criterio jurisprudencial consolidado expresivo de que tales causas deben ser aplicadas de manera estricta y rigurosa, sin interpretaciones extensivas o analógicas que vulneren el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a la inmodificabilidad e intangibilidad de las situaciones jurídicas declaradas en resoluciones judiciales firmes. Como puso de relieve el TS en la sentencia de 27 de septiembre de 2011 (Rev. 12/2011), el art. 86.3 LRJS no trata de imponer una vinculación general de carácter retroactivo de la sentencia laboral por los hechos o calificaciones de la sentencia penal, sino que se limita a prever una medida extraordinaria frente a la regla general de prejudicialidad no devolutiva en orden a revisar aquellos casos en que la sentencia social sustentó su fallo en un hecho que, según la sentencia penal, no existe o del que no se puede inculpar al acusado.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 114/2025, de 18 de febrero.

Tipo y número de recurso o procedimiento: Proc. revisión núm. 104/2024.

ECLI:ES:TS:2025:739

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Vicente Sempere Navarro

Votos particulares: carece

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La sentencia objeto de esta anotación resuelve la demanda de revisión formulada por un trabajador que desempeñaba funciones como encargado de almacén en una compañía dedicada a la distribución y venta de electrodomésticos, contra la sentencia del Juzgado de lo Social que declaró su despido procedente al considerar probado que en dos ocasiones sacó productos del almacén, cuyo coste de adquisición por la empresa fue 27,10 y 16,11 euros, sin cumplimentar un albarán, como era preceptivo, ni abonar su importe, sin conocimiento de sus superiores y sin proceder posteriormente a su devolución, calificación que el TSJ de Castilla-León, Sala de Burgos, confirmó en sentencia de 11 de abril de 2024.

La solicitud de rescisión de la sentencia social se basó en la circunstancia contemplada en el art. 86.3 LRJS, encontrando fundamento en que con fecha 5 de julio de 2024 devino firme la sentencia del Juzgado de Instrucción que le absolvió de los dos delitos leves de hurto regulados en el art. 234 CP, de los que venía acusado. En dicha resolución, el órgano enjuiciador, después de valorar la prueba practicada y teniendo presente el principio in dubio pro reo, llegó a la conclusión de que los hechos

denunciados no eran constitutivos de los delitos imputados, al no acreditar la prueba practicada el propósito del acusado de obtener alguna clase de ventaja, utilidad o beneficio, como exige el tipo penal.

Para la debida comprensión de las razones que inspiraron la diferente respuesta de uno y otro orden jurisdiccional, es importante destacar la distinta consideración que mereció la declaración efectuada por una vecina del trabajador en el sentido de que le había encargado un par de productos para regalárselos a su madre, pero que luego se arrepintió. Para el Juzgado de lo Social, dicha manifestación no desvirtúa la existencia del incumplimiento ni explica la falta de devolución de las mercancías. Por su parte, el Juzgado de Instrucción otorgó especial relevancia a ese testimonio, argumentando que corroboraba la versión del acusado acerca de que cogió los pequeños electrodomésticos para enseñárselos a una persona mayor de su pueblo, lo que, según se afirma, viene a ahondar en su falta de culpabilidad en la comisión de los hechos.

IV. Posición de las partes

1. *El trabajador reclamó* la rescisión de la sentencia del Juzgado de lo Social, fundando su pretensión en que fue absuelto en la causa penal seguida como consecuencia de la denuncia presentada la empresa encontrando sustento ese pronunciamiento en la inexistencia de los hechos determinantes de su cese.

2. La empresa opuso a la demanda de revisión alegando, en esencia, que la sentencia penal estimó probada la conducta imputada y justificó su fallo en que no era acreedora de reproche penal.

3. *El Ministerio Fiscal adujo* que el juez de instrucción no excluyó la existencia del hecho imputado ni la participación del actor, siendo la falta de prueba la que condujo esencialmente, por aplicación del principio de presunción de inocencia, a su absolución. Interesó, por ello, la desestimación de la demanda.

V. Normativa aplicable al caso

A) El art. 236.1 LRJS prescribe que "Contra cualquier sentencia firme dictada por los órganos del orden jurisdiccional social (...), procederá la revisión prevista en la Ley 1/2000, de 7 de enero, por los motivos de su artículo 510 y por el regulado en el apartado 3 del artículo 86 de la presente ley".

B) Por su parte, el art. 86.3 LRJS establece que "Si cualquier otra cuestión prejudicial penal (*distinta de la basada en falsedad documental*) diera lugar a sentencia absolutoria por inexistencia del hecho o por no haber participado el sujeto en el mismo, quedará abierta contra la sentencia dictada por el juez o Sala de lo Social la vía de la revisión regulada en la Ley de Enjuiciamiento Civil".

C) El art. 54.2.d) ET contempla como causa de despido la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo y el art. 234 CP tipifica como delito (leve) de hurto, tomar, con ánimo de lucro, las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño, siempre que su valor no exceda de 400 euros y no concurra ninguna de las circunstancias del art. 235.

VI. Doctrina básica

Para que una sentencia penal absolutoria firme pueda actuar como motivo de revisión de una sentencia laboral, también firme, es preciso que la exculpación del trabajador se produzca como consecuencia de la inexistencia del hecho o de su autoría o participación, lo que no sucede cuando el pronunciamiento exculpatario no encuentra sustento en ninguna de esas dos singulares causas, sino en la aplicación del principio de presunción de inocencia, que lleva al órgano judicial penal a concluir que no se ha acreditado la concurrencia del elemento subjetivo del tipo incriminatorio.

VII. Parte dispositiva

La sentencia glosada desestimó la demanda de revisión habida cuenta que la razón de la absolución penal no fue ninguna de las específicamente recogidas en el art. 86.3 LRJS, sino la falta de acreditación de la concurrencia de ánimo de lucro por parte del trabajador.

VIII. Pasajes decisivos

A) "La absolución penal no cumple con las exigencias que permiten rescindir una sentencia laboral firme. En lugar de quedar acreditada la inexistencia del hecho o el no haber participado el sujeto en los acontecimientos que desencadenaron la sentencia del orden social, sucede todo lo contrario. La sentencia absolutoria (...) confirma la realidad de la conducta en que se basaba el despido (...) y su calificación judicial como procedente (...)"

B) En efecto, "la sentencia penal pone de relieve que el trabajador (igual que el resto) no podía sacar mercancías de la empresa (...) y, sin embargo, está demostrado que el trabajador sí lo hizo (...)"

C) "Las circunstancias de hecho relevantes en el orden penal y en el orden social han sido las mismas; no hay contradicción que obligue a rescindir lo resuelto por el Juzgado de lo Social: quedan incólumes los hechos que determinaron la apreciación por parte de la empresa, convalidada por las sentencias dictadas en la jurisdicción social, de que los hechos constituyeron una transgresión de la buena fe contractual merecedora del despido disciplinario"

D) "La sentencia absolutoria justifica su decisión por no tener los hechos cabida en el delito de hurto tipificado en el artículo 234 del Código Penal, La ausencia de tipicidad deriva de que no concurre la obtención del beneficio o ventaja exigido, que constituye uno de los elementos del tipo penal, pero sin que ello suponga la inexistencia del hecho de que el demandante se llevó de la empresa dos productos sin abonarlos y sin comunicarlo adecuadamente, cualquiera que fuese su destino (...) y la intención de su conducta".

IX. Comentario

1. Breve alusión a la estructura y contenido de la sentencia

Si atendemos a la estructura interna de la sentencia anotada, se constata la existencia de cuatro partes fundamentales que a continuación se detallan sin seguir el orden marcado en dicha resolución, aparte de las dedicadas a la consignación de los antecedentes relevantes del caso y de los términos del debate revisorio.

De un lado, el TS procede a verificar el efectivo cumplimiento de los presupuestos de admisibilidad de la demanda y, en particular, de los relativos al agotamiento previo de los recursos jurisdiccionales que la ley prevé para que la sentencia laboral pueda considerarse firme a efectos rescisorios, al plazo de presentación, a la idoneidad de la resolución penal invocada y a los requisitos formales de la demanda, exigencias todas ellas cuya concurrencia aprecia. Se trata, sin duda, de un tema de gran importancia, pero que excede del espacio disponible y del objeto específico de este comentario.

Esta misma observación resulta aplicable a los apartados en los que la Sala 4ª hace un recordatorio de ontología y caracteres básicos del remedio de la revisión, así como del régimen legal de la concreta causa esgrimida en la demanda y de la doctrina que respecto de la misma emana del TC y del TS.

Finalmente, se exponen las razones que llevan a la desestimación de la demanda que, en lo sustancial, se han recogido al transcribir los pasajes decisivos de la sentencia, argumentos que sería ocioso reiterar aquí dada su claridad y consistencia.

En su lugar, se ha optado por intentar sistematizar los distintos supuestos que la Sala 4ª ha excluido del ámbito de cobertura del art. 86.3 LRJS por no tener encaje en

ninguna de las singulares causas que contempla. Y ello, con la intención no sólo de ofrecer una panorámica general que muestre la diversidad de situaciones que se presentan, sino también de tratar de encontrar un hilo conductor que explique por qué 35 años después de su implementación, este motivo de revisión solo ha posibilitado la rescisión de una sentencia^[3], lo que permite afirmar con rigor que la historia de esta causa rescisoria es fundamentalmente la crónica de sus exclusiones.

2. Resoluciones penales absolutorias carentes de idoneidad para justificar la rescisión de la sentencia laboral

Las decisiones exculpativas del orden penal que quedan extramuros del art. 86.3 LRJS se pueden encuadrar en dos bloques diferenciados.

A) El primero de ellos engloba, al menos, tres escenarios que se caracterizan del modo siguiente:

a.- Los hechos presuntamente constitutivos del delito o delitos por los que se siguió la causa criminal difieren de aquellos que abocaron a la declaración de procedencia del despido, lo que comporta que la absolución penal carezca de eficacia a efectos revisorios. Así sucedió en el asunto resuelto por sentencia de 16 de enero de 2024 (Rev. 1/2022) en el que el único incumplimiento enjuiciado por la jurisdicción social fue la desatención por el actor de las instrucciones relativas a la forma de realizar determinadas operaciones, sin que en ningún momento se entrase a considerar la posible existencia de la administración desleal y la apropiación indebida por las que fue imputado penalmente; o en el zanjado mediante sentencia de 20 de diciembre de 2023 (Rev. 27/2022), siendo la conducta sancionada laboralmente permitir la salida de la empresa de camiones con carga en exceso y no facturada, comportamiento muy alejado del que constituyó el delito de hurto por el que el demandante fue inculcado. La misma solución resulta de aplicación cuando los hechos objeto de acusación no abarcan todas las irregularidades cometidas por el trabajador que condujeron a tildar como procedente el despido, como en el caso al que se enfrentó la sentencia de 27 de enero de 2008 (Rev. 12/2007).

b.- La persona absuelta en el proceso penal es un trabajador distinto del que i en base a ese pronunciamiento interesa la revisión de la sentencia laboral que le afecta, como en el caso que decidió la sentencia de 2 de abril de 2024 (Rev. 17/2023).

c.- La sentencia penal no absuelve al trabajador de alguno de los delitos relacionados con las infracciones laborales que sirvieron de base a la procedencia del despido, como ocurrió en el supuesto que dio lugar a la sentencia de 14 de junio de 2022 (Rev. 14/18).

B) En el segundo grupo quedan incluidas aquellas sentencias que pese a ser totalmente absolutorias y referirse a los mismos hechos enjuiciados en el proceso social, no contienen un juicio de certeza sobre su inexistencia material o la falta de participación del acusado. En él tienen cabida una variada gama de situaciones en las que las razones vertidas en la sentencia penal para fundamentar el fallo no son las indicadas, sino cualesquiera otras por las que se exime al imputado de responsabilidad penal, como las que a continuación se relacionan.

a.- Ausencia de acusación: la sentencia penal absuelve al trabajador, no por la inexistencia de los hechos que condujeron a la declaración de procedencia del despido, o por no haberlos llevado a cabo o intervenido en ellos, sino ante la falta de pretensión de condena por las partes intervinientes en la causa, aplicando la garantía procesal básica que informa el sistema procesal penal, cual es la de la virtualidad del principio acusatorio. Sirva como muestra el caso examinado en la sentencia de 20 de julio de 2016 (Rev. 38/2015), en la que ni el Ministerio Fiscal ni el cliente denunciante ni la empresa perjudicada mantuvieron la acusación contra el trabajador de un establecimiento comercial que se apropió de un móvil que el cliente se había dejado olvidado en su interior, actuación por la que su despido fue calificado como procedente.

b.- Atipicidad penal de la conducta imputada: la sentencia penal no niega la certeza de los hechos recogidos como acreditados en la dictada por la jurisdicción social, pero descarta su calificación como infracción penal al no encajar en la descripción del delito por el que se siguió la causa, pronunciamiento que no equivale a proclamar la inexistencia de una conducta susceptible de constituir un ilícito laboral. La exclusión resulta plenamente justificada desde el momento que el ámbito de la tipicidad penal es distinto y más reducido que el de los incumplimientos contractuales sancionables con el despido, no pudiendo trasladarse a la órbita disciplinaria laboral las limitaciones derivadas del principio de tipicidad propio del Derecho Penal. Una determinada actuación puede no ser punible penalmente, pero sí integrar una falta laboral merecedora de reproche disciplinario, de modo que la circunstancia de que las conclusiones sean divergentes no permite tachar las sentencias de contradictorias, ni extraer de la absolución penal consecuencias revisoras del pronunciamiento social.

La absolución puede producirse tanto por la ausencia del elemento objetivo del tipo penal imputado como por la falta del componente subjetivo del mismo, que es el supuesto al que se enfrentó la sentencia glosada y también la datada el 27 de enero de 2015 (Rev. 28/2013).

c.- Inexistencia de prueba suficiente sobre los hechos imputados: la sentencia penal no afirma que los hechos que conforman el tipo penal, y que en su día justificaron el despido del trabajador, no sucedieron, o no los realizó, y la conclusión probatoria a la que llega desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 CE, es que no quedaron debidamente acreditados, por lo que le absuelve. Esa garantía constitucional, a tenor de la cual, para justificar la condena penal, la culpabilidad ha de ser probada de forma suficiente, más allá de toda duda razonable, no resulta aplicable en el proceso de despido, en el que no se emite ningún juicio sobre la culpabilidad del trabajador que suponga el ejercicio del *ius puniendi* del Estado y el debate se contrae a determinar si ha incurrido o no en un incumplimiento de sus obligaciones laborales que legitime la decisión adoptada por su empleador. En tal sentido, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, entre otras, en sentencias 153/2000, de 12 de junio, y 186/2000, de 10 de julio.

La diferencia apuntada permite entender que la valoración que del material probatorio realiza el órgano de la jurisdicción penal - aunque sea sustancialmente el mismo que el tomado en consideración en el orden social - para afirmar que no ha resultado acreditado de manera concluyente, con el rigor requerido, el hecho denunciado o su autoría por el acusado, no pueda determinar la rescisión de una sentencia dictada en un litigio en el que la actividad probatoria no se encaminó a destruir la presunción de inocencia, sino a demostrar los hechos origen del acto extintivo y su atribución al trabajador, y en la que el órgano judicial, en ejercicio de las competencias y facultades que le corresponden, consideró acreditado el incumplimiento contractual, lo que le condujo a declarar procedente el despido.

Este supuesto, en el que no hay contradicción en los hechos declarados probados relacionados con la actuación del trabajador, sino enjuiciamiento independiente a la luz de reglas diferentes, es el más común, pudiendo citarse entre las sentencias más recientes que se ocupan del mismo las datadas el 23 de enero y 3 de abril de 2024 (Rec. 21/22 y 29/2023).

d.- Concurrencia de una causa eximente de la responsabilidad criminal: el fallo absolutorio penal no encuentra fundamento en la falta de realidad de los hechos denunciados o en la no participación del acusado, sino en alguna de las circunstancias recogidas en el art. 20 CP. Así sucedió en el caso al que se refiere la sentencia de 27 de septiembre de 2011 (Rev. 12/2011) en el que la sentencia penal aplicó la eximente de legítima defensa.

X. Apunte final

La forma en la que el motivo de revisión de sentencias laborales firmes que nos ocupa está configurado legalmente, exigiendo que la absolución en sede penal obedezca a una de las circunstancias previstas en el art. 86.3 LRJS, así como la doctrina jurisprudencial que interpreta y aplica el precepto, en tanto excluye cualesquiera otras razones por las que se declare la inexistencia de responsabilidad criminal, constituyen sin duda el factor esencial que ha contribuido a que, en los 35 años transcurridos desde la instauración de esta causa, todas las demandas basadas en ella que pasaron el filtro de la admisión, en número que excede la centena, salvo una, hayan sido desestimadas por el Tribunal Supremo. Pero, siendo ello cierto, cabe preguntarse si existe algún método que ayude a traspasar la estrechísima puerta que da acceso a la revisión, en particular en el supuesto más habitual en la práctica en quien recurre a ese mecanismo es el trabajador cuyo despido ha sido calificado como procedente.

Bajo esa perspectiva, es importante resaltar el obstáculo que puede suponer el hecho de que el interesado, como es frecuente en la práctica, esté defendido por diferentes profesionales en el pleito laboral y en la causa criminal y/o que el que lo hace en esta última oriente exclusivamente su actuación a conseguir la exoneración de su cliente, y no a obtener el concreto pronunciamiento que permitiría rescindir la sentencia de despido. Para que la decisión adoptada en el proceso penal pueda tener incidencia en la resolución emitida por la jurisdicción social será necesario que el imputado despliegue una actividad probatoria encaminado a demostrar de manera inequívoca que los hechos imputados no sucedieron o que no tuvo participación en los mismos, así como que realice un esfuerzo argumental dirigido a convencer a los órganos judiciales penales de la trascendencia de una resolución con ese contenido, lo que si bien no es una tarea sencilla, es un desafío que, al menos en determinados supuestos, merece ser enfrentado.

Referencias:

1. [^] *En lo que respecta a la revisión de sentencias laborales en general*, Sempere Navarro, A.V.: "Revisando el <<recurso>> de revisión", REDT, n° 273 (marzo 2024).
2. [^] *Más allá del supuesto común u ordinario, ante la Sala 4ª se han planteado demandas de revisión de sentencias recaídas en procedimientos de extinción del contrato del art. 50 ET y de recargo de prestaciones de la Seguridad Social. Sobre la primera materia litigiosa, giró la dictada de 2 de febrero de 2022 (Rev. 2/2021), decidiendo un asunto en el que la persona física codemandada interesó la rescisión de la sentencia estimatoria dictada por el Juzgado de lo Social con fundamento en la agresión física sufrida por el actor, invocando la posterior sentencia penal que le absolvió del delito leve que, de contrario, venía acusado, habiendo resuelto un caso similar en la fechada el 27 de septiembre de 2011 (Rev. 12/2021). En lo que al segundo tipo de controversia se refiere, cabe citar la demanda resuelta por sentencia de 30 de marzo de 2016 (Rev. 13/2014) en la que los administradores sociales, después de haber sido declarados responsables, junto a la empresa, del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, solicitaron la rescisión de la sentencia laboral esgrimiendo como título la proferida posteriormente en el orden penal que les absolvió de un delito contra la seguridad y salud de los trabajadores. De supuestos relacionados con el anterior se ocuparon las sentencias 4 de diciembre de 2007 (Rec. 8/2006) y 17 de junio de 2013 (Rev. 10/2012).*

3. [^] Se trata de la sentencia de 26 de marzo de 2004 (Rev.36/2003) que rescindió la dictada por el Juzgado de lo Social, confirmada en suplicación, que declaró la procedencia del despido del trabajador demandante al considerar acreditada su intervención en la falsificación de determinados documentos oficiales, teniendo en cuenta que la sentencia penal que le absolvió afirmó categóricamente que desconocía las alteraciones cometidas en esos documentos por otro acusado, lo que encuentra encaje en la segunda de las causas recogidas en art. 86.3 LRJS. El Tribunal aclara que dicho precepto no se refiere simplemente a intervención puramente material, sino a una participación con relevancia penal, que no se produjo en el supuesto enjuiciado.

§ 26 Inexistencia de despido colectivo. Falta de acción al no producirse extinción de contratos.

Eduardo Rojo Torrecilla

Catedrático (jubilado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona.

Resumen: *El artículo versa sobre una resolución judicial en la que se debate sobre la existencia de una decisión empresarial de extinción de contratos sin cumplir la tramitación requerida para llevar a cabo un despido colectivo. Dado que queda probado que no se han producido las extinciones contractuales, existe falta de acción e inadecuación de procedimiento que condiciona la competencia objetiva del tribunal. Queda sin juzgar, por no ser objeto del litigio, la posible subrogación de una de las codemandadas.*

Palabras clave: *Despido colectivo. Contrato de trabajo. Demanda. Acción.*

Abstract: *The article deals with a court decision in which the existence of a company decision to terminate contracts without complying with the procedures required to carry out a collective dismissal is debated. Given that it is proven that the contractual terminations have not taken place, there is a lack of action and procedural inadequacy that conditions the objective competence of the court. The possible subrogation of one of the co-defendants remains unjudged, as it is not the subject matter of the litigation.*

Keywords: *Collective dismissal. Employment contract. Claim. Aaction.*

I. Introducción

Es objeto de comentario en este artículo la sentencia dictada por el Pleno de la Sala de lo Social del TS el día 19 de febrero (rec. 185/2024).

Antes de ello, dejo constancia de otra sentencia dictada igualmente por el Pleno de la Sala, el 21 de febrero (rec. 214/2024)

El interés de ambas resoluciones judiciales radica en la declaración de nulidad de los despidos colectivos, debido a infracciones procesales formales, en el primero por falta de acción, y el segundo por incongruencia omisiva y carencia de sustento fáctico, aun cuando con consecuencias diferenciadas, ya que en la primera se deja imprejuzgada la posible subrogación de una de las codemandadas, la TGSS, sin perjuicio de las acciones que puedan ejercer las personas trabajadoras ante los JS, mientras que en la segunda se devuelven las actuaciones a la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana para que dicte nueva sentencia y dé debida respuesta a todas las pretensiones formuladas en la demanda.

La sentencia objeto de comentario da respuesta al recurso de casación interpuesto por el sindicato de transportes y comunicaciones de la CGT y por la Federación de

Servicios de CCOO contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid el 9 de febrero de 2024 (rec. 664/2023) que contó con el voto particular de una magistrada, coincidente con el fallo desestimatorio de la demanda interpuesta por la Federación de Servicios de CCOO pero por una razón diferente de la que llevó a dictar la sentencia.

El muy amplio resumen oficial de la sentencia ya permite tener un excelente conocimiento del conflicto y del fallo: “DESPIDO COLECTIVO (TGSS y KONECTA BTO, SL). Contrata adjudicada a la mercantil KONECTA para la realización del servicio de gestión y atención telefónica de consultas derivadas de redes sociales y de la atención y soporte integral al autorizado RED. Implantación progresiva de un nuevo modelo de gestión por la TGSS, en paralelo, al desarrollo de la contrata, que incluye muchas más actividades de las subcontratadas. A la finalización de la contrata, la TGSS no se hace cargo de los trabajadores adscritos a aquella (176 empleados) que desde entonces continúan en alta y prestando servicios para KONECTA. Constituye premisa necesaria para la tramitación de un proceso de despido colectivo que se haya producido la extinción de los contratos de trabajo de los afectados, lo que no ha ocurrido. Inadecuación del procedimiento que condiciona la competencia objetiva. Apreciación de oficio”.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala de lo Social).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 120/2025, 19 de febrero.

Tipo y número recurso: RCO núm. 185/2024.

ECLI:ES:TS:2025:766

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel A. Blasco Pellicer.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El litigio encuentra su origen en sede judicial con la presentación de demanda el 30 de octubre de 2023 contra la empresa Konecta BTO S.L y la TGSS. La pretensión formulada era la siguiente:

“Que la decisión de la TGSS de extinguir los contratos de trabajo de los trabajadores adscritos al servicio de Gestión y Atención Telefónica de Consultas derivadas de la Redes Sociales (Twitter) y de la Atención y Soporte Integral al Autorizado RED a través de canales no presenciales (telefónico y telemático) de la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL al no subrogarse, constituye un despido colectivo, efectuado por las codemandadas, que se ha realizado incumpliendo todos y cada uno de los requisitos establecidos en los artículos 51 y 53 del Estatuto de los Trabajadores, y artículo 124.2 de la LRJS motivo por el cual el referido despido debe ser declarado NULO, condenándose solidariamente a la TGSS y a la empresa KONECTA BTO SL a la readmisión de la totalidad de los trabajadores adscritos al servicio en las mismas condiciones que regían antes del despido con las consecuencias inherentes a tal declaración o subsidiariamente debe ser declarado improcedente, condenándose solidariamente a la TGSS y a la empresa KONECTA BTO S.L a que opten por la readmisión o indemnización en legal forma, con el abono de los salarios dejados de percibir desde el despido y hasta la readmisión en caso que opten por el abono de la indemnización”

La demanda fue desestimada por la ya referenciada sentencia del TSJ de Madrid, de la que conviene reproducir algunos fragmentos de los hechos probados para poder comprender mejor la fundamentación de la dictada por el TS.

“«PRIMERO.- TGSS desde el año 2007 viene abriendo concursos para la adjudicación administrativa del servicio de gestión y atención telefónica de consultas derivadas de las redes sociales y de la atención y soporte integral del autorizado RED de la TGSS (interrogatorio de TGSS).

SEGUNDO.- Se convocó concurso por TGSS para la contratación de servicio de gestión y atención telefónica de consultas derivadas de las redes sociales y de la atención y soporte- integral al autorizado Red de la TGSS para el contrato de 2019.

Consta en el pliego de cláusulas administrativas particulares que han de regir en la cláusula tercera información sobre las condiciones de subrogación de conformidad con el art. 130 LCSP...

TERCERO.- Se celebró en fecha 31/07/2019 contrato administrativo para la ejecución del servicio de gestión y atención telefónica de consultas derivadas de las redes sociales y de la atención y soporte integral al autorizado Red de la TGSS, expediente 2019/ASAT, entre la TGSS y la empresa KONECTA BTO SL (folio 102 a 118), inicialmente el contrato se pactó por dos años. El contrato se inició el día 6 de febrero de 2020 y fue objeto de cinco prórrogas.

En este servicio se empleaban a 176 trabajadores...

SÉPTIMO.- El contrato se prorroga en un primer momento por cuatro meses desde el 6 de febrero al 5 de junio de 2022, posteriormente por seis meses hasta diciembre de 2022, nuevas prórrogas hasta la última del 6 de julio 2023 a 5 de octubre 2023. El tiempo de duración de las prórrogas estaba en función del tiempo que se estimaba estaría implantado totalmente el sistema nuevo (Documental y testifical).

OCTAVO.- La empresa Konecta en agosto de 2023 preguntó a la TGSS sobre la posibilidad de nuevas prórrogas y TGSS contestó el 13/09/2023 que a la finalización del periodo establecido en la última prórroga se estima que habrá culminado la implantación del nuevo modelo de atención al ciudadano, en el que estaban trabajando y que está avanzando de forma progresiva en la consolidación de este sistema (folio 166). Se informa que el contrato finalizará el día 5 de octubre de 2023.

TGSS en escrito de 15/09/2023 informa a Konecta que al terminar la relación contractual con Konecta el 05/10/2023, los trabajadores que prestan servicios en Torrejón deben retirar los efectos personales y devolver las tarjetas de identificación ya que se procede a la clausura de las instalaciones.

Konecta facilita a TGSS la relación de personal que prestaban servicios, manifestando que quedaba a disposición de TGSS para facilitar el traspaso de estas personas.

TGSS comunica a Konecta que no confluyen los presupuestos facticos ni jurídicos para que se producto la subrogación de los trabajadores a la extinción del contrato entre TGSS y Konecta y se procede a la devolución de la documentación remitida por Konecta.

Las instalaciones de Torrejón de Ardoz están cerradas. (Documental e interrogatorio)...

UNDÉCIMO.- La empresa Konecta no ha extinguido los contratos de trabajo de los 176 empleados. Cuando la TGSS comunicó que no aceptaba la subrogación, los trabajadores continuaron de alta en Konecta.

Al terminar el contrato de Konecta con la TGSS, acordó llegar a cabo ERTE del 1 al 28 de noviembre de 2023, también adoptó mediante acuerdo modificación sustancial de condiciones de trabajo Algunos trabajadores han causado baja voluntaria

o han solicitado excedencia. Actualmente la mayoría de los 176 empleados siguen de alta en Konecta. (Documental)” (la negrita es mía).

IV. Posición de las partes

En el acto de juicio, la parte demandante aclaró que la demanda solo solicitaba la condena de la TGSS, adhiriéndose la CGT, mientras que la empresa codemandada alegó falta de acción, en cuanto que no se habían extinguido los contratos de trabajo del personal que estaba destinado a prestar servicios para la TGSS. La parte demandante manifestó con posterioridad que, dado que no solicitaba condena de dicha empresa no era necesario conocer de la falta de acción que había sido alegada.

Por su parte, la TGSS negó que se produjera una internalización del servicio que prestaba Konecta, ya que aquello que había ocurrido era la implantación de un nuevo modelo de atención integral a la ciudadanía.

V. Sentencia recurrida

El TSJ, tras examinar todas las alegaciones de las partes, concluyó que no había base jurídica para concluir que debía producirse una subrogación por parte de la TGSS de las y los trabajadores de Konecta, teniendo en cuenta las funciones que desarrollaba dicho personal y el nuevo sistema de atención integral puesto en marcha por la TGSS. Para el TSJ, y siempre partiendo de los hechos probados, no había existido “una reversión o internalización del servicio”, no se había procedido la “contratación de plantilla”, y el convenio colectivo aplicable a la empresa codemandada “no se aplica a la TGSS”. Por consiguiente, la desestimación de la demanda se produjo por concluirse que no existía despido, por lo que no existía “obligación de la TGSS de subrogarse en la plantilla”.

El voto particular, concurrente respecto al fallo y discrepante sobre la motivación, se formuló, tal como se expone en su introducción, por entender que

“lo primero que debió determinarse en el presente procedimiento es si la parte actora tenía acción para instar la presente demanda de despido colectivo, pues del mismo modo que aprecia la sentencia que concurre falta de acción en relación a la empresa demandada KONECTA, alegación que formuló tal empresa y que la parte actora vino a entender que concurría señalando que no instaba pretensión alguna frente a dicha empresa pese a estar la misma demandada, **considero que concurre tal falta de acción en relación a la TGSS y así para formular la demanda, lo que debería habernos llevado a no entrar ni siquiera a conocer de la pretensión formulada en la demanda relativa a la obligación de subrogación de los contratos por parte de dicha entidad**” (la negrita es mía)

Con un amplio apoyo en la jurisprudencia del TS, con una muy extensa transcripción de la sentencia de 19 de diciembre de 2023 (rec. 1155/2022), concluyó que existía falta de acción contra la TGSS, y lo argumentó en estos términos:

“... En este caso la falta de subrogación por parte de la TGSS a la que inicialmente se había remitido KONECTA ofreciéndole el listado de los trabajadores a subrogar según figura en el relato fáctico de la sentencia, no se tradujo en la extinción del contrato de los trabajadores sino que los mismos han seguido prestando servicios para su empleadora y ésta en ningún momento les ha comunicado decisión extintiva alguna aun cuando lógicamente la prestación de servicios haya variado ante la finalización de la contrata con la TGSS a la que los mismos estaban adscritos. **La pervivencia del vínculo laboral con KONECTA de los trabajadores adscritos a la contrata de la TGSS, entiendo que debería habernos llevado a desestimar la demanda por falta de acción, sin perjuicio de que si los actores entendían que existía una obligación de subrogación legal, contractual o convencional por parte de la TGSS, pudieran acudir a la correspondiente acción declarativa...**” (la negrita es mía)

VI. Recurso de casación

Contra la sentencia de instancia se interpusieron recursos de casación por las dos organizaciones sindicales.

Por la CGT, en el primer motivo, con fundamento en el apartado a) del art. 207 de la LRJS, se denuncia la infracción de varios preceptos de esta norma (arts. 5, 7, 26.1 y 124) con relación a la falta de acción, por considerar que debió ser estimada.

Conocemos en el fundamento de derecho tercero de la sentencia del TS que el argumento de la parte recurrente era que **“la falta de acción es una cuestión de orden público que debió ser analizada y estimada con independencia de que la formulara una de las demandadas, respecto de la que no se persiguió condena alguna.**

Todo ello sobre la base de que, en el supuesto examinado, no existió despido alguno. Igualmente añade que de la inexistencia de despido se deriva que no podía analizarse ninguna otra cuestión; en concreto, la aplicabilidad o no de un convenio o la existencia o no de obligación de subrogación” (la negrita es mía).

A continuación, la CGT solicita la modificación de hechos probados, al amparo del apartado b). Por último, alega infracción de normativa y jurisprudencia con base en el apartado e). Por parte de CC.OO., tres motivos de su recurso se basan en el apartado b), y dos en el apartado e).

Los recursos fueron impugnados únicamente por la TGSS, con petición de su desestimación. Respecto al Informe del Ministerio Fiscal, se postuló la aceptación del primer motivo del recurso de la CGT, es decir de la falta de acción, por lo que hubiera debido desestimarse la demanda, no siendo necesario ya entrar en los restantes motivos de ambos recursos.

VII. Doctrina básica

Al entrar en la resolución del litigio, a partir del fundamento de derecho tercero, la Sala recuerda primeramente, con cita de varias de sus sentencias que la denominada “falta de acción”, “no tiene, al menos desde la visión de los tribunales laborales, un estatuto procesal claramente delimitado que le otorgue autonomía propia”, y expone que en el caso concreto enjuiciado, entiende que la citada expresión “se utiliza, tanto por la empresa que la propuso como por la recurrente, como una inadecuación objetiva del proceso elegido en relación con la pretensión ejercitada; esto es, como una inadecuación del procedimiento”.

Para saber si estamos o no ante un procedimiento de despido colectivo, acude al art. 124 LRJS, que es el que permite, en conjunción con el art. 51 de la Ley de Estatuto de los trabajadores, que pueda impugnarse la decisión empresarial, siendo presupuesto ineludible, pues, que se hayan producido extinciones contractuales como mínimo de acuerdo a los umbrales numéricos fijados en el art. 51 LET, algo que, como ya he explicado, no ha ocurrido en el presente conflicto al continuar prestando sus servicios las y los trabajadores para la empresa codemandada en instancia, por lo que no existe tal despido. Así lo expone el TS:

“La demandante equipara la negativa de la TGSS a la subrogación de los trabajadores adscritos a la contrata a un despido colectivo de hecho. Tal razonamiento podría ser aceptado si la empresa saliente hubiese procedido a la extinción de los contratos expresa o tácitamente; pero tal circunstancia no ha ocurrido porque los trabajadores afectados siguen prestando servicios en su empresa empleadora. **La pretensión actora podría ser entendida como la petición de que se declare el derecho de los trabajadores que prestaban servicios en la contrata a ser subrogados por la TGSS.** Esta pretensión legítima -sin perjuicio de las cuestiones relativas a la legitimación actora, de su fundamentación jurídica y, en consecuencia, de su éxito o fracaso-, debería canalizarse a través del procedimiento ordinario; en cuyo caso, la competencia no sería de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, sino de los

Juzgados de lo Social; **pero no puede ser examinada en un proceso de despido colectivo porque, como se reitera, falta el elemento esencial y básico de la colectiva extinción contractual que no se ha producido**” (la negrita es mía)

Se pregunta a continuación el TS si es posible “la reconducción procesal” prevista en el art. 102.2 LRJS, que dispone que

“Se dará al procedimiento la tramitación que resulte conforme a la modalidad procesal expresada en la demanda. No obstante, si en cualquier momento desde la presentación de la demanda se advirtiere la inadecuación del procedimiento seguido, se procederá a dar al asunto la tramitación que corresponda a la naturaleza de las pretensiones ejercitadas, sin vinculación necesaria a la modalidad elegida por las partes y completando, en su caso, los trámites que fueren procedentes según la modalidad procesal adecuada, con aplicación del régimen de recursos que corresponda a la misma. No procederá el sobreseimiento del proceso o la absolución en la instancia por inadecuación de la modalidad procesal, salvo cuando no sea posible completar la tramitación seguida hasta ese momento o cuando la parte actora persista en la modalidad procesal inadecuada”

Conclusión negativa, por cuanto “el análisis de los recursos solo tendría sentido si se considerase que el procedimiento de despido colectivo seguido era acertado, lo que no es el caso. Lo interesado es una suma de reclamaciones individuales, que podrían dar lugar a la acumulación, pero no al despido colectivo”.

Remitiéndose a las sentencias de 11 de noviembre de 2014 (rec. 3102/2013), y de 20 de noviembre de 2024 (rec. 237/2022), manifiesta que “en la regulación actual se prevé el sobreseimiento del proceso o la absolución en la instancia cuando no sea posible completarla tramitación seguida hasta ese momento, sin que tampoco se establezca la declaración de nulidad de lo actuado y reposición de las actuaciones al momento de interposición de la demanda”.

VIII. Parte dispositiva

Por todo lo anteriormente expuesto, la sentencia declara de oficio la inadecuación de procedimiento seguido en este proceso, casa y anula la sentencia del TSJ, y acuerda “Dejar imprejuzgada la cuestión relativa a la obligación o no de subrogación de la TGSS el fondo del asunto y reconocer el derecho de los trabajadores afectados a formular las pretensiones que estime conveniente ante el Juzgado de lo Social competente”.

- § 27 Subsidio por riesgo durante la lactancia natural. ¿Cuál es la fecha de efectos económicos cuando la trabajadora se acoge a permisos y vacaciones mientras reclama judicialmente frente a la denegación del derecho por parte de la Mutua, y finalmente este es reconocido?**

Belén García Romero

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

Resumen: *Subsidio por riesgo durante la lactancia natural: fecha de efectos económicos. La trabajadora que, tras concluir el periodo de descanso por nacimiento y cuidado de menor, solicita el subsidio por riesgo durante la lactancia natural, tiene derecho al subsidio a partir de entonces, aunque, ante la desestimación en vía administrativa del subsidio y durante la reclamación en vía judicial, haya tenido que acogerse a permisos o vacaciones para eludir el riesgo durante la lactancia que, finalmente, ha sido reconocido como existente.*

Palabras clave: *Subsidio por riesgo durante la lactancia natural. Fecha de efectos económicos. Denegación por la mutua. Reconocimiento judicial. Concurrencia con permisos retribuidos.*

Abstract: *Allowance for risk during breastfeeding: date of economic effects. The worker who, after the end of the birth and care of the child period, applies for the allowance for risk during breastfeeding, is entitled to the allowance from then on, even if, after the administrative rejection of the allowance and during the legal claim, she has had to take leave or vacation to avoid the risk during breastfeeding which, finally, has been recognized as existing.*

Keywords: *Subsidy for risk during breastfeeding. Date of economic effects. Denial by the mutual insurance company. Judicial recognition. Concurrence with paid leave.*

I. Introducción

El reconocimiento del derecho al subsidio por riesgo durante la lactancia natural, regulado en los artículos 188 y 189 de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en adelante LGSS) corresponde a la Entidad gestora o a la Mutua Colaboradora con la Seguridad Social con la que tenga concertada la empresa la cobertura de las contingencias profesionales.

El procedimiento se inicia a instancia de la trabajadora mediante un informe médico que deberá solicitar al facultativo del Servicio Público de Salud, en el que se acredite la situación de lactancia natural.

Con el citado informe y un certificado de la empresa sobre la actividad desarrollada y las condiciones del puesto de trabajo, la trabajadora solicitará la emisión de la

certificación médica sobre la existencia de riesgo durante la lactancia ante la Entidad gestora o colaboradora que corresponda.

Una vez certificado el riesgo, si no ha sido posible el cambio del puesto de trabajo, la empresa declarará a la trabajadora afectada en situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia.

El reconocimiento del derecho a la prestación por riesgo durante la lactancia natural conlleva el derecho de la trabajadora a suspender el contrato de trabajo para alejarse del riesgo hasta, como máximo, la fecha en que el hijo cumpla nueve meses, con derecho a percibir un subsidio económico destinado a sustituir el salario dejado de percibir.

Si la Entidad gestora o colaboradora considera que no se produce la situación de riesgo durante la lactancia, denegará la expedición de la certificación médica solicitada, comunicando a la trabajadora que no cabe iniciar el procedimiento dirigido a la obtención de la correspondiente prestación.

En la STS-SOC núm. 160/2025, de 27 de febrero, se plantea qué sucede cuando a la trabajadora se le deniega su solicitud por parte de la Mutua y tiene que acudir a la vía judicial para obtener su reconocimiento. Concretamente, el Tribunal Supremo tiene que resolver cuál debe ser la fecha de efectos de dicha decisión judicial estimatoria, cuando, para evitar asistir a su puesto de trabajo y exponer a su hijo a los riesgos que para la lactancia natural pudiera provocarle su actividad laboral, decide acudir a medidas laborales tales como permisos retribuidos y vacaciones, o incluso, a la excedencia laboral por cuidado de hijo. ¿Debe ser la fecha de finalización de la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado del menor o la de terminación de los permisos a los que ha recurrido?

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: STS-SOC núm. 160/2025, de 27 de febrero.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUd núm. 912/2023.

ECLI:ES:TS:2025:872.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm. Sra. Dña. María Luz García Paredes.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Problema suscitado

La cuestión planteada en el presente recurso de casación para unificación de doctrina se centra en determinar la fecha de efectos del subsidio económico por riesgo durante la lactancia natural cuando la trabajadora, al verse denegado el derecho prestacional correspondiente a esta contingencia tras concluir el periodo de suspensión por nacimiento y cuidado del menor, estuvo de permisos y vacaciones mientras reclamaba judicialmente frente a esa denegación.

2. Hechos y Antecedentes

La demandante es una trabajadora que ocupa el puesto de trabajo de veterinaria de saneamiento ganadero, el cual se desarrolla principalmente en el campo, visitando las diferentes granjas. A la finalización de su permiso por maternidad (28/5/2020), dicha trabajadora solicitó a UNIVALE (la Mutua colaboradora con la que la empresa

había concertado la cobertura de las contingencias profesionales) certificado médico de la existencia de riesgo durante la lactancia natural, que le es denegada. Y también es desestimada la reclamación administrativa previa.

Ante dicha negativa, una vez finalizado el descanso por maternidad, y mientras se resolvía su reclamación en vía judicial, la trabajadora disfrutó de permisos por asuntos propios, permiso por horas acumuladas de lactancia y vacaciones, de forma continuada hasta el 28/8/2020. Tras ello, inició situación de excedencia laboral por cuidado de hija menor de 3 años.

Entre las funciones del puesto de trabajo de veterinaria de saneamiento hay varias relativas a la ejecución de pruebas diagnósticas en el marco de los programas de control, lucha y erradicación de determinadas enfermedades en las explotaciones ganadera, tales como brucelosis, tuberculosis, leucosis, perineumonía bovina, lengua azul, etc., de los diferentes tipos de ganadería (ovina, caprina y bovina).

El puesto de trabajo de la demandante presenta una amplia variedad de riesgos laborales, algunos de ellos a considerar como fuente de exposición laboral solo a efectos de la situación de riesgo durante el embarazo (caídas al mismo o distinto nivel, caída de objetos, golpes, sobreesfuerzos, contactos térmicos, daños causados por seres vivos, exposición a temperaturas ambientales extremas, etc.), y otros, que pueden representar también un claro riesgo para la lactancia natural, como son los biológicos por contacto directo y manejo de animales, zoonosis, infecciones parasitarias, picaduras, garrapatas, etc.

El trabajo de la demandante consiste en visitar rebaños de ganadería extensiva o de campo, sin que haya instalaciones para cambiarse de ropa o para resguardarse. Concorre riesgo de cortes o pinchazos, así como de golpes, al obtener muestras de los animales.

3. Sentencias recaídas en el procedimiento.

- La sentencia de instancia es la dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Castellón de la Plana, de 9 de diciembre de 2021, autos 460/2020, que estima parcialmente la demanda interpuesta por la trabajadora y declara el derecho de la actora al subsidio por riesgo durante la lactancia natural, con efectos económicos desde el 31 de agosto de 2020, fecha de la finalización de los permisos y vacaciones disfrutados por esta.
- La sentencia recurrida es la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de la Comunidad Valenciana, de 13 de diciembre de 2022, rec. 691/2022, que desestima el recurso de suplicación interpuesto por la representación de la trabajadora contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Castellón, confirmando íntegramente la sentencia de instancia, sin costas.
- La sentencia invocada por la trabajadora como de contraste con la recurrida para formular el recurso de casación para la unificación de doctrina es la dictada por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, de 10 de septiembre de 2013- Rec. 1323/2013. Los hechos que se encuentran en la base de este pronunciamiento son los siguientes: una trabajadora- operaria de montaje aeronáutico, al finalizar el descanso por maternidad, solicitó el certificado de riesgo durante la lactancia natural, que le fue denegado por la Mutua, ante lo que presentó reclamación previa ante el INSS, que le respondió indicando que era a la Mutua a la que le correspondía el reconocimiento y pago del subsidio. La trabajadora disfrutó de vacaciones mientras recurría judicialmente, siendo desestimada en la instancia, entendiéndolo el Juzgado de lo Social que, al estar de vacaciones no concurría riesgo alguno a proteger. Frente a la misma interpuso la actora recurso de suplicación. La sentencia referencial estima el recurso y declara el derecho a percibir el subsidio desde el día siguiente a la

finalización del subsidio por maternidad porque el periodo de vacaciones que tomó la actora, seguidamente, lo fue porque se le denegó el derecho prestacional que, justamente, tras concluir ese periodo vacacional, le fue reconocido, siendo la decisión inicial de la mutua la que le impidió pasar a la situación de riesgo durante la lactancia natural que ya existía cuando la trabajadora lo reclamó.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, al contrario de lo que entienden las partes recurridas, considera que entre las sentencias confrontadas existe la identidad necesaria para apreciar que sus pronunciamientos son contradictorios.

En ambos casos se trata de trabajadoras que interesan en tiempo oportuno y desde la situación de prestación por nacimiento y cuidado del menor, el derecho al subsidio por riesgo durante la lactancia natural a la conclusión de aquella otra prestación. En los dos supuestos, a las trabajadoras les es denegado el derecho por no existir riesgo, acudiendo las trabajadoras a pedir permisos o vacaciones y, además, presentar reclamaciones previas y acudir a la vía judicial combatiendo aquella denegación de la Mutua. En esas situaciones, la sentencia recurrida reconoce el derecho prestacional, pero eliminando del periodo reconocido el que la trabajadora no estuvo prestando servicios, una vez concluido el subsidio por nacimiento y cuidado del menor, mientras que, en la referencial, esos periodos en los que no estuvo trabajando, no interfieren para otorgar el derecho prestacional en esos espacios temporales no trabajados.

IV. Posición de las partes

1. La parte recurrente es la trabajadora, quien interpone recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de diciembre de 2022, en el recurso de suplicación núm. 691/2022, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Castellón, de 9 de diciembre de 2021, contra el INSS, la Mutua UMIVALE y contra la empresa empleadora VAERSA, sobre Seguridad Social. Invoca como sentencia contradictoria es la dictada por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, de 10 de septiembre de 2013- Rec. 1323/2013.

Para dicha parte, es evidente que las condiciones del puesto de trabajo de la actora eran de riesgo durante la lactancia natural, tal y como ha sido reconocido y no cuestionado. Por tanto, a la conclusión del subsidio por maternidad correspondía pasar a la situación de riesgo, como solicitó. Pero al serle entonces denegada, se vio obligada a solicitar los permisos que tenía a su disposición para no acudir a un trabajo con riesgo.

2. En concepto de parte recurrida comparecen el INSS, UMIVALE y la empresa VAERSA.

La Mutua demandada, como parte recurrida, impugna el recurso, sosteniendo que entre los supuestos contrastados no concurre la contradicción que se invoca por la parte recurrente, ya que en la referencial no se debatió la fecha de efectos económicos del subsidio, sino si concurría el riesgo en el momento de la solicitud del subsidio. En cambio, en la sentencia recurrida lo que se analiza es si en el periodo que estuvo con permisos retribuidos tiene derecho al subsidio por riesgo durante la lactancia. Con cita de las SSTs de 24 abril de 2019, rcud. 323/2029 y 24 de enero de 2019, considera que no procede el abono del subsidio ya que percibió salarios desde la fecha de finalización del permiso por maternidad hasta que pasó a la excedencia para cuidado de hijo menor, por lo que no procede prestación alguna durante ese periodo; además, que al tomarse los permisos laborales retribuidos para no incorporarse al trabajo no pudo estar entonces en riesgo alguno por actividad laboral.

El INSS se adhiere al escrito de impugnación de la Mutua.

Por la Generalidad Valenciana se alega falta de identidad entre los supuestos contrastados y, en todo caso, la falta de contenido casacional al afectar la cuestión suscitada a la valoración de la prueba.

3. El Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente, partiendo de la existencia de contradicción. Considera que es la sentencia recurrida la que contiene la doctrina correcta, a la vista del art. 188 LGSS y la STS de 24 de enero de 2019, rcud. 2037/2027 que, respecto del RD 295/2009, de 6 de marzo (por el que se aprueba el reglamento de las anteriores prestaciones económicas por maternidad y paternidad, así como por las prestaciones por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural), señaló que no se permite la percepción de la prestación por riesgo durante la lactancia natural durante la situación de incapacidad temporal, y con más razón si esa suspensión del contrato es por otras causas como las de autos.

V. Normativa aplicable al caso

La parte recurrente identifica como preceptos legales infringidos los artículos 188 y 189 LGSS, desarrollados por los artículos 49 a 51 del RD 295/2009, en relación con el artículo 26.4 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL).

- Tanto el artículo 188 de la LGSS como el art. 49.1 RD 295/2009, en relación con la situación protegida, señalan que “a los efectos de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, se considera situación protegida el periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que debiendo cambiar la mujer trabajadora de puesto de trabajo por otro compatible con su situación, en los términos previstos en el artículo 26.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados”.

- El art. 49.2 del RD 295/2009, añade: “2. No se considerará situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o en la del hijo, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto o actividad desempeñados”.

- El artículo 189 LGSS, al regular la prestación económica, señala lo siguiente: “La prestación económica por riesgo durante la lactancia natural se reconocerá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta ley para la prestación económica por riesgo durante el embarazo, y se extinguirá en el momento en que el hijo cumpla nueve meses, salvo que la beneficiaria se haya reincorporado con anterioridad a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su situación, en cuyo caso se extinguirá el día anterior al de dicha reincorporación”.

- Por su parte, el artículo 26 LPRL- rubricado “Protección de la maternidad”, dispone lo siguiente:

1. La evaluación de los riesgos a que se refiere el artículo 16 de la presente Ley deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos.

2. Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así lo

certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado. El empresario deberá determinar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos.

[...]

3. Si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado.

4. Lo dispuesto en los números 1 y 2 de este artículo será también de aplicación durante el período de lactancia natural, si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora o a su hijo. Podrá, asimismo, declararse el pase de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses contemplada en el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, si se dan las circunstancias previstas en el número 3 de este artículo”.

VI. Doctrina básica

La doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo en relación con el subsidio por riesgo durante la lactancia natural ha venido destacando la inescindible conexión entre la ausencia de salario en esta situación de suspensión del contrato de trabajo (ex art. 45.2 ET) y la prestación de la Seguridad Social sustitutiva del mismo y regulada en los artículos 188 y 189 de la LGSS [STS 923/2020, de 19 de octubre; rcud 1887/2018].

Asimismo, se ha señalado que “Lo que se protege, por tanto, es el periodo de suspensión del contrato de trabajo nacido de la imposibilidad técnica o la inexistencia del traslado de puesto de trabajo de la trabajadora en situación de lactancia natural cuando el puesto ocupado habitualmente represente un riesgo para su salud o la del lactante [...] Y es que el bien jurídico protegido, aun siendo la salud de la madre y del lactante, conecta con una situación de riesgo vinculada al puesto de trabajo que debe desempeñar la trabajadora, de suerte que otras situaciones de alteración de la salud podrán dar lugar a otro tipo de prestaciones, pero no a la específica que nos ocupa. Existe, por tanto, una protección específica de la mujer que conecta, directamente con su condición, y que también está al servicio de la efectividad del principio de igualdad reconocido en la Constitución, tal y como prevén los artículos 4 y 14 de la Ley Orgánica de Igualdad” [STS 323/2019, de 24 de abril (rcud 763/2017) citada por la parte recurrida]. En dicha sentencia se estimó la demanda otorgando el derecho al subsidio con efectos del día siguiente a la conclusión del subsidio por maternidad, siendo que, ante la negativa del derecho prestacional, no se había reincorporado al trabajo al haber disfrutado de un permiso de lactancia de un mes que fue seguido de una excedencia.

La STS 667/2018, de 26 de junio (rcud 1398/2016), aunque era objeto unificador de doctrina el derecho al subsidio, al resolver el debate en suplicación, reconoció el derecho al subsidio por riesgo durante la lactancia a una trabajadora que, habiendo tenido un hijo, y finalizado el permiso por maternidad, “tras la reincorporación posterior a la baja por parto, la actora no prestó servicios efectivos, disfrutando de dos permisos

(...) y pasando a excedencia por cuidado de hijo (...)", siendo estimada su pretensión en la que pedía la prestación económica desde la finalización del descanso por maternidad.

La STS 53/2019, de 24 de enero (rcud 2037/2017, que se cita por la parte recurrida y el Ministerio Fiscal, al resolver el debate planteado en suplicación y atendiendo a lo que la Mutua allí demandada había peticionado, en orden a la fecha de efectos del subsidio por riesgo durante la lactancia, que entendía que debía ser la del siguiente día al alta médica en su situación de incapacidad temporal, dice que procede esa fecha de efectos porque "... el artículo 45.1 ("Incapacidad temporal y riesgo durante el embarazo"), aplicable por la remisión expuesta, aborda directamente el tema planteado por el recurso y concreta el modo en que debe actuarse cuando la trabajadora accede a la suspensión por riesgo durante la lactancia desde la incapacidad temporal:

Cuando la trabajadora se encuentre en situación de incapacidad temporal y, durante la misma, solicite el subsidio de riesgo durante el embarazo, no procederá el reconocimiento, en su caso, del subsidio, hasta que se extinga la situación de incapacidad temporal por cualquiera de las causas legal o reglamentariamente establecidas".

Por último, y, en relación con el principio de prohibición del enriquecimiento injusto, es doctrina reiterada, que el enriquecimiento injusto precisa la concurrencia de una ventaja patrimonial para una de las partes junto con un empobrecimiento de la otra, que exista una conexión entre dichas situaciones y, también una falta de causa o justificación [STS 20 enero de 1987 y otras posteriores].

VII. Parte dispositiva

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

1.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada D^a María Josep Martínez I Cledera, en nombre y representación de D^a Adela, contra la sentencia dictada el 13 de diciembre de 2022, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el recurso de suplicación núm. 691/2022.

2.- Casar la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar el de tal clase interpuesto por la demandante D^a Adela, y con revocación parcial de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Castellón, de fecha 9 de diciembre de 2021 en autos núm. 460/020, declarar el derecho de la demandante a percibir el subsidio reconocida desde el 19 de mayo de 2020, manteniendo la sentenciade instancia en el resto de sus pronunciamientos.

3.- No procede la imposición de costas.

VIII. Pasajes decisivos

Los pasajes decisivos se localizan fundamentalmente en el apartado 4 del FJ 4.

4. A la vista de la anterior debemos concluir porque es la sentencia de contraste la que contiene la doctrina correcta.

[...] la solicitud del subsidio económico de riesgo durante la lactancia, de concurrir las exigencias legales que permiten su reconocimiento, va a provocar el derecho de la trabajadora de suspender el contrato de trabajo, para alejarse del riesgo, con derecho a aquel subsidio que viene a sustituir al salario que va a dejar de percibir. Por tanto, si a la trabajadora se le deniega su solicitud y, teniendo que acudir a la vía judicial para su reconocimiento, éste derecho le es otorgado, necesariamente le tendrá que ser reconocido desde el momento en lo que reclamó, sea cual sea la situación que se haya producido desde la denegación hasta la sentencia judicial que haya dejado sin efecto la decisión de la Mutua ya que las medidas a las que, en el marco de la relación

laboral, haya acudido la trabajadora para evitar su asistencia al puesto de trabajo y con ello eludir el riesgo que durante la lactancia natural de su hijo pudiera provocarle su actividad laboral, no pueden servir para eludir el momento del nacimiento del derecho prestacional que, además, se va a extinguir cuando el hijo alcance los nueve meses.

Es cierto que el subsidio económico viene a sustituir el salario que la trabajadora va a dejar de percibir ante la suspensión de la relación laboral, pero también lo es que, ante la denegación y negación de la existencia de un riesgo que se ha acreditado como concurrente, a la trabajadora no se le podía exigir que renunciara a un salario cuando le era denegada aquel subsidio que lo sustituye, estando justificado que se protegiera acudiendo a medidas, como los permisos o vacaciones, que le iban a apartar, hasta tanto pudiera obtener una decisión judicial al respecto, de una actividad que entendía generadora del riesgo para la lactancia natural de su hijo.

Lo anterior no va contra el principio de prohibición del enriquecimiento injusto. En efecto, no puede aceptarse que el hecho de haber estado la actora con permisos retribuidos y en periodo de vacaciones, en tiempo en el que correspondía la situación de riesgo durante la lactancia, vaya a generar un prohibido enriquecimiento injusto al haber percibido los salarios correspondientes a esas situaciones ya que la empresa no ha resultado perjudicada patrimonialmente en tanto que la gestión y el pago del subsidio que se reclama debe realizarse por la Mutua, [...]

Del mismo modo, no es posible trasladar aquí el efecto jurídico que tiene la incapacidad temporal en su concurrencia con una situación de riesgo durante la lactancia natural ya que no es lo mismo estar con el contrato suspendido por incapacidad temporal, en la que no hay, precisamente, actividad laboral, y, por tanto, tampoco concurre el riesgo durante la lactancia [...]

IX. Comentario

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, tras revisar los hechos y su propia doctrina, considera que la doctrina correcta es la que se contiene en la sentencia de contraste.

En tal sentido considera que, atendiendo a la finalidad de la prestación y a las exigencias a las que se somete su reconocimiento, cuando a la trabajadora se le deniega su solicitud y, teniendo que acudir a la vía judicial para su reconocimiento, este derecho le es otorgado, necesariamente le tendrá que ser reconocido desde el momento en que lo reclamó, sea cual sea la situación que se haya producido desde la denegación hasta la sentencia judicial que haya dejado sin efecto la decisión de la Mutua, ya que las medidas a las que, en el marco de la relación laboral, haya acudido la trabajadora para evitar su asistencia al puesto de trabajo y con ello eludir el riesgo que durante la lactancia natural de su hijo pudiera provocarle su actividad laboral, no pueden servir para eludir el momento del nacimiento del derecho prestacional que, además, se va a extinguir cuando el hijo alcance los nueve meses.

Ante la negación de la existencia de un riesgo que se ha acreditado como concurrente y la denegación del derecho de la prestación económica, no se le podía exigir que renunciara a un salario, estando justificado que se protegiera acudiendo a medidas laborales, como los permisos y las vacaciones, que le permitían mantenerse apartada del puesto de trabajo que entendía generador de riesgo para la lactancia natural de su hijo, hasta que pudiera obtener una decisión judicial al respecto.

Por último, la Sala rechaza que se traslade a este caso el efecto jurídico que tiene la incapacidad temporal en su concurrencia que tiene la incapacidad temporal en su concurrencia con una situación de riesgo durante la lactancia natural. Como bien señala, "Nada tiene que ver con la situación de incapacidad temporal, en la que la trabajadora está liberada de asistir al trabajo, con haber tenido que tomar unos permisos retribuidos o vacaciones que, en todo caso, no son situaciones de suspensión del contrato de trabajo y, (...), fueron las únicas medidas a las que pudo

acogerse la trabajadora para la protección de su salud y la del hijo, ante la negativa de la Mutua de la existencia del riesgo”.

En definitiva, la Sala considera que está plenamente justificada la decisión de la trabajadora de acogerse a las medidas que le brindaba el ordenamiento jurídico para la protección de la salud propia y de su hijo, evitando con ello lo que ha quedado acreditado, que es estar prestando una actividad con riesgo durante la lactancia natural, ante la negativa de la Mutua de la existencia de riesgo. Por ello, una vez que el derecho le es otorgado en vía judicial, sus efectos económicos deben serlo desde el momento en que lo reclamó. El hecho de que la trabajadora haya disfrutado mientras tanto de permisos retribuidos no puede servir para alterar la fecha de nacimiento del derecho prestacional. Tampoco puede aceptarse que el hecho de haber percibido los salarios correspondientes a esas situaciones genere un enriquecimiento injusto, ya que la empresa no ha resultado perjudicada patrimonialmente en tanto que la gestión y el pago del subsidio que se reclama debe realizarse por la Mutua, que en ningún momento asumió la existencia de riesgo.

X. Apunte final

La sentencia, cuyo fallo compartimos, pone de manifiesto la situación de vulnerabilidad en la que pueden encontrarse las mujeres trabajadoras embarazadas o en situación de parto reciente, cuando entiendan que su puesto de trabajo es susceptible de presentar un riesgo específico para el embarazo o la lactancia natural, pero precisan de la certificación del riesgo por la entidad gestora o colaboradora correspondiente para poder pasar a la situación de suspensión del contrato de trabajo por dichas contingencias profesionales, con derecho a la prestación económica sustitutiva de su salario, y dicha solicitud le es denegada.

En un caso como el presente, resulta difícil entender la negativa de la Mutua a expedir el certificado reconociendo la situación de riesgo durante la lactancia natural, teniendo en cuenta las funciones propias del puesto de trabajo de veterinaria de saneamiento ganadero y los riesgos laborales concurrentes en dicha actividad, en especial, los riesgos biológicos. Las consecuencias de una decisión como esa pueden ser muy graves, por cuanto pueden comprometer la salud de la mujer trabajadora o la de su hijo lactante. ¿Qué ocurre si la mujer se reincorpora a su puesto de trabajo mientras se resuelve su reclamación en vía judicial y al final se demuestra existente el riesgo? La alternativa aconsejable será que, al igual que la actora de este litigio, trate de acogerse a las posibles medidas laborales que le permitan eludir la reincorporación al trabajo mientras se sustancia la reclamación judicial, obteniendo ingresos durante ese periodo, y, en caso, de reconocerse, el subsidio tendrá efectos desde el momento de la solicitud.

§ 28 **Variación unilateral por la empresa del porcentaje de teletrabajo y modificación sustancial de condiciones de trabajo.**

Elena Lasaosa Irigoyen

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos.

Resumen: La resolución de comentario examina un supuesto en el que la empresa decide modificar desde el 100% al 75% el porcentaje de jornada que se permite realizar mediante teletrabajo a las personas con certificado de discapacidad, para determinar si esta medida es lícita o debe ser anulada. Previamente se dirime si la acción ha caducado por el transcurso del plazo de veinte días, legalmente fijado para la impugnación de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo.

Palabras clave: Trabajo a distancia. Teletrabajo. Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Plazo de caducidad. Conflicto colectivo.

Abstract: The referenced ruling examines a case in which the company decides to modify the percentage of the workday performed via remote working by employees with a disability certificate, reducing it from 100% to 75%, in order to determine whether this measure is lawful or should be annulled. Before addressing this, the ruling considers whether the legal action has expired due to the passing of the twenty-day deadline established for challenging substantial modifications of working conditions.

Keywords: Remote work; telework. Substantial modification of working conditions. Expiration period. Collective labor dispute.

I. Introducción

La sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 13 de febrero de 2025 resuelve un conflicto colectivo por modificación sustancial de condiciones de trabajo, referente a la prestación de servicios mediante teletrabajo.

La parte actora es el sindicato CGT, Confederación General del Trabajo, que demanda al grupo empresarial RACC y a las empresas que lo forman: Real Acutomòbil Club de Catalunya, ACASERVI S.A., CODI SERVI S.L.U. y SERVIHOGAR GESTIÓN 24 HORAS S.L. (aunque en momentos distintos se desiste de la demanda contra estas dos últimas mercantiles).

La controversia se centra en determinar si es lícita la medida que ha implementado unilateralmente la dirección del grupo, variando el porcentaje de teletrabajo que tienen permitido las personas con discapacidad, desde un inicial 100% al 75%.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Audiencia Nacional (Sala de lo Social).

Número de resolución judicial y fecha: Sentencia núm. 23/2025, de 13 de febrero.

Tipo y número recurso o procedimiento: Procedimiento de conflicto colectivo núm. 397/2024.

ECLI:ES:AN:2025:732

Fuente: CENDOJ

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Piñonosa Ros.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Se trata de un conflicto colectivo que afecta a las personas trabajadoras del grupo empresarial RACC que tienen una diversidad funcional, reconocida mediante certificado oficial. En concreto en cuanto a su prestación de servicios mediante teletrabajo.

Como hechos más relevantes hay que señalar en primer lugar que, desde el 4 de julio de 2022 y hasta el 31 de diciembre de 2024, en las empresas del grupo se venía permitiendo a las personas con certificado de discapacidad teletrabajar durante el 100% de su jornada laboral. Sin embargo a partir del 1 de enero de 2025 se aplica una nueva política de teletrabajo para este colectivo, admitiendo que presten servicios de esta manera durante el 75% de su jornada como máximo.

Previamente a la implementación de esta medida, en fecha de 17 de octubre de 2024 se había producido una reunión entre la dirección del grupo y los representantes de los trabajadores, en la que aquella había anunciado su intención de cambiar el porcentaje de teletrabajo para este grupo de empleados y, junto con el traslado del acta de la reunión, había dado un plazo a los representantes de los trabajadores para emitir informe sobre la cuestión.

Cabe añadir también, como antecedente, que con anterioridad fue interpuesta otra demanda de conflicto colectivo ante esta misma Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (conflicto colectivo núm. 387/2022), la cual finalizó con un Acuerdo de fecha de 18 de abril de 2023, relativo a la política de teletrabajo aplicable en el grupo empresarial RACC, acuerdo al que luego se hará mención.

IV. Posición de las partes

1. Parte demandante

Sostiene el sindicato demandante, la Confederación General de Trabajo, que la empresa ha llevado a cabo una MSCT sin atenerse a los trámites del art. 41 ET, al alterar el porcentaje de teletrabajo que se permite a las personas trabajadoras con discapacidad.

Por lo demás, afirma que la empresa pretende aplicar otra MSCT a este mismo grupo de empleados, consistente en introducir en el cálculo de sus salarios un parámetro relativo a la productividad. Y ello a pesar de que, según el Acuerdo transaccional de fecha 18 de abril de 2023 antes citado, tal parámetro de productividad no se aplica al cálculo del salario de las personas trabajadoras con discapacidad.

Consecuentemente, la CGT solicita que se declaren nulas ambas modificaciones.

2. Parte demandada

A) Excepción procesal de caducidad:

La representación del grupo empresarial opone en primer lugar excepción de caducidad de la acción.

Argumenta al respecto que fue en la reunión de fecha 17 de octubre de 2024 cuando se notificó a la representación de los trabajadores la decisión de variar el porcentaje de teletrabajo a las personas con diversidad funcional. Y que si la parte actora pretende impugnar aquella medida considerándola una MSCT, el plazo establecido era el de veinte días hábiles y ha transcurrido ya (dado que la demanda se interpone el 10 de diciembre de 2024).

B) Respecto de la variación del porcentaje de teletrabajo:

En cuanto a las cuestiones de fondo, en primer lugar en cuanto al teletrabajo admite la demandada que desde el 1 de enero de 2025 se ha producido efectivamente un cambio en la política de teletrabajo para las personas con discapacidad, alterando el porcentaje de jornada en que pueden prestar servicios a través de esta modalidad desde el 100% al 75%. Pero rechaza que esta medida constituya una MSCT, al estimar que se incluye en el ámbito del *ius variandi* o poder organizativo empresarial. Con base en este razonamiento alega falta de acción, al no existir ninguna MSCT que impugnar.

Adicionalmente se argumenta que el aludido cambio tiene como finalidad garantizar la flexibilidad laboral de los trabajadores con diversidad funcional, a la vez que se evita su aislamiento y se fomenta su plena integración en la plantilla. A lo que se añade que cuando algún miembro de este colectivo ha solicitado teletrabajar al 100% porque sus tratamientos médicos le impedían la presencialidad, la compañía se lo ha concedido.

Por último, se pone de manifiesto que la Ley 10/2021, de 9 de julio, de Trabajo a Distancia (en adelante LTD) no obliga a que las empresas permitan teletrabajar durante el 100% de la jornada, siendo posible la reversión de esta medida.

C) Respecto de la modificación del cálculo salarial.

Declara la dirección del grupo que no se ha producido ninguna modificación respecto del parámetro de productividad en el cálculo del salario de las personas con discapacidad. Dicho parámetro sigue sin aplicarse a estas personas trabajadoras, tal y como se pactó en el Acuerdo transaccional de 18 de abril de 2023 ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

3. Parte interesada

Se adhieren a la demanda como partes interesadas en este conflicto colectivo la Federación de Servicios de CCOO, la Federación estatal de Industria, Construcción y Agro de UGT y la Central Sindical Independiente y de Funcionarios, CSIF.

V. Normativa aplicable al caso

La resolución del pleito por la Sala de lo Social de la AN encuentra su fundamento en las siguientes previsiones legales:

-En lo relativo al plazo de caducidad establecido para la impugnación de las MSCT: art. 138.1 LJS, en relación con art. 59 ET.

-En lo referente al concepto y la regulación de las MSCT: art. 41 ET.

-Respecto de la ordenación del porcentaje de teletrabajo y su alteración: art. 8.1 LTD en relación con art. 7 LTD.

Jurisprudencia:

Esta sentencia se apoya en la doctrina emanada de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo sobre el cómputo del plazo de caducidad en la impugnación de las MSCT colectivas, con cita expresa de los siguientes pronunciamientos:

- STS-SOC (rcud 53/2012), de 21 de mayo de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:3167).
- STS-SOC núm. 30/2017 (rcud 26/2016), de 12 de enero (ECLI:ES:TS:2017:806).
- STS-SOC núm. 185/2020 (rcud 201/2018), de 27 de febrero (ECLI:ES:TS:2020:891).
- STS-SOC núm. 765/2021 (rcud 80/2020), de 7 de julio (ECLI:ES:TS:2021:3236).
- STS-SOC núm. 370/2023 (rcud 169/2021), de 23 de mayo (ECLI:ES:TS:2023:2345).
- STS-SOC núm. 994/2023 (rcud 113/2021), de 22 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:5236).

Respecto de la cuestión de fondo debatida se citan sentencias anteriores de esta misma Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, que han abordado los límites del *ius variandi* empresarial en materia de teletrabajo:

- SAN-SOC núm. 117/2022 (proc. 204/2022), de 12 de septiembre (ECLI:ES:AN:2022:4145).
- SAN-SOC núm. 62/2024 (proc. 289/2023), de 3 de junio (ECLI:ES:AN:2024:2978).
- SAN-SOC núm. 136/2024 (proc. 223/2024), de 29 de octubre (ECLI:ES:AN:2024:5409).

VI. Doctrina básica

Cabe afirmar como doctrina contenida en esta resolución de la Audiencia Nacional, en lo fundamental, que:

- Cualquier decisión empresarial consistente en la supresión de una condición más beneficiosa es susceptible de ser impugnada judicialmente, aunque no constituya una MSCT. El hecho de que el legislador haya previsto un procedimiento específico para la impugnación de las MSCT no quiere decir que en otro caso, cuando no concurra el requisito de sustancialidad, la empresa pueda variar unilateralmente una condición contractual sin que tal decisión pueda someterse a control judicial.
- De otro lado, el plazo de caducidad de veinte días hábiles para la impugnación de una MSCT colectiva, previsto en el art. 138 LJS, no comienza a computar mientras no exista una notificación escrita y expresa de la decisión empresarial a los trabajadores o a sus representantes. No siendo suficientes a estos efectos las formas de comunicación que no reúnan estas características, como las efectuadas a través del tablón de anuncios, las informaciones verbales, las circulares de empresa, la firma de acuerdos, la publicación en la intranet de la empresa etc. Y ello, aunque la representación legal de los trabajadores haya podido tener conocimiento de la medida por alguna de estas vías.

Así pues hasta que no se produce la comunicación escrita y expresa no se da el presupuesto para que comience a computar el plazo de caducidad de veinte días para la impugnación de la MSCT, sin perjuicio de que entre en juego el plazo de prescripción de un año fijado con carácter general en el art. 59.2 ET.

- En referencia al teletrabajo la empresa puede, dentro de sus facultades de organización, declarar en qué supuestos es necesaria la presencia física de la persona trabajadora para el cumplimiento de sus funciones; pero siempre y cuando no altere con ello el porcentaje de presencialidad establecido. Dicho porcentaje fijado para cada trabajador no puede ser modificado por la empresa ni unilateralmente, ni tampoco a través de la

negociación colectiva, porque el art. 8.1 LTD exige la negociación individual con la persona trabajadora para poder cambiar el porcentaje de presencialidad recogido en el acuerdo de trabajo a distancia.

- La variación del porcentaje de teletrabajo desde el 100% al 75% de la jornada constituye una MSCT.

VII. Parte dispositiva

Se estima la demanda con base en los preceptos legales y en la doctrina jurisprudencial reseñados, declarando la nulidad de la medida empresarial consistente en modificar, desde el 1 de enero de 2025, el porcentaje de presencialidad que han de cumplir las personas con grado de discapacidad reconocido.

Sin imposición de costas.

VIII. Pasajes decisivos

La Sala de lo Social de la AN argumenta, respecto de la excepción de caducidad alegada por la demandada:

- *Caso de encontrarnos ante una modificación sustancial de condiciones de trabajo, hemos de estar a las previsiones del art. 138, precepto en el que se fija de forma taxativa un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de veinte días hábiles siguientes a la notificación por escrito de la decisión a los trabajadores o a sus representantes, conforme a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores, plazo que no comenzará a computarse hasta que tenga lugar dicha notificación, sin perjuicio de la prescripción en todo caso de las acciones derivadas por el transcurso del plazo previsto en el apartado 2 del artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores.*
- *Como recuerda la STS de 22-11-2023, rco. 113/2021, "el plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de impugnación de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo colectivas, no puede empezar a correr hasta el momento en el que la empresa ha notificado su decisión por escrito y de manera fehaciente a la representación legal de los trabajadores "por cuanto dicho requisito asegura el conocimiento de la medida por la RLT, quien deberá impugnarla en un plazo perentorio de caducidad, que se activa al día siguiente de la citada notificación".*
- *Lo que resulta de la documentación aportada es que tal notificación fehaciente no consta efectuada. Esto es, en la reunión de 17 de octubre de 2024 citada en la demanda la representación de las empresas del grupo mostró su intención de variar el porcentaje de teletrabajo de las personas con discapacidad. Pero se dio traslado a la RLT para informe en un plazo de 15 días. Esto es, ni consta decisión en firme adoptada en tal fecha ni consta notificación fehaciente de tal decisión que determine que el día a quo deba computarse desde el 17 de octubre de 2024. No cabe hablar, por ello, de caducidad y la excepción debe rechazarse.*

En cuanto al fondo del asunto, que no es otro que la discutida licitud del cambio en el porcentaje de teletrabajo implementado por la empleadora, se afirma:

- *Pues bien, al respecto de tales variaciones es constante la posición de esta Sala al señalar que "Es la empresa, en el ejercicio de sus facultades de control y llevanza de la actividad empresarial quien debe fijar, como no podría ser de otro modo, aquéllos supuestos en los que la presencia del trabajador a distancia sea precisa para el desarrollo de sus funciones. Tal previsión, siempre que no se alteren los porcentajes de presencialidad, no resulta contraria a derecho y se inserta dentro de las facultades*

organizativas del empresario" (SAN de 29-10-2024, proc. 223/2024). Esto es, lo que no cabe es, precisamente, alterar de manera colectiva los porcentajes de presencialidad al amparo del poder de dirección empresarial. No cabe, por tanto, alterar el citado porcentaje mediante la negociación colectiva (artículos 41 y 82.3 ET) sino que lo que exige la Ley 10/2021 es la negociación individual con cada trabajador afectado. Y ello en los términos previstos en el art.8.1 de la citada Ley ("La modificación de las condiciones establecidas en el acuerdo de trabajo a distancia, incluido el porcentaje de presencialidad, deberá ser objeto de acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora, formalizándose por escrito con carácter previo a su aplicación. Esta modificación será puesta en conocimiento de la representación legal de las personastrabajadoras"). Así lo hemos resuelto reiteradamente en casos análogos, como los citados en la SAN de 03-06-2024, proc.289/2023, o en la SAN de 12-09-2022, proc. 2014/2022.

- La empresa no puede, por tanto, implantar de manera unilateral una política de teletrabajo que suponga, con carácter general, la disminución del régimen de presencialidad de las personas con discapacidad pasando el porcentaje del 100% al 75%, alterándose de forma unilateral el porcentaje de trabajo a distancia inicialmente pactado, sin sujetarse en cuanto a dicha previsión a las estipulaciones del art. 8 de la LTD (pues se reconoce por la empresa que esa nueva política se aplica a la totalidad de la plantilla y no solo a las nuevas contrataciones). Tal actuación, que no se niega se ha efectuado tras la reunión informativa de 17 de octubre de 2024 y con efectos de 1 de enero de 2025, ha de ser considerada como una verdadera modificación sustancial de condiciones de trabajo. De ahí la estimación de la demanda.

IX. Comentario

En el supuesto de hecho que da lugar a este conflicto la decisión empresarial cuya anulación pretende el sindicato demandante, es decir la reducción del porcentaje de jornada a realizar mediante teletrabajo para el colectivo de empleados con discapacidad, no ha sido notificada debidamente a las personas trabajadoras ni a sus representantes; y este es el dato determinante para que la Sala entre a conocer la pretensión y no la declare caducada.

En efecto, aunque la dirección del grupo llegó a manifestar en una reunión su intención de llevar a cabo el referido cambio, nunca se produjo la "*notificación por escrito de la decisión a los trabajadores o a sus representantes*" a la que alude el art. 138 LJS y que constituye el *dies a quo* del plazo de caducidad de veinte días hábiles. Al respecto existe una abundante y consolidada jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, aclarando que tal comunicación ha de ser necesariamente expresa, además de escrita, para desencadenar la caducidad de veinte días; sin que resulten equivalentes otro tipo de manifestaciones de la voluntad empresarial que no cumplan tales requisitos, y aunque se demuestre que la representación de los trabajadores tuvo conocimiento de la decisión.

No habiéndose comunicado la medida explícitamente y por escrito, así pues, no entra en juego el plazo de caducidad de veinte días sino el general de prescripción de un año, y por ello la pretensión no se entiende caducada.

Por otra parte, tampoco se estima la excepción de falta de acción, que alegaba la empresa con base en el argumento de que no existe MSCT sino un acto encuadrado en el *ius variandi*. La Sala nos recuerda que, aun cuando la decisión de la empleadora no se considerase MSCT por falta de sustancialidad, el órgano jurisdiccional debería entrar a conocer la demanda, ya que el derecho de las personas trabajadoras a reclamar judicialmente contra una medida empresarial no se circunscribe a las MSCT.

Entrando ya en el fondo de la controversia, la clave para la solución de este pleito se sitúa sin duda en el art. 8.1 LTD: *“La modificación de las condiciones establecidas en el acuerdo de trabajo a distancia, incluido el porcentaje de presencialidad, deberá ser objeto de acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora”*; en relación con el art. 7 de la misma Ley, que incluye el citado porcentaje dentro del contenido mínimo y obligatorio del acuerdo de trabajo a distancia.

En su intelección de este art. 8.1, la sentencia señala que no resulta lícito alterar el porcentaje de presencialidad a través de la negociación colectiva. Por esta razón, no cabría hacerlo a través del acuerdo que pone fin al periodo de consultas en el procedimiento de MSCT de carácter colectivo (art. 41.4 ET); ni tampoco mediante el pacto de descuelgue del convenio (art. 82.3 ET). La LTD impone taxativamente la negociación individual con cada persona trabajadora afectada, como única vía para la alteración del porcentaje de trabajo a distancia.

Habida cuenta de que dicho porcentaje no puede variarse mediante la negociación colectiva siendo imprescindible el pacto individual, resulta aún menos admisible que se lleve a cabo por decisión unilateral de la empresa. Así pues, la dirección del grupo no puede implantar por sí misma una política de teletrabajo que suponga la modificación del porcentaje de presencialidad para las personas con discapacidad como ha sucedido en este caso, lo que conduce a estimar la demanda declarando la nulidad de tal variación, sin perjuicio de la posibilidad de que se acuerde individualmente con cada persona un cambio en su porcentaje de teletrabajo. En este sentido, el pronunciamiento analizado sigue la estela de otros de la misma Sala, que anularon cláusulas incluidas en el acuerdo de trabajo a distancia porque dejaban al arbitrio de la empresa la alteración del porcentaje de teletrabajo (SSAN de 12 de septiembre de 2022, núm. 117/2022 y de 3 de junio de 2024, núm. 62/2024).

Con referencia a la otra decisión de la dirección del grupo contra la que pretendía actuar la parte demandante, que era la aplicación de un parámetro de productividad en el cálculo del salario de las personas con diversidad funcional, la sentencia declara sencillamente que no se ha acreditado la introducción de ningún cambio al respecto por parte de la empresa.

X. Apunte final

Sostenía el sindicato demandante que se había practicado una MSCT sin seguir los trámites del art. 41 ET, y la sentencia lo confirma al expresar que la actuación de la dirección *“ha de ser considerada como una verdadera MSCT”*.

Ahora bien, si el fallo declara la nulidad de la medida empresarial no es con fundamento en el art. 41 ET, sino en el art. 8 LTD; la Sala pone de relieve que el porcentaje de teletrabajo solo podría haberse modificado mediante un acuerdo con cada persona trabajadora, y tal negociación individual no se ha producido.

Cabe recordar en este punto que el porcentaje de presencialidad forma parte del contenido mínimo y obligatorio del acuerdo de trabajo a distancia, en virtud del art. 7 d) LTD; aunque puede venir encuadrado en los márgenes establecidos por la negociación colectiva, ya que los convenios y acuerdos colectivos pueden regular entre otras materias la jornada mínima presencial (disposición adicional 1ª.2 LTD).

Además el mismo acuerdo de trabajo a distancia puede fijar los criterios para la reversibilidad al trabajo presencial, extremo sobre el que también puede incidir la negociación colectiva. En efecto, dispone el art. 5.3 LTD que *“El ejercicio de esta reversibilidad podrá ejercerse en los términos establecidos en la negociación colectiva o, en su defecto, en los fijados en el acuerdo de trabajo a distancia”*. Recuérdese que en el caso aquí examinado la empresa pretendía revertir una situación en que se teletrabajaba durante el 100% de la jornada, volviendo a introducir una cierta presencialidad. Ciertamente esta cuestión podría haber estado prevista en los acuerdos de trabajo a distancia o en la negociación colectiva.

Nótese por otra parte que con base en el comentado art. 8 LTD, todos los aspectos que estén recogidos en el acuerdo de trabajo a distancia constituyen excepciones al ámbito de aplicación del mecanismo de la MSCT, puesto que la empresa no puede lícitamente variar esas condiciones de trabajo por mucho que alegue causas justificativas, siendo imprescindible la aceptación individual. Y ello a pesar del carácter abierto con el que se configura esta figura legal en el art. 41.1 ET, que la hace extensible a cualquier tipo de condición laboral sin mencionar excepciones (*"Tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias..."*).

Conviene precisar también que, si bien este art. 41 ET no puede aplicarse a las materias recogidas en el acuerdo de trabajo a distancia como acaba de afirmarse, sí podría afectar a las otras condiciones laborales no incluidas en él respecto de las personas que teletrabajan (salario, funciones, etc.).

El hecho de que el contenido del acuerdo de trabajo a distancia esté blindado frente a la eventualidad de una MSCT resulta coherente, sin duda, con la voluntariedad proclamada en el art. 5.1 LTD: *"El trabajo a distancia será voluntario para la persona trabajadora y para la empleadora"*. Precepto que por lo demás, también veta la aplicación del art. 41 ET en el momento inicial del trabajo a distancia, al proscribir que pueda ser implantado por este cauce.

Tal voluntariedad no obstante tiene alguna excepción, prevista en el propio art. 5 LTD: *"sin perjuicio del derecho al trabajo a distancia que pueda reconocer la legislación o la negociación colectiva"*. Así sucede, por ejemplo, con el teletrabajo que solicitan las personas trabajadoras como medida de adaptación por conciliación de la vida familiar y laboral, que se configura como un derecho en el art. 34.8 ET, debiendo la empleadora concederlo obligatoriamente salvo que concurran razones objetivas para su denegación.

Pero no se debe olvidar, en todo caso, que la LTD se aplica únicamente a las relaciones de trabajo que se desarrollan a distancia con carácter regular, es decir a aquellas en las que se trabaje a distancia al menos el 30% de la jornada en un periodo de referencia de tres meses (art. 1). Significa ello que la ordenación legal de la materia que se ha expuesto a lo largo de este comentario no entra en juego para quienes teletrabajan durante un porcentaje de tiempo inferior. En tales supuestos, ante el interrogante de si la empresa puede alterarles unilateralmente el porcentaje de teletrabajo (por ejemplo desde un 25% a un 5%) habría que responder acudiendo a la ordenación de las MSCT en el ET.

De igual manera es posible plantearse qué habría sucedido en un supuesto de hecho igual al que resuelve esta sentencia, pero en el que la alteración del porcentaje de teletrabajo hubiera sido mínima (por ejemplo desde el 90% al 85%). Al respecto, téngase en cuenta que cuando el art. 8 LTD proscribe la modificación unilateral del porcentaje por parte de la empresa no menciona el requisito de la sustancialidad; de donde se infiere que con base en su literalidad habría que entender proscritos incluso los cambios más mínimos.

§ 29 Discriminación por enfermedad y nulidad del despido. En caso de desistimiento empresarial del periodo de prueba.

María Emilia Casas Baamonde

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Presidenta Emérita del Tribunal Constitucional

Resumen: *En el caso, el contrato de trabajo se rescinde por desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, estando el trabajador en situación de baja por IT iniciada cinco días antes. La Sala aprecia que la extinción del contrato de trabajo adoptada unilateralmente por la empresa durante el periodo de prueba debe declararse nula por haber incurrido en discriminación por razón de la enfermedad con las consecuencias previstas en el artículo 55.6 ET para el despido nulo discriminatorio.*

Palabras clave: *Despido. Periodo de prueba. Desistimiento empresarial. Incapacidad temporal. Discriminación. Enfermedad. Prueba de indicios. Nulidad.*

Abstract: *In this case, the employment contract is terminated due to the employer's withdrawal during the probationary period, with the worker being on sick leave (IT) that started five days prior. The Chamber considers that the termination of the employment contract unilaterally adopted by the company during the probationary period must be declared null and void for having incurred discrimination based on illness, with the consequences provided for in article 55.6 of the Workers' Statute (ET) for discriminatory null dismissal.*

Keywords: *Dismissal. Probationary period. Employer's withdrawal. Temporary disability. Discrimination. Illness. Circumstantial evidence. Nullity.*

I. Introducción

Sabido es que la extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba es una figura jurídica que goza de cierta flexibilidad (art. 14.2 ET). Sin embargo, la Constitución y la ley establecen límites a la facultad empresarial de desistir del periodo de prueba y de rescindir el contrato, especialmente cuando concurren circunstancias que pudieran vulnerar derechos fundamentales de las personas trabajadoras. La sentencia aquí comentada examina el desistimiento por la empresa de la prueba y la rescisión del contrato de trabajo temporal celebrado con un trabajador, que, tras cuatro días de trabajo, causa baja por IT derivada de enfermedad común, y a los cuatro días de la baja, estando aun en esa situación, recibe comunicación de la empresa, dando por finalizado el contrato por no considerar "satisfactoria su prestación de servicios". La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears ha apreciado indicios fundados de discriminación por enfermedad en la decisión empresarial de desistir de la prueba y del contrato, sin que la empresa aportase justificación alguna que desvinculara su decisión de la situación de IT del trabajador, ni de cualquier

relación con su enfermedad, lo que acarrea la nulidad del despido disciplinario y las consecuencias previstas en el artículo 55.6 ET.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears. Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 21/2025, de 23 de enero.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de suplicación núm. 483/2024.

ECLI:ES:TSJBAL:2025:21

Fuente: CENDOJ

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antoni Oliver Reus

Votos Particulares: carece

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El problema suscitado no solo se centra en la coincidencia temporal entre el desistimiento empresarial y la IT del trabajador derivada de enfermedad común, lo que por sí solo tiene una particular significación ante la regulación legal del período de prueba y su proyección en los términos del contrato celebrado entre las partes; sino también en la **falta de prueba por parte de la empresa de la legitimidad de su decisión rescisoria, ajena a la causa de discriminación alegada, ausencia probatoria que deja vivos los indicios fundados acerca de la existencia de una motivación discriminatoria en la decisión empresarial basada en la enfermedad del trabajador.**

1. Hechos

Conforme a los hechos probados de la sentencia nº 154/24 de 8 de mayo de 2024 del Juzgado de lo Social nº 5 de Palma, en autos DSP 47, recogidos por la sentencia de suplicación (AH 1º):

1º- El trabajador demandante/recurrente celebró en fecha 12 de junio de 2023 contrato de trabajo de duración temporal y carácter eventual por circunstancias de la producción con la empresa Transformación Agraria S.A., rigiéndose la relación laboral por el XVII Convenio Colectivo de TRAGSA.

2º- El contrato establecía una duración de seis meses desde el 12 de junio de 2023 hasta el 11 de diciembre de 2023.

3º- La cláusula 3ª del contrato fijaba un periodo de prueba de 15 días naturales, estableciendo adicionalmente: "Las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad que afecten al trabajador/a durante el periodo de prueba interrumpen el cómputo del mismo".

4º- El demandante pasó a situación de IT derivada de enfermedad común el día 16 de junio de 2023, recibiendo alta médica el 21 de junio de 2023. El diagnóstico que motivó la baja médica se describe en el parte de baja como dolor en rodilla no especificada.

[...]

5º- Mediante escrito de 20 de junio de 2023 la empresa comunicó al trabajador la finalización de su contrato de trabajo con efectos de 21 de junio por no superación del periodo de prueba. En la comunicación entregada al trabajador se hizo constar: "la empresa no considera satisfactoria su prestación de servicios, por lo que pongo en su

conocimiento nuestra decisión de dar por finalizada la relación laboral que nos une dentro del periodo de prueba, siendo el 21 de junio de 2023 su último día de trabajo".

La propia sentencia comentada resumirá los hechos esenciales en su FD 5º: "En el presente caso, nos encontramos ante un trabajador contratado el 12 de junio de 2023 que cuatro días después, el 16 de junio de 2023, causa baja por incapacidad temporal derivada de enfermedad común y el día 20 la empresa le comunica su decisión de desistir del contrato en prueba por no considerar, conforme al tenor de la comunicación escrita, "satisfactoria su prestación de servicios".

2. Antecedentes

La sentencia de instancia desestimó la demanda de despido del trabajador, aplicando la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2012^[1], que negó a la enfermedad la condición de motivo de discriminación, no incluido en el art. 14 CE, ni expresa, ni implícitamente por no comportar marginación social para un determinado grupo de personas. Añadió la sentencia que para apreciar discriminación el trabajador debía haber acreditado que otra persona trabajadora en situación de IT durante el periodo de prueba hubiera recibido un trato desigual por no haber desistido la empresa del periodo de prueba. La decisión empresarial de rescindir el contrato en el período de prueba se enmarcaba en la gestión de los recursos humanos de la empresa, pues la situación de IT del trabajador puede hacer necesaria la contratación de otra persona, que también tendría una legítima expectativa de continuar en su puesto de trabajo.

El trabajador formuló recurso de suplicación por el motivo único de infracción por la sentencia de instancia del art. 55.5 ET en relación con el artículo 26 de la ley 15/2022, de 12 de julio y del artículo 96 LRJS [art. 193 c) LRJS].

IV. Posición de las partes

El trabajador despedido sostuvo, en su recurso de suplicación, que había aportado indicios suficientes de vulneración de su derecho a la no discriminación por razón de la enfermedad padecida, pues la empresa desistió de la prueba unos días después de la celebración del contrato, cuando el trabajador se encontraba ya en situación de baja por IT iniciada cinco días antes, sin que la empresa hubiera acreditado que su decisión obedecía a causas legítimas ajenas a la discriminación denunciada, con la consecuencia de la nulidad de su despido. Negó que el juicio de discriminación exigiese un juicio de igualdad o relacional con persona no discriminada.

El Abogado del Estado, en representación de la empresa TRAGSA, impugnó el recurso de suplicación con apoyo en la sentencia citada del Tribunal Supremo y los mismos argumentos de la sentencia de instancia recurrida.

V. Normativa aplicable al caso

Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación

"Artículo 2. Ámbito subjetivo de aplicación

1. (...) Nadie podrá ser discriminado por razón de (...) enfermedad o condición de salud, (...)

2. No obstante lo previsto en el apartado anterior, y de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 4 de esta ley, podrán establecerse diferencias de trato cuando los criterios para tal diferenciación sean razonables y objetivos y lo que se persiga es lograr un propósito legítimo o así venga autorizado por norma con rango de ley, o cuando resulten de disposiciones normativas o decisiones generales de las administraciones públicas destinadas a proteger a las personas, o a grupos de población necesitados de acciones específicas para mejorar sus condiciones de vida o favorecer su incorporación al trabajo o a distintos bienes y servicios esenciales y garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades en condiciones de igualdad.

3. La enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública.

[...]"

"Artículo 4. El derecho a la igualdad de trato y no discriminación

1.El derecho protegido por la presente ley implica la ausencia de toda discriminación por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2.

En consecuencia, queda prohibida toda disposición, conducta, acto, criterio o práctica que atente contra el derecho a la igualdad. Se consideran vulneraciones de este derecho la discriminación, directa o indirecta, por asociación y por error, la discriminación múltiple o interseccional, la denegación de ajustes razonables, el acoso, la inducción, orden o instrucción de discriminar o de cometer una acción de intolerancia, las represalias o el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales, la inacción, dejación de funciones, o incumplimiento de deberes.

2. No se considera discriminación la diferencia de trato basada en alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2 de esta ley derivada de una disposición, conducta, acto, criterio o práctica que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla".

[...]"

"Artículo 9. Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo por cuenta ajena

1.No podrán establecerse limitaciones, segregaciones o exclusiones por razón de las causas previstas en esta ley para el acceso al empleo por cuenta ajena, público o privado, incluidos los criterios de selección, en la formación para el empleo, en la promoción profesional, en la retribución, en la jornada y demás condiciones de trabajo, así como en la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo.

[...]"

"Artículo 26. Nulidad de pleno derecho.

Son nulos de pleno derecho las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de alguno de los motivos previstos en el apartado primero del artículo 2 de esta ley".

[...]

"Artículo 30. Reglas relativas a la carga de la prueba

1. De acuerdo con lo previsto en las leyes procesales y reguladoras de los procedimientos administrativos, cuando la parte actora o el interesado alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada o a quien se impute la situación discriminatoria la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

[...]"

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

"Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario

[...]

5. Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

6. El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir.

[...]

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social

“Artículo 96. Carga de la prueba en casos de discriminación y en accidente de trabajo

“1. En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

[...]”.

“Artículo 193. Objeto del recurso de suplicación

[...]

c) Examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia”.

VI. Doctrina básica

La sentencia comienza su fundamentación exponiendo la doctrina del TS sobre el período de prueba y la limitación de la facultad empresarial de libre desistimiento en la fase de prueba del contrato de trabajo por la eficacia de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, quedando el desistimiento empresarial sujeto al control judicial sobre esa observancia empresarial de los derechos fundamentales; en el caso, sobre la ajenidad del desistimiento empresarial de la prueba y del contrato a cualquier móvil discriminatorio. Consiguientemente, la sentencia desenvuelve su argumentación seguidamente sobre si “la enfermedad o condición de salud constituye un factor de discriminación y en caso de respuesta afirmativa, que ya adelantamos”, sobre si, en el caso, “se han acreditado indicios racionales de discriminación y si la empresa ha aportado una justificación razonable de su proceder” (FD 2º).

1. Sobre la enfermedad o “condición de salud” como causa de discriminación

La premisa de la decisión de la sentencia está en el legislador: “La doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 junio de 2012, en la que se fundamenta la sentencia recurrida, no resulta de aplicación tras la entrada en vigor de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación aplicable al supuesto que se somete a nuestra consideración a la vista de la fecha en que la empresa tomó la decisión de rescindir el contrato de trabajo por no superación del período de prueba” (FD 3º).

La sentencia afirma que la Ley 15/2022 ha considerado la extinción del contrato de trabajo de quien cae enfermo como conducta atentatoria contra la dignidad personal y la ha reconocido como causa de discriminación sancionada con la nulidad. Por ello, el desistimiento empresarial del período de prueba, encontrándose el trabajador en IT, es discriminatorio, salvo que la empresa se aporte justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de su proceder.

Se adentra a continuación la sentencia en las diferencias entre el derecho a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación por causas personales o sociales del art. 14 CE de la mano de la jurisprudencia constitucional. Y desecha que la comprobación del trato discriminatorio precise de un juicio comparativo con personas en situación igual y trato desigual, como había exigido la sentencia de instancia, bastando la existencia de un trato peyorativo por la pertenencia a un grupo social en posición desventajosa por causas contrarias a la dignidad personal, el grupo de las personas que se ven privadas, aun transitoriamente de su capacidad laboral por razón de su enfermedad en el caso

Insiste la sentencia en la irrelevancia de que el trato discriminatorio se hubiera dado por igual a todos los trabajadores, pues la discriminación como resultado objetivo deriva de su causa, de alguna de las previstas en el art. 2.1 de la Ley 15/2022, entre las que se encuentra la enfermedad o condición de salud.

2. Sobre la prueba de indicios de discriminación por enfermedad en el desistimiento empresarial del contrato a prueba y su no desvirtuación por la empresa

Aplicando la ley y la jurisprudencia al caso, y tras evocar los hechos y fechas clave del caso, la sentencia advierte indicios fundados de vulneración del derecho a la no discriminación por razón de la enfermedad en el escaso tiempo transcurrido desde la contratación del trabajador y su situación de baja por IT y en “el no menos escaso tiempo transcurrido entre esta situación y el desistimiento empresarial” (FD 5º).

Sin abandonar el terreno de la prueba indiciaria, aunque sosteniendo un diálogo con la sentencia de instancia sobre el período de prueba desde la lógica de la libertad de empresa y la necesidad empresarial de contratación durante la baja de otro trabajador para mantener la continuidad operativa, la de suplicación emite un juicio de ilegalidad de la conducta empresarial, pues la situación de IT no es causa válida de extinción del contrato de trabajo en el art. 49 ET, sino de suspensión ex 45.1.c) ET, reforzado por el propio contrato de trabajo rescindido, en el que se había pactado que la IT interrumpía el cómputo del período de prueba, siendo su consecuencia que, tras la suspensión contractual por IT, se reanudaba el cómputo del periodo de prueba, no siendo la IT causa válida de extinción del contrato de trabajo.

Frente a los indicios fundados de la discriminación padecida por el trabajador por su enfermedad y consiguiente baja por IT, alegados por este y acogidos por la Sala de suplicación, la empresa no había aportado prueba alguna capaz de destruirlos mediante la vinculación de la prestación de trabajo durante los cuatro días en que fue posible con algún motivo que hubiere ocasionado la insatisfacción empresarial por causa distinta de la enfermedad y baja del trabajador. Faltó que la empresa aportase justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la medida por ella adoptada y de su proporcionalidad. La empresa había procedido a un desistimiento discriminatorio por enfermedad equiparable a un despido disciplinario de igual naturaleza y, por ello, nulo, con las consecuencias previstas en el art. 55.6 ET.

VII. Parte dispositiva

“FALLAMOS

1) Se estima el recurso de suplicación formulado por la representación de don Apolonio contra la sentencia dictada el 8 de mayo de 2024 por el juzgado de lo social número 5 de Palma de Mallorca en los autos DSP 479/2003, la cual se revoca y deja sin efecto.

2) Se declara nulo el despido del demandante con efectos de 21 de junio de 2021 y se condena a la empresa demandada, TRAGSA, a que proceda a su inmediata readmisión con abono de los salarios dejados de percibir”.

VIII. Pasajes decisivos

- “La doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 junio de 2012 [...] no resulta de aplicación tras la entrada vigor de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación [...]” (FD 3º).

- “Parece evidente que la extinción del contrato de trabajo de quien cae enfermo es una conducta que atenta contra la dignidad de la persona y que por ello el legislador ha querido objetivarla como causa de discriminación sancionando su nulidad” (FD 3º).

- “[...] cuando de lo que se trata es de abordar un supuesto de posible discriminación no debe buscarse la comparativa con otro supuesto igual al que se haya dado un trato diferenciado sino la existencia de un trato peyorativo por la pertenencia a un determinado grupo social, en nuestro caso las personas que por razón de su enfermedad se ven privadas, aunque sea transitoriamente, de su capacidad laboral” (FD 4º).

- “[...] es obligado apreciar la existencia de fundados indicios de vulneración del derecho a la [no] discriminación [sic] por razón de la enfermedad dado el escaso tiempo transcurrido desde la contratación y la situación de baja y el no menos escaso tiempo transcurrido entre esta situación y el desistimiento empresarial” (FD 5º).

- “[...] La situación de incapacidad temporal no está contemplada en el artículo 49 ET como una válida causa de extinción del contrato, tratándose de una causa de suspensión del contrato a tenor de lo previsto en el artículo 45.1.c) ET” (FD 5º).

- “En el propio contrato de trabajo se pactó que las situaciones de incapacidad temporal durante el periodo de prueba interrumpían su cómputo [...], de lo que se sigue que tras la suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal se reanudaba el cómputo del periodo de prueba sin contemplarse la situación de incapacidad temporal como válida causa de extinción del contrato de trabajo” (FD 5º).

- “La empresa no ha aportado ninguna justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad” (FD 5º).

- “Para desvirtuar los fundados indicios de discriminación por razón de la enfermedad la empresa debía explicar que ocurrió en los escasos cuatro días de prestación de servicios para evidenciar que esta no era satisfactoria y que la causa del desistimiento era esa y no la situación de baja por incapacidad temporal. La empresa no ha ofrecido tal explicación” (FD 5º).

- Nos encontramos, por tanto, ante una extinción del contrato de trabajo adoptada unilateralmente por la empresa y equiparable al despido que debe declararse nula por haber incurrido en discriminación por razón de la enfermedad con las consecuencias previstas en el artículo 55.6 [E]T” (FD 5º).

IX. Comentario

La sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de les Illes Balears es una sentencia bien fundada, incluido algún elemento circunstancial de su fundamentación sobre el periodo de prueba como mecanismo racional de eficiencia empresarial y excluida su llamativa falta de referencia al artículo 14 ET y, en menor medida, al XVII convenio colectivo de la empresa TRAGSA. Los pasos sucesivos de su *ratio decidendi* están bien trazados: el “libre” desistimiento de las partes durante el periodo de prueba no exime de la observancia de los derechos fundamentales de los trabajadores, entre ellos el derecho fundamental a no padecer discriminación por causa prohibida para diferenciar por la Constitución o por la ley; la enfermedad, o condición de salud, o mas estrictamente, la pérdida de capacidad laboral por enfermedad, es causa legal de discriminación en el trabajo, por mandato de la Ley 15/2022; el derecho fundamental a la igualdad ante la ley mantiene diferencias con el derecho fundamental a no sufrir discriminación, ambos proclamados por el art. 14 CE; la prueba indiciaria de la discriminación por la enfermedad del trabajador en la decisión empresarial de desistir

de la prueba traslada la carga de la prueba a la empresa, que la ha incumplido al no aportar justificación alguna sobre la legitimidad de su decisión al margen de la enfermedad del trabajador; el desistimiento empresarial de la prueba y la rescisión consiguiente del contrato discriminó al trabajador por su enfermedad, siendo equivalente a un despido nulo con las consecuencias legalmente anudadas a un despido de esa condición. Realmente, sus mandamientos interpretativos se reducen a dos, relativo el primero a la enfermedad como causa legal de discriminación y atinente el segundo a la mecánica conocida de la prueba de indicios de la discriminación (o de la vulneración de derechos fundamentales), perfectamente identificables en la exposición de su doctrina básica, y en la que seguirá este comentario exponiendo también las críticas por exceso y por defecto que se dirigirán al cuerpo argumentativo de la sentencia.

1. Enfermedad y discriminación

Sabido es que la lista de causas de discriminación del art. 14, 2º inciso, CE no es cerrada, y que el presupuesto primero de una Constitución, de nuestra Constitución, es, como bien señaló I. De Otto, la existencia de la función legislativa. Sabido es también que la prohibición antidiscriminatoria se incorporó a las Constituciones del siglo XX para asegurar el derecho a la igualdad ante la ley (o igualdad normativa), ante un legislador obligado a diferenciar al intervenir en la economía y en las relaciones sociales. Es consustancial al legislador del Estado constitucional diferenciar (“la ley crea ciudadanía [...] al distinguir entre sujetos iguales ante ella”, y al distinguir equipara) en una lógica de diferenciación e igualación sujeta a un canon de razonabilidad y proporcionalidad de las diferencias. La desigualdad irrazonable y desproporcionada, arbitraria, es ilegítima, y se convierte en discriminación si la causa de la desigualdad es uno de los motivos odiosos prohibidos expresamente por el art. 14, 2º inciso, CE para diferenciar o es un motivo no previsto expresamente por la Constitución, pero de similar carga denigratoria de la dignidad personal, con una intrínseca inadmisibilidad constitucional para establecer diferencias, análoga a la de los motivos explícitamente mencionados por la Constitución, como la edad (a partir de la STC 75/1983, FJ 3), la discapacidad (a partir de la STC 269/1994, FJ 4), la orientación sexual (STC 41/2006, FJ 3), la transexualidad tratada como orientación sexual (STC 176/2008, FJ 7), la identidad de género y la expresión de género (STC 67/2022, 81/2024), y las circunstancias familiares en su expresión de responsabilidades familiares de trabajador varón que vio denegada su pretensión de realizar su trabajo en horario nocturno para atender a sus hijos de corta edad (únicamente en el caso de la STC 26/2011, de 14 de marzo, FJ 5).

Establecida la distinción conceptual, las diferencias -materiales, funcionales, técnicas, y de efectos- entre ambos derechos subjetivos son, entre otras, las que recoge el FD 4º de la sentencia balear -el derecho a no padecer discriminación no exige para su verificación de un juicio relacional de igualdad, de un *tertium comparationis* adecuado-, debiendo quedar también fijada la disparidad de ámbitos de actuación de ambos derechos fundamentales, pues mientras el derecho a la igualdad jurídica actúa frente al legislador (frente al sistema normativo) y los aplicadores públicos de la ley (órganos judiciales y administrativos), y no, salvo excepcionalmente, frente a la autonomía de la voluntad, el derecho fundamental a la no discriminación tiene eficacia *erga omnes*, desde luego en las relaciones entre privados, que es el ámbito de la sentencia comentada: una relación contractual de trabajo en prueba.

Tanto la jurisprudencia del TC, como la previa del TS, no habían apreciado en la enfermedad transitoriamente incapacitante de la persona trabajadora una circunstancia personal con el desvalor o el umbral de gravedad necesario, por atentatorio de la dignidad personal, para configurar una causa de discriminación prohibida implícitamente por el art. 14, 2º inciso, CE: “una **enfermedad** temporal, en cuanto situación que necesariamente afecta a la práctica totalidad de los seres humanos en muy diferentes momentos de su vida profesional, difícilmente puede configurarse en abstracto y con carácter general como un factor de discriminación prohibido por el art. 14 CE” (STC 62/2008, de 26 de mayo, FJ 4). La enfermedad

temporal no era una situación suficientemente desigual, o de irrazonabilidad tan grave que se torna en todo caso en discriminatoria, en el contexto del art. 14 CE. No dejó la STC 62/2008 de declarar que la enfermedad del trabajador, en si misma considerada, podía, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14, 2º inciso, CE (FJ 6).

La STS de 12 de julio de 2012, citada por la sentencia de instancia y la de suplicación, había fallado que el cese en el período de prueba de un trabajador en situación de IT por accidente de trabajo, sin otras circunstancias particulares, no constituía conducta discriminatoria.

La aprobación por NU, el 13 de diciembre de 2006, de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada por la UE, motivó que la jurisprudencia del TJUE enlazase la enfermedad de larga duración con la discapacidad, como causa de discriminación en la regulación de la Directiva 2000/78 y de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, entendida como “una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores” (sentencia de 1 de diciembre de 2016, C-395/15, *Daouidi*, por todas).

Tras la STC 118/2019, de 16 de octubre, el legislador derogó el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo del art. 52.d) ET (Real Decreto-ley 4/2020 y Ley 1/2020). Sus preámbulos citaron la STJUE de 18 de enero de 2018, C-270/16, *Ruiz Conejero*, que declaró la oposición de la Directiva 2000/78/CE, de su art.2.2.b).i), a una normativa nacional, como la española, que permitía al empresario despedir a un trabajador por sus faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, siendo esas ausencias consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad del trabajador, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual corresponde evaluar al órgano jurisdiccional estatal.

El legislador, que a través de la ley expresa la voluntad general (art. 66 CE) y es el intérprete más cualificado de las convicciones éticas de la sociedad en un momento histórico determinado (Zagrebelsky), dentro del pluralismo político (art. 1.1 CE), decidió incorporar la enfermedad “o condición de salud” como causa autónoma de discriminación, separada de la discapacidad y sin acotación alguna de tiempo, lugar y modo (art. 2.1 y 3), y hacerlo “en el acceso al empleo por cuenta ajena, público o privado, incluidos los criterios de selección”, prohibiendo las limitaciones, segregaciones o exclusiones por esa causa (art. 9.1), lo que hizo mediante la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

La Ley 15/2022, a tenor de su preámbulo, ha desarrollado la cláusula abierta del art. 14, 2º inciso, CE y, conjuntamente, el derecho a la igualdad jurídica y el mandato de sustantivación de la igualdad dirigido por el constituyente a los poderes públicos (art. 9.2). La STC 89/2024, de 5 de junio, desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados y diputadas del grupo parlamentario Vox, entre otros, contra el art. 9.1 de la Ley 15/2022, por razón de las “matizaciones” introducidas por los arts. 2.2 y 4.2 de la Ley en el ámbito de las relaciones privadas, a cuyo tenor caben diferencias de trato por las causas de discriminación prohibidas, que sean razonables y objetivas y proporcionales a un fin legítimo. El art. 2.2 de la Ley contempla el supuesto alternativo, mas coherente con la doctrina tradicional de los derechos fundamentales, de que las diferencias de trato estén autorizadas por norma con rango de ley o disposiciones normativas o decisiones generales de las administraciones públicas destinadas a proteger a las personas, o a grupos de población necesitados de acciones específicas para mejorar sus condiciones de vida o favorecer su incorporación al trabajo o a distintos bienes y servicios esenciales y garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades en condiciones de igualdad”, pareciendo referirse a las acciones positivas. El art. 4.2, por su parte, exige que la diferencia de trato derive de una disposición, conducta, acto, criterio o práctica

objetivamente razonable y proporcionada a la consecución de un fin legítimo. El Tribunal Constitucional se limitó a señalar la necesidad de verificar que la diferencia de trato no encubra o permita encubrir una discriminación contraria al art. 14 CE — discriminación indirecta—, con cita de numerosa jurisprudencia constitucional (FJ 3).

Sin entrar aquí en la crítica de la confusión legislativa de las técnicas propias y distintas de los derechos a la igualdad normativa y a la no discriminación, la sentencia del TSJ balear es ejemplo del funcionamiento del Estado constitucional de Derecho, de la separación de poderes, y de la sumisión del poder judicial al legislador democrático (art. 1.1 y 117.1 CE). Lo que se resume en el apartado de cabecera de su FD 3º, que dice así: “La doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 junio de 2012, en la que se fundamenta la sentencia recurrida, no resulta de aplicación tras la entrada en vigor de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación aplicable al supuesto que se somete a nuestra consideración a la vista de la fecha en que la empresa tomó la decisión de rescindir el contrato de trabajo por no superación del periodo de prueba”.

2. Prueba indiciaria de la discriminación por enfermedad sin desvirtuación empresarial

No es preciso añadir nada acerca del funcionamiento de la prueba de indicios, de su razón de ser ante las dificultades probatorias directas de las discriminaciones, y el desplazamiento de la carga probatoria a la parte que presuntamente vulneró el derecho fundamental para, contrarrestar los indicios, dentro del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.1 CE); ni sobre la normativa regladora de esta prueba, que ya ha quedado expuesta.

El interés de la prueba indiciaria está en la propia sentencia comentada, en su FD 5º: la enfermedad del trabajador es causa legal de discriminación, por tanto la enfermedad es el indicio, “dado el escaso tiempo transcurrido desde la contratación y la situación de baja” (el trabajador fue contratado el 12 de junio de 2023 y cuatro días después, el 16 de junio de 2023, causó baja por incapacidad temporal derivada de enfermedad común) “y el no menos escaso tiempo transcurrido entre esta situación y el desistimiento empresarial” (el 20 de junio la empresa comunicó al trabajador su decisión de desistir del contrato de trabajo, al no considerar “satisfactoria su prestación de servicios”). El desistimiento empresarial de la prueba tuvo lugar durante la situación de IT del trabajador.

No se refiere la sentencia al XVII Convenio Colectivo de TRAGSA, cuando es bien sabido que el art. 14 ET sitúa parte de su regulación sobre el periodo de prueba, la de naturaleza dispositiva, en los convenios colectivos, con un llamamiento a la autonomía individual. El 3º de los hechos probados de la sentencia de instancia informa de que la “cláusula tercera del contrato establecía un periodo de prueba de 15 días naturales”, coincidente con la regulación convencional del art. 18.1.a) del XVII Convenio Colectivo de TRAGSA. Lo interesante de la prueba de los hechos es que conocemos la existencia de una cláusula adicional del contrato, del siguiente contenido: “Las situaciones de *incapacidad temporal*, riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad *que afecten al trabajador/a durante el periodo de prueba interrumpen el cómputo del mismo*”. El pacto individual trae causa de la regulación legal del art. 14.3.2º ET: “Las situaciones de *incapacidad temporal*, riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad, *que afecten al trabajador durante el periodo de prueba, interrumpen el cómputo del mismo siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes*”. El hecho, pues, es que el acuerdo entre las partes se había producido, excluyendo la duración de la IT del cómputo del periodo de prueba, lo que refuerza los indicios discriminatorios invocados por el trabajador recurrente. La sentencia es explícita al respecto: de ese hecho “se sigue que tras la suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal se reanudaba el cómputo del periodo de prueba sin contemplarse la situación de incapacidad temporal como válida causa de extinción del contrato de trabajo (FD 5º).

Estos indicios, valorados en su conjunto y según las reglas del criterio humano, generan una sospecha fundada de que la decisión de extinguir el contrato estuvo motivada por la enfermedad del trabajador.

Crucial en la fundamentación de la sentencia es el incumplimiento por la empresa de su carga probatoria. Ante la prueba indiciaria sería presentada por el trabajador, recae sobre la empresa la obligación procesal de desvirtuar los indicios, aportando pruebas sólidas y convincentes que demuestren que su decisión de desistir de la prueba y rescindir el contrato se basó en razones objetivas, legítimas y totalmente ajenas a la situación de enfermedad del trabajador. Sin embargo, la “empresa no ha aportado ninguna *justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad*”. Insiste la sentencia en que la empresa tenía que haber explicado lo ocurrido “en los escasos cuatro días de prestación de servicios” para demostrar que no era satisfactoria “y que la causa del desistimiento era esa y no la situación de baja por incapacidad temporal”, y que no lo hizo (FD 5º). Lo que conduce derechamente a la equiparación de la extinción contractual unilateral por la empresa a un despido nulo por discriminatorio por enfermedad, con las consecuencias del art. 55.6 ET.

X. Apunte final: sobre las causas de discriminación y su carácter abierto en la Constitución

La doctrina constitucionalista ha considerado inconsistente la previsión última, tan abierta, de nuestra norma constitucional que enuncia la prohibición antidiscriminatoria, referida a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, en comparación con la “taxatividad” de los motivos discriminatorios que la anteceden.

Tampoco son cerrados los listados de motivos discriminatorios de las normas del Consejo de Europa y, en parte, de la Unión Europea, aunque con distinto nivel de flexibilidad. El art. 14 CEDH y el art. 1 de su Protocolo núm. 12 muestran igual grado de apertura al proscribir toda discriminación en el ejercicio de los derechos “especialmente” por sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o *por “cualquier otra situación”*. En cambio, el art. 21 CDFUE, con menor amplitud, se refiere, como causas de la discriminación que con carácter general prohíbe, “*en particular*”, al sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual, así como a la nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados. Por su parte, la formulación normativa que acoge el art. 19.1 TFUE, a efectos de habilitar al Consejo a adoptar acciones legislativas adecuadas para luchar contra la discriminación, es cerrada y ciñe sus motivos al sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Ninguna de estas normas convencionales ha reconocido la enfermedad, o las razones de salud, como causa de discriminación, sin perjuicio de poder hacerlo por sus órganos jurisdiccionales de garantía o mediante la reforma del TFUE, descartada a cualquier efecto por el momento.

La discriminación prosrita es cambiante por naturaleza: adopta nuevas formas, apunta a nuevas diferencias, siempre con el mismo resultado excluyente y degradante contra la dignidad humana. Frente a esta realidad, cerrar la enumeración de sus causas —en la Constitución o en normas internacionales de derechos— es vaciar de sentido su propósito. La prohibición de discriminación se sitúa en el umbral de tolerancia ética de las sociedades y es garantía de la universalidad de los derechos fundamentales. El TEDH ha reconocido que ciertas condiciones de salud pueden entrar dentro del ámbito de “otra situación”, que el trato diferente basado en la enfermedad y sin justificación objetiva es discriminatorio, y, en casos que implican discapacidad derivada de una enfermedad, aplica la prohibición de discriminación, como el TJUE. La tutela explícita del legislador español, su libre decisión de ofrecer una protección directa de las personas que no pueden trabajar por causa de enfermedad, está dentro de su margen de apreciación política y de su libertad de

configuración constitucional en el ámbito del art. 14 CE. Ya el legislador del primer ET de 1980 hizo uso de esa libertad de configuración para ampliar las causas de discriminación en las relaciones laborales (art. 17.1). En 2022, la sociedad reconocía ampliamente la relevancia de la salud laboral -habíamos pasado la terrible experiencia de la Covid- y la necesidad de evitar que la enfermedad, siendo realmente tal, obstaculizara las oportunidades de trabajo, priorizando la integración sobre la marginación, tal como promueven las sociedades democráticas avanzadas.

Referencias:

1. ^ *Rec. 1789/2011, ECLI:ES:TS:2012:5912*

- § 30 **Cabe reconocer el desempleo a las empleadas de hogar que no cotizaron por impedirlo la normativa discriminatoria anterior al RD-ley 16/2022 gracias a la aplicación directa por los Tribunales de la STJUE de 24 de febrero de 2022.**

Inmaculada Ballester Pastor

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I de Castellón.

Resumen: La Sentencia del TJUE de 24 de febrero de 2022 concluye que la normativa interna que prohibió que las empleadas de hogar accedan y coticen por desempleo es una discriminación indirecta por razón de sexo. La aplicación directa de dicha doctrina del TJUE por los Tribunales desplaza tal regulación y la corrige de forma que los períodos de alta durante los que las empleadas de hogar no pudieron cotizar por impedirlo una norma discriminatoria sirven para reconocer el derecho al subsidio por desempleo tanto contributivo como asistencial.

Palabras clave: Desempleo. Empleadas de hogar. Discriminación indirecta. Cotización. Desempleo asistencial. Derecho comunitario. Directiva.

Abstract: The CJEU ruling of February 24, 2022, concludes that the domestic rules that prevented domestic workers from accessing and contributing to unemployment benefits constitute indirect discrimination based on sex. The direct application of this EU doctrine by the Courts displaces this internal rule and corrects it so that it is understood that the periods of enrolment during which domestic workers were unable to contribute because a rule declared discriminatory prevented them from doing so serve to grant the right to contributory and assistance unemployment benefits.

Keywords: Unemployment. Domestic workers. Indirect discrimination. Contributions. Unemployment assistance. Community law. Directive.

I. Introducción

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea señala en su Sentencia de 24 de febrero de 2022 (C-389/2020) que la exclusión de la acción protectora en el Sistema especial de las empleadas de hogar de la prestación por desempleo constituye una discriminación indirecta por razón de sexo contraria al artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE.

En cumplimiento de dicho pronunciamiento el RD-ley 16/2022 de 6 de septiembre^[1] suprime el apartado d) del art. 251 del TRLGSS y obliga a cotizar por desempleo en el Sistema especial de empleados de hogar aunque lo hace desde el 1 de octubre de 2022^[2], es decir, actuando hacia el futuro pues no incluye disposiciones transitorias ni generadoras de efectos sobre los hechos causantes previos: dicha regulación provoca que el SEPE deniegue el subsidio por desempleo para mayores de 52 años a las

empleadas de hogar por falta de cotización y perpetúa la discriminación detectada por el TJUE. Así, en el caso del subsidio por desempleo para mayores de 52 años, el art. 274.4º LGSS requiere una cotización mínima al desempleo que exige alcanzar los seis años durante toda la vida laboral, pero como la cotización solamente es posible desde el 1 de octubre de 2022, el reconocimiento de esta prestación debe esperar hasta el 1 de octubre de 2028.

El presente pronunciamiento -en línea con otros pronunciamientos anteriores a los que da continuidad^[3]- hace lo que debió hacer la norma y restablece la igualdad de trato que deben disfrutar las empleadas de hogar. Para ello, da cumplimiento a la doctrina del TJUE plasmada en la STJUE de 24 de febrero de 2022 aplicando, al tiempo, la perspectiva de género, lo que permite reconocer el subsidio por desempleo a una empleada de hogar que no reúne los 6 años de cotización que pide el art. 274 LGSS. De esta forma, el Tribunal computa como cotizados al desempleo los períodos anteriores a la entrada en vigor del RD-Ley 16/2022, es decir, los períodos en los que trabajadora sí estuvo de alta en el Sistema Especial de los empleados de hogar sin poder ingresar dichas cuotas porque la regulación -considerada discriminatoria por el TJUE- lo impedía, aplicando directamente la STJUE y desplazando la norma interna, lo que implica eximir del pago real de dichas cuotas que serían necesarias para acceder al desempleo asistencial.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Superior de Justicia de Navarra.

Número de resolución judicial y fecha: nº 78/2025, de 20 de febrero de 2025.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de suplicación nº 496/2024.

ECLI: ES:TSJNA:2025:79.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Miguel Azagra Solano.

Votos Particulares: Carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Adela -trabajadora en el Sistema especial de empleadas de hogar y en el Régimen General- formula petición de subsidio por desempleo para mayores de 52 años el 15 de marzo de 2023. El SEPE lo deniega porque no se acreditan cotizaciones durante 6 años a un régimen que proteja la contingencia de desempleo ya que la solicitante cuenta con un total de 1762 días cotizados y son necesarios, según el art. 274 LGSS, un mínimo de 2160 días. Disconforme con la indicada Resolución la demandante formula reclamación previa y una vez desestimada la misma interpone demanda ante el Juzgado nº 2 de Pamplona. El Juzgado de instancia estima la demanda de la trabajadora y declara su derecho al percibo de la prestación equivalente al 80% del IPREM hasta el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. El SEPE recurre, entonces, en suplicación dando lugar al pronunciamiento que aquí comentamos.

IV. Posición de las partes

El SEPE denuncia que la Sentencia del Juzgado infringe el art. 274.4º TRLGSS, que la Resolución administrativa que deniega el derecho al subsidio para trabajadores mayores de 52 años es ajustada a derecho y que ello no se opone al contenido de la Sentencia del TJUE de 24 de enero de 2022. Según el SEPE, en la actual litis subyace un conflicto de normas. Por un lado, la norma nacional que excluía la cotización por desempleo en el caso de las empleadas de hogar y, por otro, la Directiva 79/7/CEE del Consejo, que consagra el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social; que el principio de aplicabilidad o

eficacia directa de las normas europeas, aunque aplicable también a las Directivas en determinados supuestos, se ve sometido -en estos casos- a diversos condicionantes; que el artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE no crea un derecho subjetivo con unos contornos perfectamente delimitados que permita al ciudadano esgrimirlo ante un estado miembro; que el derecho reclamado está sometido a la condición de que no existan razones subjetivas que amparen la exclusión de la cobertura por desempleo; que tal condición existe en la exigencia de haber cotizado por el desempleo durante al menos 6 años; y que, en definitiva, no puede aplicarse de forma directa la Directiva en detrimento de la Ley española, pues ésta condiciona el percibo del subsidio a una cotización efectiva que no se ha producido durante el tiempo legalmente exigido.

Por su parte, la discrepancia de la trabajadora con la decisión del SEPE surge al interpretar y aplicar la STJUE de 24 de febrero de 2022 en relación con el artículo 251.d) LGSS ya que el RD-Ley 16/2022 suprime dicho apartado posibilitando la cotización por desempleo de los trabajadores del sistema especial de trabajadores de hogar a partir de su entrada en vigor: el problema es que dicha norma no tiene en cuenta que ninguna de las empleadas de hogar va a tener posibilidad de acceder al subsidio para mayores de 52 años hasta el 1 de octubre de 2028. Y ello perpetúa la discriminación recriminada en la propia Sentencia del TJUE.

V. Normativa aplicable al caso

- El Art. 274.4º LGSS: *Podrán acceder al subsidio los trabajadores mayores de cincuenta y dos años, aun cuando no tengan responsabilidades familiares, siempre que se encuentren en alguno de los supuestos contemplados en los apartados anteriores, hayan cotizado por desempleo al menos durante seis años a lo largo de su vida laboral y acrediten que, en el momento de la solicitud, reúnen todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación en el sistema de la Seguridad Social.*
- El art. 251.d) LGSS -derogado por el art. 3.1º del RD-Ley 16/2022, de 6 de septiembre- señalaba que: *d) La acción protectora del Sistema Especial para Empleados de Hogar no comprenderá la correspondiente al desempleo.*

VI. Doctrina básica

Recuerda el Tribunal, lo primero, que el TJUE ha dictado la Sentencia de 24 de febrero de 2022 (C-389/2020) en donde se concluye que la exclusión de las prestaciones por desempleo a las empleadas del hogar constituye una discriminación indirecta por razón de sexo contraria al artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE. Conforme a lo que dispone la sentencia mencionada, *"El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que excluye las prestaciones por desempleo de las prestaciones de seguridad social concedidas a los empleados de hogar por un régimen legal de seguridad social, en la medida en que dicha disposición sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores y no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo..."*.

Es decir, la STJUE de 24/02/2024 considera contraria al Derecho de la Unión una disposición nacional que excluye de las prestaciones de seguridad social concedidas a los empleados de hogar, a las prestaciones por desempleo si la norma nacional supone situar a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores y tal disposición carece de una justificación ajena a cualquier discriminación por razón de sexo. El Tribunal Europeo, si bien reconoce que la disposición nacional controvertida no permite apreciar una discriminación directa por razón de sexo (se aplica indistintamente a trabajadores y trabajadoras incluidos en el Sistema Especial de Empleados de Hogar), sí aprecia la existencia de una

discriminación indirecta basada en el sexo, contraria al artículo 4.1 de la Directiva 79/7/ CEE, al colocar a las empleadas de hogar en desventaja particular con respecto a personas de otro sexo. El TJUE sostiene, en definitiva, que la opción legislativa de excluir a los empleados de hogar de las prestaciones por desempleo concedidas por el RGSS español, no parece aplicarse de manera coherente y sistemática en comparación con otros colectivos de trabajadores que disfrutaban de esas mismas prestaciones pese a presentar características y condiciones de trabajo análogas a las de los empleados de hogar.

Como consecuencia de dicha sentencia, continúa señalando el Tribunal, el Estado español publicó el RD-Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, norma que, tras suprimir el apartado d) del artículo 251 del TRLGSS, estableció la cotización por la contingencia de desempleo respecto de los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar, cotización que pasaría a ser obligatoria a partir del 01/10/2022.

Una vez el Tribunal se centra en el caso analizado, reconoce, lo primero, que lo cierto es que la demandante solo ha podido cotizar al desempleo a partir del 01 de octubre de 2022 pues hasta entonces no tenía la posibilidad legal de hacerlo. Y, afirma, a continuación que la modificación normativa mencionada se produce para situaciones de desempleo ocurridas con posterioridad a la entrada en vigor de la norma. Ello supone que, manteniéndose la exigencia de seis años de cotización al desempleo para acceder a la protección postulada (artículo 274 TRLGSS en su redacción aplicable al caso), la demandante no podría ver reconocido el derecho al percibo del subsidio para mayores de 52 años hasta el 01 de octubre de 2028 (transcurridos 6 años desde la obligación de cotizar al desempleo establecida en el RD-Ley 16/2022). Es decir, según el Tribunal, se mantendría una situación de discriminación indirecta que, si bien ha sido corregida formalmente mediante la entrada en vigor del Real decreto ley 16/2022, deja en desamparo a las situaciones anteriores de ausencia de cotización motivada por imposibilidad legal declarada por una norma que ha sido declarada discriminatoria y contraria al Derecho de la Unión.

Por lo tanto, el SEPE rechaza la solicitud de la demandante al no haber cotizado esta los 2160 días que exige el artículo 274.4 del TRLGSS, pero entiende el Tribunal que esa falta de cotización solo fue debida a la imposibilidad de hacerlo debido a la aplicación de una normativa que se reveló discriminatoria en decisión adoptada por el TJUE. El principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, consagrado en la jurisprudencia del TJUE, exige que las normas nacionales contrarias al Derecho de la Unión no sean aplicadas, y es lo cierto que el RD-Ley 16/2022, al referir su aplicación solo a los hechos causantes posteriores a su entrada en vigor, perpetúa la situación de discriminación durante 6 años respecto de aquellas beneficiarias que, habiendo cotizado el Sistema de Empleados de Hogar, no pudieron hacerlo respecto de las prestaciones por desempleo.

En definitiva, sostiene el Tribunal reproduciendo los Fundamentos del TSJ de Galicia de 10 de octubre de 2023^[4], que el RD-Ley 16/2022 no resuelve el problema de los posibles beneficiarios anteriores, sino solamente de los hechos causantes posteriores a su entrada en vigor señalando que: *"la interpretación de la normativa debe producirse en la forma más favorable al colectivo discriminado (el de las personas integradas en ese sistema especial), con perspectiva de género, porque es indiscutible el sesgo femenino -por no emplear el término carácter- de sus integrantes en su casi totalidad; y, además, en la aplicación e interpretación de las normas los juzgadores tenemos una obligación de hacerlo con perspectiva de género, al integrar un valor superior del ordenamiento jurídico. Nos vemos obligados a extender el régimen de SS previsto a partir de la entrada en vigor del RDL 16/22 también a los hechos causantes anteriores, porque el Legislador no ha cumplido debidamente la STJUE 24/02/22, asunto C-389/20 y ha dejado multitud de situaciones irresolutas y en las mismas condiciones que las existentes antes del pronunciamiento del tribunal comunitario, habida cuenta de que ni ha previsto un régimen transitorio debidamente*

extenso y que sea proyectable a situaciones como la presente, ni mucho menos una extensión directa".

De este modo, y como explica el TJUE, una vez que se ha constatada la existencia de una discriminación contraria al Derecho de la Unión, y mientras no se adopten medidas que restablezcan la igualdad de trato, el respeto del principio de igualdad solo puede garantizarse concediendo a las personas de la categoría desfavorecida las mismas ventajas de las que disfrutaban las personas de la categoría privilegiada. En ese supuesto, el órgano jurisdiccional nacional debe dejar sin aplicar toda disposición nacional discriminatoria, sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador y debe aplicar a los miembros del grupo desfavorecido el mismo régimen del que disfrutaban las personas incluidas en la otra categoría.

VII. Parte dispositiva

Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso de suplicación formulado por la Letrada del SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, frente a la sentencia nº 315/22 dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Navarra, en el Procedimiento nº 812/23, seguido a instancia de D^a. Adela , contra el Servicio recurrente, sobre desempleo, y confirmamos la sentencia recurrida. Sin costas.

VIII. Pasajes decisivos

En el caso enjuiciado, la normativa nacional que excluía a las empleadas del hogar de la cotización por desempleo ha sido declarada discriminatoria y para restablecer la igualdad de trato es necesario computar como cotizados los periodos anteriores a la entrada en vigor del RD-Ley 16/2022, en los que la actora estuvo de alta en el Sistema Especial, salvo si se pretende mantener una situación vulneradora de derechos fundamente y conformadora de discriminación por razón de sexo, que perjudica directamente a la reclamante al no verse reconocido su derecho al percibo del subsidio reclamado pese a haber trabajado y cotizado al Sistema Especial de Empleados de Hogar durante los años a los que se refiere la resolución judicial que ahora se recurre.

La modificación normativa llevada a cabo por el RD-Ley 16/2022 no ha eliminado la realidad discriminatoria de situaciones, como la de la actora, que no han sido contempladas por el legislador y que, como dice la sentencia recurrida, imponen la inexigibilidad del requisito de cotización al desempleo a un colectivo, cuya acción protectora excluía, precisamente, dicha cotización, de modo discriminatorio y en contravención con la normativa comunitaria.

IX. Comentario

Las empleadas de hogar han sido olvidadas durante muchos años por las normas tuitivas socio-laborales, incluso a sabiendas de que constituyen un colectivo feminizado desfavorecido, especialmente expuesto y muy vulnerable frente a la discriminación por razón de sexo^[5]. Además, la reclamación de las prestaciones por desempleo para las empleadas de hogar ha sido una de sus reivindicaciones más justificadas y necesarias, frente a la que, hace poco tiempo, y de forma incompleta, se ha dado respuesta.

En 2020, la propia Recomendación nº 17 del Acuerdo del Pacto de Toledo de 2020 "Mujeres y pensiones" apuntaba que era necesaria una reforma del trabajo al servicio del hogar, lo que requería la eliminación de los elementos diferenciales respecto al régimen general ordinario y la ratificación del Convenio de la OIT 189, de 2011 - materializada, al fin, tardíamente por España el 28 de febrero de 2023- favoreciendo que el trabajo doméstico aflore. Incluso se decía expresamente que debía revisarse la prestación por desempleo que servía de enlace con la jubilación, teniendo presente su particular relevancia para las carreras profesionales cortas o irregulares y otras circunstancias que afectan, de manera particular, a las mujeres. Pero el legislador no movió ficha hasta que nuestro país fue obligado a ello por la STJUE de 22 de febrero de 2022^[6]. Dicha Sentencia del TJUE concluye que el art. 4, apartado primero de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978 se opone a una

disposición nacional -el art. 251, letra d) LGSS- que excluye las prestaciones por desempleo de las prestaciones de seguridad social concedidas a los empleados de hogar, en la medida en que dicha disposición sitúa a las trabajadoras en una situación de desventaja particular con respecto a los trabajadores, una desventaja que no había quedado justificada por factores objetivos, ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

Tras dicho pronunciamiento los Tribunales acataron directamente dicha doctrina del TJUE sin esperar al legislador y tal actuación ha continuado, incluso, tras el RD-ley 16/2022^[7] pues la corrección normativa que introduce deja sin proteger los casos en los que la cotización por desempleo no se ha acreditado por la empleada de hogar porque la normativa lo impedía.

Prueba de ello es la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 16 de marzo de 2022^[8], Sentencia en la que el Tribunal aplica la doctrina del TJUE y reconoce el desempleo contributivo a una empleada que no acredita la carencia específica porque en los dos últimos meses no cotizó por desempleo. Y otro ejemplo de lo anterior aparece en la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 11 de mayo de 2022^[9], otorgando a una empleada de hogar el subsidio por desempleo para mayores de 52 años añadiéndose que, a estos efectos, resulta irrelevante que la fecha de la Sentencia en que se contiene dicha doctrina (STJUE de 24 de febrero de 2022) sea posterior a la del hecho causante dado que dicha Sentencia no contiene previsión alguna respecto de los efectos de la doctrina que establece y porque reiteradamente viene expresando el TJUE que "los órganos jurisdiccionales de (los Estados miembros) están obligados, con arreglo al artículo 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (artículo 267 TFUE), a deducir las consecuencias de la sentencia del TJUE, bien entendido sin embargo que los derechos que corresponden a los particulares no derivan de esta sentencia sino de las disposiciones mismas del Derecho comunitario que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno.

De nuevo, también se ha reconocido que la discriminación censurada por el TJUE existente en la legislación anterior afecta a los períodos en los que no se pudo cotizar para generar derecho al desempleo contributivo de una empleada de hogar en la STSJ de Aragón de 12 de junio de 2023^[10] y que, por consiguiente, éstos se deben calcular como períodos cotizados ya que ... (...) *Debe de decirse que la discriminación que por razón de sexo que aprecia la STJUE de fecha de 24/02/2022 (C-389/2020) se producía con la legislación anterior a la entrada en vigor del RDL 16/2022, y que la solicitud del subsidio por desempleo para mayores de 52 años fue el 29-7- 2022, con anterioridad, por lo que a la fecha del hecho causante existía dicha discriminación. Pero es que dicha discriminación ha existido con la legislación anterior también, por el hecho de excluir las prestaciones por desempleo de las prestaciones de seguridad social concedidas a los empleados de hogar por un régimen legal de seguridad social antes de la integración del Régimen de Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social, lo que tuvo lugar a partir del 1-1-2012, en virtud de lo dispuesto en le DA 39ª de la Ley 27/2011.*

Meses después, el RD-ley 16/2022 obliga a cotizar al desempleo "pro futuro", sin incluir disposiciones transitorias que protejan a quienes no pudieron acreditar las cuotas necesarias por causa legal; por ese motivo la protección que no ofrece el legislador ha seguido supliéndose por los Tribunales aplicando directamente la STJUE de 24 de febrero de 2022 y apartando la legislación nacional discriminatoria. Así lo hace la Sentencia del TSJ de A Coruña (Sala de lo Social) de 10 de octubre de 2023^[11] -a la que se remite la Sentencia que comentamos y otras posteriores- aplicando e interpretando, también, las normas con perspectiva de género^[12].

X. Apunte final

Como colofón al presente comentario cabe traer a colación la Sentencia de la Sala de lo Social de A Coruña de 5 de febrero de 2025^[13], Sentencia que desestima el recurso de suplicación interpuesto por el SEPE y confirma la sentencia de instancia en

la que se revoca la resolución administrativa adoptada y se reconoce el derecho de una empleada de hogar a percibir la prestación por desempleo contributivo desde el 1 de enero de 2022, entendiendo que no es exigible el art. 266 LGSS a las empleadas de hogar porque éstas no tenían posibilidad de cotizar por dicha prestación en las fechas anteriores al RD-ley 16/2022.

Este pronunciamiento reitera los argumentos hasta ahora expresados por esta misma Sala y que ya han sido expuestos, pero, además, como gran novedad, se confirma la sentencia de instancia que había reconocido a la solicitante el derecho al desempleo más una indemnización adicional que queda cuantificada en 1.800 euros.

Reconoce la Sala que la negación del derecho a cotizar (y de la protección de la correspondiente prestación) se basa en una vulneración de derechos fundamentales provocada por el propio Estado, que el efecto reparador del reconocimiento de la vulneración de un derecho fundamental debe ser que las consecuencias perjudiciales que derivan de la misma sean repuestas ya que tal acto vulnerador resulta una aberración para nuestro ordenamiento jurídico cuya reposición implica el borrar y anular dicha vulneración y, por lo tanto, que debe indemnizarse a la víctima acudiendo al artículo 183 LRJS ya que, al igual que sucedió con el complemento por maternidad, nos encontramos con la vulneración de la misma Directiva 79/7/CEE a lo que hay que sumar lo dispuesto en los arts. 25.2º y 27º de la Ley 15/22. Por tanto, acreditada la discriminación se presume la existencia de daño moral que se valora atendiendo a las circunstancias del caso, a la concurrencia o interacción de varias causas de discriminación previstas en la ley y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tiene en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. El acto recurrido se corresponde con un acto de la administración limitador de la acción protectora de la Seguridad Social, aplicado bajo un principio absolutamente restrictivo, lo que vulnera los consolidados principios interpretativos señalados por la doctrina constitucional. En el caso actual nos encontramos ante un segundo daño provocado que no es restituido con el reconocimiento de efectos retroactivos de la prestación cual es que el retraso en el reconocimiento de la prestación de desempleo que implica una ausencia de rentas para hacer frente a los gastos de la vida diaria.

Así las cosas, la actuación del SEPE denegando a las empleadas de hogar el subsidio por desempleo para mayores de 52 años y el desempleo contributivo debe resolverse -tal cual concluyen diferentes Salas de TTSSJJ- aplicando directamente la doctrina contenida en la STJUE de 24 de febrero de 2022 y desplazando la norma interna que prohibía cotizar por desempleo a las empleadas de hogar antes del RD-ley 16/2022, un desplazamiento que reconoce el derecho al desempleo asistencial y el contributivo a quienes no pudieron cotizar por el mismo y que, si no se activa, generaría el derecho a una indemnización por la vulneración de un derecho fundamental por parte del SEPE. La fijación de dicha indemnización serviría como un correctivo para el SEPE, un correctivo necesario por cuanto dicha Entidad Gestora sigue sin aplicar directamente -como corresponde- la doctrina que emana del TJUE, y ello obliga a las empleadas a reclamar judicialmente, algo que debe evitarse; por lo demás, el tema cuál deba ser la cuantía exacta de esta indemnización amenaza con dar, también, mucho juego.

Referencias:

1. [^] *Para la mejora de las condiciones de trabajo y de seguridad social de las personas al servicio del hogar*, BOE de 8 de septiembre, en vigor desde el 9 de septiembre.
2. [^] *DT 2ª RD-ley 16/2022*, de 6 de septiembre.

3. [^] En particular, la STSJ (Social) de Galicia de 10 de octubre de 2023 (nº rec. 566/2023).
4. [^] Nº rec. 566/2023.
5. [^] Tal como pone de manifiesto el propio Preámbulo del Convenio nº 189, 2011, de la OIT.
6. [^] Un pronunciamiento que resuelve una cuestión prejudicial planteada por un Juzgado de lo contencioso-administrativo después de que una empleada de hogar solicitara a la TGSS el poder cotizar por desempleo -apoyada por su empleadora-. Aunque, para ser exactos, la regulación del primer desempleo para las empleadas de hogar se produjo en plena pandemia, a través del RDL 11/2020, de 31 de marzo y la equiparación con los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General no fue absoluta pues resultó ser una protección temporal, que desapareció igual que lo hicieron las previsiones extraordinarias de las normas COVID. Asimismo, las empleadas de hogar afectadas por la suspensión del contrato o reducción de jornada como consecuencia de la DANA pudieron acceder a la prestación por desempleo para trabajadores afectados por un ERTE por fuerza mayor según se establece en el art. 45º y la DT 1ª del RDL 7/2024.
7. [^] Vid. CASANOVA MARTÍN, Laura, Acceso al subsidio por desempleo de las empleadas de hogar tras el Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre, en AAVV., Empleo y protección social. Comunicaciones al XXXIII Congreso Anual de la AEDTSS, Ministerio de Trabajo y SS, Serie Empleo, nº 66, p. 827 a 841.
8. [^] Nº rec. 5506/2021.
9. [^] Nº rec. 6675/2021.
10. [^] Nº rec. 200/2023.
11. [^] Nº rec. 566/2023 y nº res. 4403/2023.
12. [^] Según esta Sentencia, en ese supuesto, el órgano jurisdiccional nacional debe dejar sin aplicar toda disposición nacional discriminatoria, sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador, y debe aplicar a los miembros del grupo desfavorecido el mismo régimen del que disfruten las personas incluidas en la otra categoría (sentencias de 21 de junio de 2007, Jonkman y otros, C-231/06 aC-233/06, EU:C:2007:373, apartado 39, y de 9 de marzo de 2017, Milkova, C-406/15, EU:C:2017:198, apartados 66 y 67 y jurisprudencia citada)». En definitiva, además de la vinculación a la jurisprudencia del TJUE que impone el artículo 4.bis.1 LOPJ, las autoridades judiciales nacionales «no son en modo alguno ajenas a ese deber que incumbe a todas las autoridades de los Estados miembros de contribuir a alcanzar el resultado previsto en la Directiva, lo que supone para los órganos jurisdiccionales la adopción de una posición activa en tal sentido dentro de las competencias que le son propias, y con ello, la obligación de incorporar esa finalidad perseguida por la Directiva como criterio hermenéutico en la interpretación de las normas de acuerdo a las reglas del art. 3.1º del Código Civil» (SSTs 17/02/22 -rcud 2872/21-; y 17/02/22 -rcud 3371/21-).
13. [^] Nº rec. 2267/2024. Vid, a este respecto, ROLDÁN MARTÍNEZ, A., Indemnización por negativa del SEPE a reconocer la prestación por desempleo a empleadas de hogar. STSJ Galicia de 5 de febrero de 2025 (rec. 2267/2025). Briefs de AEDTSS, disponible en: <https://www.aedtss.com/indemnizacion-por-la-negativa-del-sepe-a-reconocer-la-prestacion-de-desempleo-a-empleada-de-hogar/#:~:text=La%20STSJ%20de%20Galicia%20de,p0r%20vulneraci%C3%B3n%20de%20derechos%20fundamentales>.

§ 31 El aspirante a trabajar como “consumidor”.

Antonio V. Sempere Navarro

Director de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Universidad (s.e.)

Resumen: La STJUE 20 marzo 2025 que se comenta aporta una novedosa e interesante visión del problema que surge cuando una persona aspira a integrarse en el mercado laboral (deportivo) y suscribe un contrato (de agencia) con determinada organización (agencia especializada en gestión de deportistas). Para el Tribunal de Luxemburgo, como la persona que desea su promoción laboral no desempeña una actividad lucrativa hay que considerarla como consumidora, aplicándole las prerrogativas propias de tal condición. En el caso examinado, además, se trata de un menor que es representado por sus progenitores. La Directiva 93/13 debe interpretarse como que un contrato de prestación de servicios de apoyo al desarrollo y a la carrera de un deportista celebrado entre, por una parte, un profesional que ejerce una actividad en el campo del desarrollo de deportistas y, por otra parte, un menor de edad, «joven promesa», representado por sus padres, que, en el momento de la celebración del contrato, no ejercía aún una actividad profesional en el terreno deportivo y, por tanto, tenía la condición de consumidor está incluido en el ámbito de aplicación de esta Directiva. Una cláusula contractual que establece que, como contrapartida a una prestación de servicios de apoyo al desarrollo deportivo y a la carrera, un joven deportista se compromete a pagar una retribución consistente en el 10 % de los ingresos que percibirá durante los quince años posteriores a la celebración del contrato no causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, en el sentido de dicha disposición, por el mero hecho de que esa cláusula no vincule el valor de la prestación con el coste que supone para el consumidor. La existencia de tal desequilibrio debe apreciarse, en particular, a la luz de las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista acuerdo de las partes, de las prácticas de mercado justas y equitativas en vigor a la fecha de la celebración del contrato en materia de retribución en el ámbito deportivo de que se trate y de todas las circunstancias que concurran en la celebración de dicho contrato, así como de todas las demás cláusulas de este o de otro contrato del que dependa.

Palabras clave: Acceso al empleo. Agencias de representación laboral. Deportistas profesionales. Trabajo de menores. Consumidores atípicos.

Abstract: Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 must be interpreted as meaning that a contractual term stipulating that, for the provision of services for development and career support in a particular sport, specified in the contract, the young sportsperson undertakes to pay remuneration equal to 10% of the income received over the 15 years following the conclusion of that contract falls within the scope of that provision.

Consequently, a national court may, in principle, assess, in the light of Article 3 of that directive, the unfairness of that term only if it reaches the conclusion that it is not drafted in plain, intelligible language. However, those provisions do not preclude national legislation which authorises a judicial review of the unfairness of that term even where it is drafted in plain, intelligible language. A contractual term which stipulates that, in exchange for the provision of services for development and career support for a sportsperson, a young sportsperson undertakes to pay remuneration equal to 10% of the income received over the 15 years following the conclusion of that contract does not create a significant imbalance, to the detriment of the consumer, between the parties' rights and obligations, within the meaning of that provision, merely because that term does not establish a link between the value of the service provided and its cost to the consumer. The existence of such an imbalance must be assessed in the light, in particular, of the rules applicable in national law in the absence of an agreement between the parties, fair and equitable market practices on the date of conclusion of the contract in the matter of remuneration in the field of sport concerned and all the circumstances attending the conclusion of that contract, as well as all the other terms of that contract or of another contract on which it is dependent.

Keywords: Access to employment. Labor representation agencies. Professional athletes. Child labor. Atypical consumers.

I. Introducción

La STJUE 20 marzo 2025 (Arce) que se comenta aporta una novedosa e interesante visión del problema que surge cuando una persona aspira a integrarse en el mercado laboral (deportivo) y suscribe un contrato (de agencia) con determinada organización (agencia especializada en gestión de deportistas).

Para el Tribunal de Luxemburgo, como la persona que desea su promoción laboral no desempeña una actividad lucrativa hay que considerarla como consumidora, aplicándole las prerrogativas propias de tal condición. En el caso examinado, además, se trata de un menor que es representado por sus progenitores. EL asunto es bien conocido y puede resumirse del siguiente modo

- La Directiva 93/13/CEE (contratos con consumidores) se aplica al supuesto descrito porque el menor no ejercía actividad profesional al celebrarse el contrato.
- Una cláusula remuneratoria como la descrita debe ser considerada abusiva si no está redactada de manera clara y comprensible. En este caso debe considerarse nula y no cabe reconducirla al pago de los gastos realmente soportados por el agente, siendo posible el arbitrio judicial solo cuando esté válidamente pactada.
- Carece de validez la cláusula previendo, como contrapartida a una prestación de servicios de apoyo al desarrollo deportivo y a la carrera, que el deportista pagará el 10 % de sus ingresos durante los quince años posteriores, sin que se le haya comunicado, antes de la celebración de dicho contrato, toda la información necesaria para permitirle evaluar las consecuencias económicas de su compromiso.
- Para apreciar la abusividad del pacto posee relevancia que el consumidor fuese menor de edad en el momento de la celebración del contrato celebrado por los padres en su nombre.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia (Formación de tres componentes).

Órgano judicial: Sala Quinta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Número de resolución judicial y fecha: Sentencia de 20 de marzo de 2025.

Tipo y número recurso o procedimiento: Cuestión prejudicial. Asunto C-365/23.

ECLI:EU:C:2025:192.

Fuente: Curia.

Ponente: Irmantas Jarukaitis.

Órgano promotor: Tribunal Supremo de Letonia.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. El trasfondo fáctico

Baloncestista menor de edad que, en enero de 2009, representado por sus padres, contrata los servicios de empresa especializada para desarrollar su carrera; el contrato dura 15 años y comprende entrenamiento, apoyo psicológico, asesoría jurídica y marketing; el deportista abona el 10% de sus ingresos totales si superan los 1.500 € mensuales; diez años después el agente reclama 1.663.780 €).

El contrato establecía que la retribución adeudada a la sociedad solo era exigible si el importe de los ingresos ascendía, al menos, a 1 500 euros al mes; el deportista podía rescindir el contrato unilateralmente sin abonar ninguna compensación, en particular en caso de que decidiera no continuar con su carrera profesional; los servicios prestados no garantizaban que el menor llegara convertirse en profesional.

2. Sentencias de instancia y apelación

El órgano jurisdiccional de primera instancia y, posteriormente, el de apelación desestimaron la demanda de la empresa por considerar que el contrato de 14 de enero de 2009 no era conforme a las normas nacionales en materia de defensa de los derechos de los consumidores y que, en particular, la cláusula que obligaba al baloncestista a abonar una retribución del 10 % de sus ingresos durante toda la vigencia del contrato era abusiva.

IV. Posición de las partes

1. Sociedad demandada

La empresa especializada en gestión deportiva alega que las disposiciones nacionales relativas a la defensa de los derechos de los consumidores no eran pertinentes en el caso de autos, puesto que el contrato de 14 de enero de 2009 estaba comprendido en la categoría de contratos de deportistas «jóvenes promesas», para los que no están concebidas las mencionadas disposiciones. En todo caso, solicitó que se planteara una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

2. Tribunal Supremo

En su cuestión prejudicial, el TS letón sostiene que el concepto de «consumidor» no se ha abordado en el ámbito del deporte. Considera que el posterior carácter profesional del menor es irrelevante porque hay que enjuiciar la validez en el momento de la contratación. Además, pone de relieve que existen soluciones contrapuestas en los Estados miembros.

V. Normativa aplicable al caso

1. Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea

Con mayor o menor incidencia sobre el caso, son varios los preceptos de la CDFUE traídos a colación por la sentencia glosada:

- El artículo 17 reconociendo a la persona el derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos.
- El artículo 24 proclamando el interés superior del niño.
- El artículo 51 relativo al ámbito de aplicación de la propia Carta.

2. Directiva 93/13 sobre derechos de los consumidores.

Especial relevancia cobra la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que identifica conceptos básicos como los de “consumidor” (toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional) y “profesional” (toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada).

Conforme al artículo 3.1 *las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas cuando, contrariamente a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.*

El apartado 2 del citado artículo 3º precisa que *una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión*^[1].

Para aquilatar el concepto de cláusulas abusivas la Directiva añade en su artículo 7º que habrá de estarse a la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.

El principio de transparencia aparece reflejado en el artículo 6º, conforme al cual cuando todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor.

Por último, en cuanto a las consecuencias de que una cláusula se considere abusiva, no vincularán al consumidor las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

3. Directiva 2005/29.

La Directiva 2005/29/CE de 11 de mayo de 2005, sobre las prácticas comerciales desleales dispone que *Las prácticas comerciales que puedan distorsionar de manera sustancial, en un sentido que el comerciante pueda prever razonablemente, el comportamiento económico únicamente de un grupo claramente identificable de consumidores especialmente vulnerables a dichas prácticas o al producto al que se refieran, por padecer estos últimos una dolencia física o un trastorno mental o por su edad o su credulidad, deberán evaluarse desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo. Ello se entenderá sin perjuicio de la práctica publicitaria habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas o afirmaciones respecto de las cuales no se pretenda una interpretación literal.*

VI. Doctrina básica

Son varios los núcleos principales a cuyo alrededor se construye la sentencia y realmente concuerdan con los diversos apartados del fallo.

1. Aplicabilidad de las normas sobre consumo

El primero y más importante de los temas abordados, hasta el extremo de que lo hemos llevado al título del comentario, concluye las Directiva sobre protección a consumidores se aplica al contrato de prestación de servicios de apoyo al desarrollo y a la carrera de un deportista celebrado entre 1º) Un profesional que ejerce una actividad en el campo del desarrollo de deportistas y 2º) Un menor de edad, «joven promesa», representado por sus padres, que, en el momento de la celebración del contrato, no ejercía aún una actividad profesional en el terreno deportivo.

Desde ese prisma ha de enjuiciarse a validez de una cláusula contractual como la aquí sometida a consulta: hay un objeto material referido a la empresa de promoción deportiva (prestación de los servicios de apoyo al desarrollo y a la carrera futbolística); una obligación recíproca del joven deportista (pagar el 10 % de los ingresos que perciba a partir de que superen el umbral fiado de 1.500 euros) y una extendida duración del compromiso (los quince años posteriores a la celebración del contrato)

2. Tipo de control judicial de las cláusulas contractuales

Desde la perspectiva de los derechos del consumidor que es propia del Derecho UE, el examen de una cláusula como la expuesta solo puede llevarlo a cabo el órgano judicial si posee carácter abusivo porque no está redactada de manera clara y comprensible.

Dado el carácter de Derecho necesario relativo (o mínimo) que poseen las Directivas, también en este caso, el Derecho UE no se opone a que las leyes nacionales autoricen el control jurisdiccional del carácter abusivo de la cláusula incluso cuando esté redactada de manera clara y comprensible.

3. Carácter abusivo de la cláusula examinada

Ya por estricta referencia al supuesto suscitado desde Letonia, el TJUE considera que la cláusula reseñada no está redactada de manera clara y comprensible porque se limita a establecer que, como contrapartida a una prestación de servicios de apoyo al desarrollo deportivo y a la carrera, un deportista se compromete a pagar al prestador de servicios una retribución consistente en el 10 % de los ingresos que percibirá durante los quince años posteriores a la celebración del contrato y no se ha comunicado al consumidor, antes de la celebración de dicho contrato, toda la información necesaria para permitirle evaluar las consecuencias económicas de su compromiso^[2].

Esa cláusula, por si sola, no desequilibra los derechos y obligaciones de las partes por el mero hecho de que no vincule el valor de la prestación con el coste que supone para el consumidor. La existencia de tal desequilibrio debe apreciarse, en particular, a la luz de las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista acuerdo de las partes, de las prácticas de mercado justas^[3] y equitativas en vigor a la fecha de la celebración del contrato en materia de retribución en el ámbito deportivo de que se trate y de todas las circunstancias que concurran en la celebración de dicho contrato, así como de todas las demás cláusulas de este o de otro contrato del que dependa.

Para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula posee relevancia el hecho de que el consumidor fuese menor de edad en el momento de la celebración del contrato^[4] y de que dicho contrato fuera celebrado por los padres del menor en nombre de este^[5].

4. Consecuencias de la abusividad

Para el Derecho UE, cuando un órgano jurisdiccional declara que una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor tiene carácter abusivo, no es posible reducir el importe cuyo pago puede exigirse al consumidor a la cuantía de los gastos reales que hubiera soportado el prestador de servicios al ejecutar el contrato.

Se trata de una regla que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas. Debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen la naturaleza de normas de orden público, de modo que se debe suponer que la cláusula abusiva nunca ha existido

VII. Parte dispositiva

La respuesta a las diez preguntas que se le formularon ha desembocado en una parte dispositiva de relativa extensión:

1) Los artículos 1, apartado 1, y 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que un contrato de prestación de servicios de apoyo al desarrollo y a la carrera de un deportista celebrado entre, por una parte, un profesional que ejerce una actividad en el campo del desarrollo de deportistas y, por otra parte, un menor de edad, «joven promesa», representado por sus padres, que, en el momento de la celebración del contrato, no ejercía aún una actividad profesional en el terreno deportivo y, por tanto, tenía la condición de consumidor está incluido en el ámbito de aplicación de esta Directiva.

2) Los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual que establece que, por la prestación de los servicios de apoyo al desarrollo y a la carrera en un determinado deporte especificados en el contrato, el joven deportista se compromete a pagar una retribución consistente en el 10 % de los ingresos que percibirá durante los quince años posteriores a la celebración del contrato está comprendida en el ámbito de aplicación de la mencionada disposición. Por consiguiente, en principio, un órgano jurisdiccional nacional solo puede someter esa cláusula a una apreciación del carácter abusivo con arreglo al artículo 3 de dicha Directiva si llega a la conclusión de que no está redactada de manera clara y comprensible. No obstante, las citadas disposiciones no se oponen a una normativa nacional que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de la cláusula incluso cuando esté redactada de manera clara y comprensible.

3) El artículo 5 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no está redactada de manera clara y comprensible, en el sentido de la citada disposición, una cláusula contractual que se limita a establecer que, como contrapartida a una prestación de servicios de apoyo al desarrollo deportivo y a la carrera, un deportista se compromete a pagar al prestador de servicios una retribución consistente en el 10 % de los ingresos que percibirá durante los quince años posteriores a la celebración del contrato, sin que se comunique al consumidor, antes de la celebración de dicho contrato, toda la información necesaria para permitirle evaluar las consecuencias económicas de su compromiso.

4) El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual que establece que, como contrapartida a una prestación de servicios de apoyo al desarrollo deportivo y a la carrera, un joven deportista se compromete a pagar una retribución consistente en el 10 % de los ingresos que percibirá durante los quince años posteriores a la celebración del contrato no causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, en el sentido de dicha disposición, por el mero hecho de que esa cláusula no vincule el valor de la prestación con el coste que supone para el consumidor. La existencia de tal desequilibrio debe apreciarse, en particular, a la luz de las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista acuerdo de las partes, de las prácticas de mercado justas y equitativas en vigor a la fecha de la celebración del contrato en materia de retribución en el ámbito deportivo de que se trate y de todas las circunstancias que concurran en la celebración de dicho contrato, así como de todas las demás cláusulas de este o de otro contrato del que dependa.

5) El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un órgano jurisdiccional nacional que ha declarado que una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor tiene carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, reduzca el importe cuyo pago puede exigirse al consumidor a la cuantía de los gastos reales que hubiera soportado el prestador de servicios al ejecutar el contrato.

6) La Directiva 93/13, leída a la luz de los artículos 17, apartado 1, y 24, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que, si una cláusula contractual establece que, como contrapartida a una prestación de servicios de apoyo al desarrollo deportivo y a la carrera, un consumidor se compromete a pagar una retribución consistente en el 10 % de los ingresos que percibirá durante los quince años posteriores a la celebración del contrato, es pertinente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula el hecho de que el consumidor fuese menor de edad en el momento de la celebración del contrato y de que dicho contrato fuera celebrado por los padres del menor en nombre de este.

VIII. Pasajes decisivos

En el párrafo 70 de la sentencia reseñada aparece una síntesis de lo dicho muchas veces por la jurisprudencia comunitaria:

70 *Así pues, dicha exigencia de transparencia no solo obliga a que una cláusula sea inteligible para el consumidor interesado en un plano formal y gramatical, sino también a que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él [véase, en este sentido, la sentencia de 12 de enero de 2023, D. V. (Honorarios de abogado — Principio de la tarifa por hora), C-395/21, EU:C:2023:14, apartados 36 y 37 y jurisprudencia citada].*

IX. Comentario

Como en anteriores ocasiones, el TJUE recuerda que el Derecho de los consumidores y usuarios está proyectado sobre los contratos celebrados por personas que no actúan en el marco de su actividad profesional. Para determinar si concurre esa cualidad hay que estar al tiempo de celebración del contrato sin que, por tanto, posea relevancia que el inicial consumidor se convierta en profesional (en el caso, exitoso deportista)^[6].

Por otro lado, la exigencia de transparencia no concuerda con el carácter usualmente dado a ese sustantivo pues no puede reducirse solo al carácter comprensible en un plano formal y gramatical, sino que debe entenderse de manera extensiva, habida cuenta de la situación de inferioridad en que se halla el consumidor respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información^[7].

Que se descarte la posibilidad judicial de modular la cláusula de responsabilidad, lo que en otros ámbitos resulta factible, aquí aparece descartado porque la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales.

X. Apunte final

No perdamos de vista que la clave de toda la sentencia radica en que cuando se celebra el contrato de representación y agencia el baloncestista no desarrolla actividad profesional alguna. *A sensu contrario*, cabe pensar que quienes ya han desempeñado

tareas remuneradas no podrán invocar esa condición: el contenido de los contratos de los deportistas profesionales no podría ser examinado desde la perspectiva de las normas sobre protección a consumidores. La duda estriba en determinar el momento en que una persona ha cruzado el umbral de la profesionalidad, aunque ello no afecta al presente caso.

Es verdad que la sentencia posee múltiples remisiones al tribunal nacional, lo que rebaja la intensidad de las conclusiones y aseveraciones que ha ido estableciendo, pero también que todas ellas constituyen las bases para la efectiva resolución del litigio y, desde luego, condicionan la aproximación a cualesquiera otros.

En todo caso, la determinación de si una cláusula es abusiva no resulta una tarea sencilla puesto que debe llevarse a cabo considerando, en el momento en que se celebró, todas las circunstancias que concurran, así como todas las demás cláusulas del referido contrato o de otro contrato. Las pruebas aportadas, por descontado, también son un elemento relevante a tal efecto.

Referencias:

1. [^] *Añade dos precisiones: 1ª) El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. 2ª) El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba*
2. [^] *La jurisprudencia del TJUE sostiene que si bien no puede exigirse a un profesional que informe al consumidor sobre las consecuencias económicas finales de su contratación, que dependen de acontecimientos futuros, imprevisibles e independientes de la voluntad de ese profesional, no es menos cierto que la información que está obligado a comunicar antes de la celebración del contrato debe permitir al consumidor tomar su decisión con prudencia y con pleno conocimiento, por una parte, de la posibilidad de que se produzcan tales acontecimientos y, por otra parte, de las consecuencias que estos pueden acarrear en cuanto a la duración de la prestación de servicios de que se trate.*
3. [^] *Se trata de las prácticas de mercado justas y equitativas en vigor a la fecha de celebración del contrato controvertido en materia de retribución en el ámbito deportivo de que se trate o las obligaciones que un consumidor razonablemente informado podía prever que se le impusieran con arreglo a esas prácticas*
4. [^] *La expresión «interés superior del niño», en el sentido de dicho artículo 3, apartado 1, se refiere a la vez a un derecho sustantivo, a un principio interpretativo y a una norma de procedimiento*
5. [^] *Se abre la posibilidad de tomar en cuenta si los propios padres, que lo representaban en el momento de la celebración del contrato de 14 de enero de 2009, conocieran el ámbito deportivo profesional o el hecho de que C tenía 17 años de edad cuando se celebró el contrato.*
6. [^] *La sentencia añade tres matizaciones: 1ª) La posterior conversión en deportista profesional no puede modificar la condición que tenía cuando se celebró el contrato. 2ª) Que estemos ante actividad deportiva es indiferente. 3ª) Carece de importancia que el consumidor tuviera o hubiera*

podido disponer de conocimientos o información potencialmente importante en baloncesto.

7. [^] Lo que se exige es que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él

- § 32 No discrimina a la mujer trabajadora calcular su pensión de incapacidad permanente por accidente laboral computando el salario correspondiente a la reducción de jornada por cuidado de hijo percibido al tiempo de sufrirlo.**

Fermín Gallego Moya

Profesor Permanente Laboral y acreditado como Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia.

Resumen: *Siendo competencia de los Estados miembros establecer la normativa de adquisición del derecho a prestaciones de Seguridad Social, no puede afirmarse que el art. 60.2 del Reglamento de Accidentes de Trabajo vulnere el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres por instar el cálculo de la pensión de incapacidad según el salario percibido al tiempo del siniestro, pese a que en ese momento la trabajadora se encontrase en reducción de jornada por cuidado de hijo.*

Palabras clave: *Accidente Laboral. Salario en jornada reducida. Pensión de Incapacidad. Discriminación.*

Abstract: *Since Member States are responsible for establishing the rules governing the acquisition of entitlement to social security benefits, it cannot be asserted that Article 60.2 of the Workplace Accident Regulations violates the principle of equal treatment between men and women by requiring the calculation of disability pensions based on the salary received at the time of the accident, even though the worker was on reduced working hours at the time to care for her child.*

Keywords: *Workplace Accident. Reduced Wages. Disability pension. Discrimination.*

I. Introducción

La cuestión que resuelve la Sala Sexta del TJUE, contestando a la petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. Tres de Barcelona^[1], es si contraviene el derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, una normativa nacional que establece que la pensión de incapacidad permanente derivada de accidente laboral se calcula en atención al salario efectivamente percibido al tiempo del siniestro, incluso en los casos en que la persona trabajadora se encontrase, en ese preciso momento, en reducción de jornada por cuidado de menor y, consiguientemente, percibiese una retribución inferior a la que habría seguido devengando de mantenerse en jornada completa.

En la mente del juez español ronda la idea de que tal regla general (art. 60.2 Reglamento de Accidentes de Trabajo), al no tener en cuenta la singularidad de aquella reducción de jornada por motivo familiar, pudiera contravenir el principio comunitario de trato igualitario en la concesión de prestaciones de Seguridad Social,

teniendo en cuenta el mayor porcentaje femenino que ejerce aquella medida de conciliación.

Es cierto que una primera y básica reflexión pareciera apuntar a que la regla española es potencialmente lesiva para las mujeres trabajadoras, ya que son estas las que, en un porcentaje abrumadoramente superior al de hombres, ven mermada su retribución salarial por dedicar al cuidado de sus hijos una parte de la jornada previamente pactada, de manera que, de producirse un accidente laboral, el salario a tener en cuenta para fijar la base reguladora de su pensión de incapacidad no será el previo a la reducción salarial asumida, sino el devengado al tiempo de sufrir el accidente.

No obstante, el tratamiento que el TJUE da a la cuestión prejudicial es algo más complejo, pues, sin negar la realidad descrita, anticipa que no habrá de pronunciarse sobre la eventual existencia de desigualdad entre sexos salvo en el caso de que el órgano jurisdiccional disponga de datos que permitan acreditar que dicha normativa nacional perjudica especialmente a las trabajadoras; pues una cosa es que sean las mujeres las que mayoritariamente se acojan a estas medidas de conciliación y otra, distinta, que una normativa de seguridad social que establece cómo ha de calcularse la pensión de incapacidad permanente por accidente laboral sin contemplar la eventual circunstancia de la reducción de jornada por cuidado de hijo, sea especialmente perjudicial para el colectivo femenino.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta)

Número de resolución judicial y fecha: resolución núm. 62023CJ0584, de 5 de abril de 2025

Tipo y número recurso o procedimiento: cuestión prejudicial. Asunto C-584/23

ECLI:EU:C:2025:261

Fuente: CURIA

Ponente: Sr. Francois Biltgen

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Hechos relevantes

Desde el punto de vista fáctico, el caso que llega al Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona (en realidad, son dos asuntos acumulados)^[2] es sencillo: una trabajadora, cajera de un conocido supermercado, disfrutaba, desde 02-01-2008, de una reducción de jornada por guarda legal de un menor de doce años, fijada últimamente en el 50% (20 horas diarias, sobre las 39,5 inicialmente contratadas), y que debía finalizar en 06-10-2019.

En fecha 13-04-2019, la empleada sufrió un accidente de trabajo (contusión de cadera y rodilla izquierdas) que dio lugar, con fecha 29-10-2019, al inicio de un proceso de incapacidad temporal que desembocó, tras varias complicaciones médicas (que precipitaron la colocación de una prótesis total de rodilla), en el reconocimiento de su incapacidad permanente total por resolución del INSS de fecha 02-08-2021, reconocimiento que llevó aparejado el establecimiento de su derecho al percibo de prestación en porcentaje reglamentario sobre una base reguladora coincidente con el salario efectivo en la fecha del accidente, esto es, el 50% del importe correspondiente a un trabajo a tiempo completo, cuya cuantía se fijó en 8341,44 € anuales.

Frente a dicho acuerdo, y tras agotar la vía previa, formuló la actora demanda judicial para que la base reguladora de la prestación reconocida se estableciese en 16.236 € anuales, tomando para ello como referencia el salario correspondiente a un trabajo a tiempo completo, sin tener en cuenta, por tanto, la reducción de jornada de la que disfrutaba en la fecha del accidente.

2. Confrontación argumental en la instancia

La sentencia comentada sintetiza las dos posturas enfrentadas ante el Juez social, refiriendo, por una parte, el fundamento de la reclamación de la trabajadora. Para ésta, “el artículo 60 del Reglamento de accidentes de trabajo, en virtud del cual la pensión de incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo se determina sobre la base de la retribución efectiva del trabajador en la fecha del accidente, crea una discriminación indirecta por razón de sexo en el caso de los trabajadores que, en esa fecha, disfrutaban de una reducción de jornada para cuidar a un hijo menor y que ven disminuido proporcionalmente su salario”; ello es así porque -afirma- quienes se acogen a tal reducción de jornada son mayoritariamente las trabajadoras, de modo que estas sufren una desventaja particular con respecto a los trabajadores cuando se calcula la cuantía de las pensiones de incapacidad permanente.

Para el INSS, sin embargo, estaría plenamente justificado fijar el importe de una prestación de seguridad social en función de la retribución efectiva del trabajador, incluso aunque se esté ante una reducción de jornada por cuidado de un menor, debiendo añadirse, como argumento relevante, que la desventaja apuntada solo se produciría al iniciar el tercer año de permanencia en la referida reducción de jornada, toda vez que si el siniestro se hubiera producido durante los dos primeros años, la prestación se habría calculado necesariamente sobre la retribución correspondiente a un trabajo a tiempo completo (en referencia al art. 237.3 TRLGSS, en su redacción vigente a la fecha del accidente^[3], la cual, actualmente^[4] eleva a tres años el citado beneficio).

IV. Las dudas sobre la conformidad del art. 60.2 del Reglamento de Accidentes con el Derecho de la Unión

El órgano jurisdiccional remitente alberga dudas sobre la conformidad, con el Derecho de la Unión Europea, de la normativa nacional relativa al cálculo de pensiones de incapacidad permanente por accidente laboral, pues, pese a su apariencia “neutra”, aquella podría generar una discriminación indirecta por razón de sexo, en la medida en que, estadísticamente, un porcentaje considerablemente mayor de mujeres que de hombres se vería perjudicado por el método de cálculo así establecido.

Para el Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona, aunque el TJUE haya aclarado (véase su Sentencia de 16-07-2009, Asunto C.537/07) que la Directiva 79/7 no obliga a los Estados miembros a conceder ventajas en materia de Seguridad Social a las personas que se hayan ocupado de sus hijos, ni a establecer derechos de protección social como consecuencia de la interrupción de la actividad profesional debida a la educación de aquellos, dicha resolución judicial no examinaba si la normativa nacional controvertida^[5] generaba una discriminación indirecta por razón de sexo, ni tampoco analizaba la existencia de una discriminación acreditada sobre la base de datos estadísticos, matiz relevante para el juez de la ciudad condal pues, en el caso que él somete a la valoración del TJUE, resulta que, entre los años 2020 y 2022, el 90,15% del total de las reducciones de jornada reguladas en el art. 37.ET correspondieron a mujeres. Añade, en última instancia, que la ventaja de computar al 100% las cotizaciones efectuadas durante los dos primeros años de reducción de jornada, constituye una prestación contributiva de la Seguridad Social.

En este contexto, el Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona formula las dos cuestiones que luego el TJUE analizará de forma unívoca:

Primera: ¿Es contraria a la normativa europea recogida en los art. 4 de la Directiva 79/7 y art. 5 de la Directiva 2006/54 la norma española sobre cálculo de la base reguladora de las prestaciones por incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo, recogida en el art. 60 del Reglamento sobre accidentes de trabajo, en tanto que estaríamos ante un supuesto de discriminación indirecta por razón de sexo, puesto que son las mujeres las que mayoritariamente reducen la jornada de trabajo para cuidado de menores y por tanto la prestación que se reconozca es claramente inferior?

Segunda: Teniendo en cuenta que la norma española que establece la forma de cálculo de las prestaciones de incapacidad permanente derivadas de accidente de trabajo -artículo 60.2 del Reglamento sobre accidentes de trabajo- tiene en cuenta el salario efectivamente percibido en el momento del accidente, y que el régimen público de Seguridad Social español prevé como una prestación familiar contributiva -artículo 237.3 de la Ley General de la Seguridad Social- que durante los dos primeros años del período de reducción de jornada por cuidado del menor, previsto en el artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores, se computan incrementadas hasta el 100 %, y que según datos estadísticos el 90 % de las personas que solicitan la reducción son mujeres, ¿son contrarias al artículo 8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, a los artículos 21 y 23 de la Carta, al artículo 4 de la Directiva 79/7 y al artículo 5 de la Directiva 2006/54, y constituyen una discriminación indirecta por razón de sexo, las normas españolas que se han detallado?

Según plantea, los preceptos que, a priori, podrían verse comprometidos, según el juez español, por la regla interna que prioriza el salario efectivo sobre el elemento reductor de la jornada, serían: a) el artículo 8 TFUE; b) los artículos 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; c) el artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social; y d) el artículo 5 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

V. La normativa aplicable al caso

Pese a la nutridas y dispares referencias normativas apuntadas por el juez remitente, tanto de derecho primario como derivado, el órgano judicial comunitario va a simplificar mucho el debate, excluyendo del mismo aquellas normas sobre las que, en puridad, no le sería exigible en este caso efectuar interpretación alguna.

En primer término, elude pronunciarse sobre la conformidad del precepto interno con el art. 5 de la Directiva 2006/54, en la medida en que esta se aplica a regímenes “profesionales” de seguridad Social, no a los “legales”. Exclusión que también alcanza al art. 8 TFUE y a los arts. 21 y 23 de la Carta, ya que los mismos, en esencia, vienen a consagrar los principios de no discriminación e de igualdad de trato entre mujeres y hombres que el art. 4.1 de la Directiva 79/7 concreta en el ámbito de la Seguridad Social, sin que el Juzgado barcelonés haya incorporado justificación alguna para un abordaje separado o singular de tales preceptos.

Así las cosas, el único precepto comunitario a valorar es el art. 4.1 de la Directiva 79/7, en la medida en que la prestación analizada en el litigio principal (incapacidad por accidente) queda comprendida en dicha norma, dado que forma parte de un régimen legal de protección contra dos de los riesgos enumerados en el art. 3.1. de ésta, a saber, el riesgo de accidente laboral y el riesgo de invalidez.

De este único precepto, hay que preguntarse si se opone a una normativa de un Estado miembro que establece que la pensión de incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo se calcula sobre la base del salario efectivamente percibido por el trabajador en la fecha del accidente, incluso en el caso de un trabajador que, en esa fecha, disfrutase de una reducción de jornada para cuidar a un menor, en una

situación en la que el grupo de trabajadores que se acogen a dicha medida está, según el citado órgano jurisdiccional, constituido mayoritariamente por mujeres.

VI. Doctrina básica

El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en materia de Seguridad Social no impide que la prestación de incapacidad permanente por accidente laboral tenga en cuenta el salario efectivamente percibido por la persona trabajadora en la fecha del siniestro, sin que (más allá del supuesto concreto que la normativa de Seguridad Social reserva para el período de dos años -hoy tres- inmediatamente posterior a la reducción de jornada por guarda legal de menor de doce años) deba “completarse” la base reguladora de dicha prestación con la diferencia hasta el 100% de la retribución que se habría percibido a tiempo completo. Conclusión acorde con el respeto que el Derecho de la Unión tiene por la forma en que cada Estado miembro establezca las reglas de adquisición de derechos prestacionales, no obligando las normas comunitarias a establecer ventajas en materia prestacional para quienes se encuentren en dicha reducción por motivos familiares.

Sin que el hecho de que mayoritariamente sean las mujeres las que se acogen a esta reducción sea, en sí mismo, indicativo de desigualdad, ya que pueden darse situaciones donde ello no sea así. Así sucede en el caso resuelto por el TJUE, en el que los datos estadísticos ofrecidos por el órgano remitente no acreditan que un grupo de trabajadores especialmente perjudicados por la norma interna este mayoritariamente compuesto por mujeres que han reducido su jornada para cuidar de un menor; al contrario, en el mismo caso estarían quienes redujesen su jornada por cualquier otro motivo, y, además, debe repararse en que la norma interna solo tendría consecuencias desfavorables para los trabajadores cuya incapacidad derivase del accidente laboral acaecido durante el período de reducción de jornada laboral. A lo que hay que añadir que la regla de cálculo española únicamente acarrea consecuencias desfavorables para los trabajadores a partir del tercer año de reducción de jornada laboral.

Por tanto, sólo cuando el órgano judicial disponga de elementos que permitan acreditar que la normativa nacional perjudica singularmente al colectivo femenino (lo que no ocurre en este caso), tendría el TJUE la obligación de comprobar si tal normativa persigue un objetivo legítimo, y si es necesaria y proporcional al mismo.

VII. Parte dispositiva

El Tribunal de Justicia (Sala Sexta) declara: El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro que establece que la pensión de incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo se calcula sobre la base del salario efectivamente percibido por el trabajador en la fecha del accidente, incluso en el caso de un trabajador que, en esa fecha, disfrutase de una reducción de jornada para cuidar a un menor, en una situación en la que el grupo de trabajadores que se acogen a dicha medida esté constituido en su gran mayoría por mujeres.

VIII. Pasajes decisivos

Cuatro son los pasajes decisivos de la resolución comentada, que ordenamos con título e indicación del apartado de la resolución que los acoge:

1. Respeto a la normativa de Seguridad Social interna que no lesione la garantía comunitaria de no discriminación directa e indirecta

- La Directiva 79/7 en ningún caso ... obliga (a los Estados miembros) a conceder ventajas en materia de seguridad social a las personas que se hayan ocupado de sus hijos o a establecer derechos a prestaciones como

consecuencia de periodos de interrupción de la actividad debidos a la educación de los hijos...” (43).

- I Derecho de la Unión no impide, en principio, que un Estado miembro decida fijar la pensión de incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo teniendo en cuenta el salario efectivamente percibido por el trabajador en la fecha del accidente. No obstante, tal legislación debe respetar la Directiva 79/7 y, en particular, su artículo 4, apartado 1, en virtud del cual el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente” (31).

2. La debilidad del argumento discriminatorio apuntado por el órgano remitente

“... La disposición de Derecho nacional controvertida en el litigio principal puede conllevar las consecuencias desfavorables mencionadas en el apartado 39 de la presente sentencia para todos los trabajadores que se hayan acogido a una reducción de jornada, cualquiera que sea el motivo, y no solo para aquellos que se hayan acogido a tal medida para cuidar de un menor” (40).

“... Una regla de cálculo como la prevista en el artículo 60, apartado 2, del Reglamento sobre accidentes de trabajo solo tiene consecuencias desfavorables para los trabajadores cuya incapacidad resulte de un accidente de trabajo acaecido durante el periodo de reducción de la jornada laboral” (41).

“... La aplicación de la regla de cálculo que se recoge en el artículo 60, apartado 2, del Reglamento sobre accidentes de trabajo solo acarrea consecuencias desfavorables para los trabajadores mencionados en el apartado precedente a partir del tercer año de reducción de la jornada laboral” (42).

3. La interpretación dispar de los datos estadísticos

“... Los datos estadísticos mencionados por el órgano jurisdiccional remitente no permiten acreditar que un grupo de trabajadores especialmente perjudicados por la normativa nacional controvertida en el litigio principal esté mayoritariamente compuesto por mujeres que se han acogido a una reducción de jornada para ocuparse de un menor” (44). En efecto, los datos estadísticos ... se refieren al número total de trabajadores que estuvieron de forma continuada en situación de reducción de jornada entre los años 2020 y 2022, conforme a lo dispuesto en el artículo 37, apartado 6, del Estatuto de los Trabajadores, y a la proporción de trabajadores y de trabajadoras. Así, estos datos estadísticos no se refieren a todos los trabajadores específicamente desfavorecidos por la regla de cálculo que se recoge en el artículo 60, apartado 2, del Reglamento sobre accidentes de trabajo ni permiten determinar, a fortiori, las proporciones respectivas de trabajadores varones y de trabajadoras que se ven perjudicados por la aplicación de esta disposición de Derecho nacional según el método recordado en el apartado 35 de la presente sentencia”. (45)

4. Legitimidad, necesidad y proporcionalidad como “cláusula de cierre”

- En el supuesto de que el órgano jurisdiccional remitente disponga de datos que permitan acreditar que la normativa nacional controvertida en el litigio principal perjudica especialmente a las trabajadoras, le correspondería aún comprobar si tal normativa persigue un objetivo legítimo y si es necesaria y proporcionada a dicho objetivo” (47).

IX. Comentario

Aunque en muchas ocasiones el TJUE nos haya mostrado la discriminación indirecta oculta en reglas aparentemente neutras de nuestro sistema normativo de Seguridad Social, ello no significa que dichas decisiones prejudiciales puedan desconectarse del rígido marco jurídico que las posibilita, el cual requiere, no solo que exista una regla que, de manera abstracta o potencial pueda afectar de manera dispar a hombres y mujeres, sino que, como primera premisa, aquella afecte negativamente,

en ese contexto, y de manera específica, a un sexo que queda, así, en desventaja objetiva frente al otro. Superado ese “obstáculo”, aún faltaría por determinar si dicha acción legislativa viene o no amparada por un contexto cierto de legitimidad, necesidad y proporcionalidad.

Esquema, el anterior, que se traduce, para el supuesto de autos, en que el discurso argumental del TJUE no avance a la segunda de estas fases.

Cosa distinta es que se esté o no de acuerdo con la manera en que el Tribunal de Luxemburgo despacha la cuestión de si los datos estadísticos apuntados permiten acreditar que un grupo de trabajadores especialmente perjudicados por la normativa nacional controvertida está mayoritariamente compuesto por mujeres que se han acogido a una reducción de jornada para el cuidado de un menor^[6].

En este sentido, seguramente, habría que haber valorado, no solo qué porcentaje de mujeres y hombres se acogen a medidas de reducción de jornada por cuidado de menores, sino, también, qué distribución porcentual de accidentes de trabajo se constata entre ambos sexos,^[7] y más concretamente, cuántos de estos accidentes, diferenciados por sexos, se producen a partir del tercer año desde el inicio de la reducción de jornada. Pues -parece evidente- el hecho de que más del 70% de accidentados en nuestro país sean hombres puede “equilibrar” un poco la realidad de que el 90% de quienes se acogen a medidas de reducción de jornada por cuidado de menores son mujeres.

X. Apunte final

Dado el escaso tiempo transcurrido desde la publicación de la Sentencia del TJUE y la fecha de entrega del presente comentario (22 de mayo de 2025) no nos ha sido posible^[8] concluir el presente comentario con la noticia de la resolución adoptada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona, una vez alzada la suspensión del procedimiento tras recibir la contestación de Luxemburgo, si bien, quien escribe estas líneas permanecerá muy atento a su dictado.

Referencias:

1. [^] *Planteada por Auto de fecha 18-09-2023.*
2. [^] *El primer proceso obedece a la demanda interpuesta por la Entidad Colaboradora Asepeyo, frente al INSS, la TGSS, la empresa Alcampo y la propia trabajadora; el segundo es el que inicia la trabajadora afectada, y que dirige frente al INSS, la TGSS, la mutua Asepeyo y Alcampo, discutiéndose en ambos la fijación de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente total abonada a la trabajadora a raíz de un accidente de trabajo acaecido en un período en el que ésta disfrutaba de una reducción de jornada.*
3. [^] *Según el precepto entonces vigente, las cotizaciones abonadas por un trabajador que disfrutase de una reducción de jornada para cuidar de un menor, se incrementaban, en el momento en que ocurrieron los hechos del litigio principal, durante los dos primeros años, hasta el 100 % del importe de la cotización correspondiente al salario a tiempo completo, de modo que la prestación por incapacidad permanente derivada de un accidente de trabajo acaecido durante dicho período era igual a aquella a la que tendría derecho en caso de trabajar a tiempo completo.*
4. [^] *Apartado modificado por el art. Único. 25 del Real Decreto-Ley 2/2023, de 16 de marzo.*

5. [^] Se afirmaba allí que el Derecho Comunitario no se opone a que, durante el período de permiso parental a tiempo parcial, el trabajador adquiera derechos a pensión de incapacidad permanente en función del tiempo de trabajo efectuado y del salario percibido y no como si hubiera trabajado a tiempo completo.
6. [^] Véase, por analogía, la Sentencia de 14 de abril de 2015, Asunto C-527/13, EU:C:2015:215, Apartado 32)
7. [^] Según datos del Ministerio de Economía Social, en el periodo enero - febrero 2024 se produjeron 83.637 accidentes con baja, de los cuales 607 accidentes fueron graves y 87 accidentes fueron mortales. En cuanto a la desagregación por sexo, el 71% de los accidentes con baja afectaron a varones y el 29% afectaron a mujeres. (https://www.mites.gob.es/es/estadisticas/condiciones_trabajo_relac_laborales/EAT/welcome.htm).
8. [^] Al cierre del presente comentario contacté con mi amigo José Antonio Buendía, Magistrado del Juzgado de lo Social de Alicante, a quien pedí el favor de comunicarse con el Juez González de Rivera Serra, titular del Juzgado de lo Social 3 de Barcelona, para conocer el estado del procedimiento, contestándole aquel que actualmente se encontraba en fase de alegaciones por las partes.

§ 33 **El Tribunal Constitucional ante las implicaciones latentes y no explicadas de la obligación de aportar la carta de despido junto con la demanda.**

Luisa María Gómez Garrido

Presidenta y Magistrada de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha

Resumen: *El derecho de tutela judicial efectiva se integra de manera autónoma el derecho de acceso a la jurisdicción. En el caso de una demanda de despido, es suficiente la descripción de los hechos a los que se refiere la carta de despido, aunque esta no se aporte al no haber sido entregada por la empresa. En el supuesto valorado resultaba dudoso que la demanda incorporara una efectiva información sobre el contenido de la carta de despido.*

Palabras clave: *Tutela judicial efectiva. Acceso a la jurisdicción. Carta de despido. Requisitos de la demanda de despido.*

Abstract: *Le droit à la protection judiciaire effective s'intègre de manière autonome dans le droit d'accès à la juridiction. En cas de demande de licenciement, une description des faits mentionnés dans la lettre de licenciement suffit, même si elle n'est pas fournie parce qu'elle n'a pas été délivrée par l'entreprise. Dans le cas examiné, il était douteux que la réclamation contienne des informations effectives sur le contenu de la lettre de licenciement.*

Keywords: *Protection judiciaire effective. Droit d'accès à la juridiction. Lettre de licenciement. Demande de licenciement.*

I. Introducción

El Tribunal Constitucional se pronuncia sobre un supuesto en el que un juzgado de lo social inadmite a trámite una demanda de despido con archivo de las actuaciones, cuando la parte no aporta la carta de despido, y el juzgado entiende, además, que la demanda no contenía información suficiente sobre el contenido de la comunicación extintiva. El Tribunal parte del presupuesto de que dicha información sí se contenía en la demanda cuando, por el contrario, tal situación no se deriva con la suficiente claridad de la información contenida en la propia resolución comentada. Como se intentará razonar en lo sucesivo, lo verdaderamente decisivo en el caso era que, a pesar de que la demanda no contuviera datos suficientes sobre las causas del despido, si es que ello era así, dicha información no era exigible a la parte en cuanto la carta de despido no había sido entregada por la empresa a la persona trabajadora. Se entiende correctamente otorgado el amparo, aunque con un enfoque incompleto de la situación considerada, tanto por no quedar clara la información proporcionada en la demanda, como al dejarse de abordar las cuestiones relativas a las implicaciones procesales de la carta de despido.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Constitucional, Sala Segunda.

Número de resolución judicial y fecha: STC núm. 55/2025, de 10 de marzo.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de amparo núm. 5159/2023.

ECLI:ES:TC:2025:55.

Fuente: Boletín Oficial del Estado de 11 de abril de 2025.

Ponente: Excmo. Sr. D. César Tolosa Tribiño.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El día 22 de febrero de 2023 G. presentó demanda de despido cuyo conocimiento correspondió al Juzgado de lo Social nº 3 de Madrid. Mediante diligencia de ordenación de 3 de marzo de 2023, se requirió a la parte de subsanación por plazo de cuatro días, para que se completasen las omisiones de la antedicha demanda, con respecto a la cual se decía que no hacía mención exacta a la fecha de antigüedad (aunque sí al año), ni indicaba la fecha de efectividad del despido, la forma en que se produjo o los hechos alegados por el empresario, ni si el trabajador ostentaba o había ostentado la cualidad de representante legal o sindical de los trabajadores. Del mismo modo, tampoco se acompañaba la carta de despido.

El 14 de marzo de 2023 el demandante presentó escrito subsanando en parte los defectos, excepto el de mención precisa de antigüedad, y sin aportar carta de despido. Se dictó por ello nueva diligencia de ordenación de 16 de marzo de 2023 requiriendo a la parte para que en cuatro días aportase carta de despido y precisase la antigüedad. En contestación a este último requerimiento, se presentó por la parte nuevo escrito de 24 de marzo de 2023 precisando la fecha de antigüedad, y manifestando que no se podía aportar la carta de despido porque no se disponía de ella.

Como consecuencia de lo anterior, mediante auto de 10 de abril de 2023 se acordó el archivo de las actuaciones al no haberse aportado la carta de despido, ni haberse realizado mención suficiente de su contenido. La parte presentó recurso de reposición manifestando que no se podía aportar la carta de despido porque la empresa se había quedado con la única copia original después de que el trabajador firmara como no conforme. Dicho recurso fue desestimado mediante auto de 2 de junio de 2023, en el que se hacía constar que en la demanda “se analiza la carta de despido” con expresiones como “las causas alegadas son absolutamente falsas” o “el motivo de despido es ambiguo, insuficiente y susceptible de causarle indefensión a mi representado”.

Es con relación a esta decisión de archivo de las actuaciones que la parte entonces demandante en el procedimiento social presentó la demanda de amparo.

IV. Posición de las partes

La parte demandante de amparo afirmaba que, con la decisión de archivar su demanda, el órgano judicial referenciado había incurrido en una vulneración de su derecho de tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE, solicitando por ello la declaración de nulidad de la decisión y la retroacción de actuaciones dejando sin efecto el archivo del procedimiento.

De manera más concreta, se sostenía que se le negaba el acceso al derecho fundamental más básico desde el momento en el que se le impedía impugnar un despido acordado por la empresa con subterfugios para no entregarle la carta de despido. Y que, con ello, se vulneraba el principio *pro actione*, en cuanto se le impedía

el acceso al procedimiento, a pesar de haber cumplido con todos los requerimientos del órgano judicial, dando explicaciones sobre la imposibilidad de proporcionar la carta de despido.

Por su parte, el Ministerio Fiscal interesó la estimación del amparo solicitado. Consideraba que el órgano jurisdiccional había realizado una interpretación demasiado formalista o rigorista del art. 104 b/ de la LRJS, vulnerando con ello el derecho de tutela judicial efectiva, tal como sostenía el demandante de amparo, en cuanto se impedía el acceso a la jurisdicción. Con ello se desconocía la doctrina básica del Tribunal Constitucional que ha configurado el antedicho principio *pro actione* como canon de constitucionalidad autónomo y más exigente. De manera específica, el Ministerio Fiscal llamaba la atención sobre el hecho de que, a la vista del art. 104 b/ de la LRJS, la aportación de la carta de despido no resulte imprescindible si en la demanda se hace mención suficiente del contenido de aquella, cosa que, a su juicio, ocurría en el supuesto considerado.

V. Normativa aplicable al caso

Art. 24 de la CE.

Art. 104 b/ de la LRJS.

VI. Doctrina básica

A.- En primer lugar, y en lo relativo a la admisión a trámite de la demanda de amparo que, como es bien sabido, presenta una significación autónoma a partir de la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional realizada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, el Tribunal Constitucional admitió en su momento a trámite la demanda de amparo de acuerdo con el art. 50.1 b/ de la LOTC, considerando por tanto que concurría especial trascendencia constitucional, en atención a que el recurso «plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal».

B.- Por lo que respecta al fondo del asunto propiamente dicho, el Tribunal articula sus consideraciones en dos grandes bloques conceptuales.

B.1.- De un lado, se recuerdan las líneas básicas de su propia doctrina sobre el acceso al procedimiento judicial, que configuran el acceso a la jurisdicción:

a/ como un contenido esencial del derecho de tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE, en cuanto la posibilidad de ser parte en un proceso constituye el presupuesto básico para obtener una decisión judicial que decida el asunto planteado a su conocimiento

b/ no como un derecho de libertad ejercitable sin más, ni tampoco como un derecho absoluto e incondicionado a la prestación de la jurisdicción, sino como un derecho de configuración legal, que debe encauzarse de acuerdo con las previsiones que haya establecido el legislador en cada caso

c/ por ello, el derecho de tutela judicial efectiva queda satisfecho cuando el órgano judicial adopta una decisión de inadmisión por razones procesales apreciando de manera razonada la concurrencia de un óbice fundado en un precepto legal

d/ y, por el contrario, no pueden ampararse decisiones de inadmisión o desestimación que incurran en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente, y tampoco las que se basen en criterios que, por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón, impliquen una clara desproporción entre los fines que la causa legal preserva y los intereses que se sacrifican.

e/ por todo lo cual el control constitucional sobre las decisiones de inadmisión debe verificarse de manera especialmente intensa, para impedir que la obligada aplicación por los órganos judiciales de los preceptos legales pertinentes en cada caso,

supongan un obstáculo injustificado que impida un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

B.2.- De otro lado, y por lo que se refiere a la aplicación de la anterior doctrina al particular caso considerado, el Tribunal constata:

a/ que el art. 104 b/ de la LRJS no impone de manera incondicionada la aportación de la carta de despido con la demanda, sino que establece una alternativa, en cuanto se refiere a la aportación de la comunicación recibida «en su caso, o haciendo mención suficiente de su contenido».

b/ que, siendo necesario analizar la proporcionalidad de la decisión atendiendo a la entidad del defecto advertido, así como al comportamiento de la parte y las posibilidades de subsanación, no parece posible amparar una decisión de inadmisión cuando la demanda contiene mención suficiente al contenido de la carta de despido y, además, la parte ha dado de manera diligente explicaciones suficientes sobre la causa de que la carta no obre en su poder, señalando que la empresa no la entregó en su momento al trabajador, solicitando al propio tiempo mediante otrosí que la misma fuera aportada por la empresa.

En consecuencia y a la vista de las anteriores consideraciones, el Tribunal concluye que la decisión de inadmisión y archivo adoptada en su día por el juzgado de lo social, resultó excesivamente formalista y desproporcionada, a la luz del principio *pro actione*, vulnerando con ello el derecho de tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE, por lo que procedía la estimación del recurso de amparo considerado.

VII. Parte dispositiva

El Tribunal declara que se ha vulnerado el derecho fundamental del demandante de amparo a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

En orden a restablecer el derecho del reclamante, declara la nulidad del auto en el que se adopta la decisión de inadmisión y archivo, así como el del posterior confirmatorio que decidió el previo recurso de reposición contra el primero.

Y, finalmente, ordena la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la primera de dichas resoluciones para que el órgano judicial dicte una nueva resolución que sea respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

VIII. Pasajes decisivos

1.- Con cita de sus propios precedentes: «el primer contenido del derecho a obtener la tutela judicial efectiva que reconoce el art. 24.1 CE es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en el proceso para poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas. No se trata, sin embargo, de un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, ni tampoco de un derecho absoluto e incondicionado a la prestación jurisdiccional, sino de un derecho a obtenerla por los cauces procesales existentes y con sujeción a una concreta ordenación legal que puede establecer límites al pleno acceso a la jurisdicción, siempre que obedezcan a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos. Esto es, al ser un derecho prestacional de configuración legal, su ejercicio y dispensación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que haya establecido el legislador para cada sector del ordenamiento procesal. De ahí que el derecho a la tutela judicial efectiva quede satisfecho cuando los órganos judiciales pronuncian una decisión de inadmisión o meramente procesal, apreciando razonadamente la concurrencia en el caso de un óbice fundado en un precepto expreso de la ley, si este es, a su vez, respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental».

2.- «No obstante, al tratarse en este caso del derecho de acceso a la jurisdicción y operar, en consecuencia, en toda su intensidad el principio pro actione, no solo conculcan este derecho las resoluciones de inadmisión o desestimación que incurran en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente, sino también aquellas que se encuentren basadas en criterios que por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón revelan una clara desproporción entre los fines que la causa legal preserva y los intereses que se sacrifican. En este sentido, y aunque la verificación de la concurrencia de los presupuestos y requisitos materiales y procesales a que el acceso a la jurisdicción está sujeto constituye en principio una cuestión de mera legalidad ordinaria que corresponde resolver a los jueces y tribunales, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que les atribuye el art. 117.3 CE, hemos señalado también que el control constitucional de las decisiones de inadmisión ha de verificarse de forma especialmente intensa, dada la vigencia en estos casos del principio pro actione, principio de obligada observancia por los jueces y tribunales, que impide que interpretaciones y aplicaciones de los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca o resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida.

3.- Con cita de sus propios precedentes: «... los importantes derechos de fondo deducidos en una demanda laboral no pueden resultar ineficaces por el juego riguroso y formalista de la falta o defecto de los requisitos formales que pudiera imputársele a aquella, y, en consecuencia, el derecho a la tutela judicial efectiva obliga a elegir la interpretación y aplicación de la ley, en lo que atañe a estos requisitos formales de la demanda, de la forma que sea más conforme con el principio pro actione, “y que lleve a favorecer la continuación del proceso, siempre que el interesado actúe con diligencia y que no se lesionen bienes o derechos constitucionales, no se grave injustificadamente la posición de la parte contraria, ni se dañe la integridad objetiva del procedimiento”».

IX. Comentario

La decisión del Tribunal Constitucional que ahora se comenta presenta un indudable interés, derivado de la peculiar configuración tanto de las instituciones en juego, como del modo en que el debate se plantea a la decisión del Tribunal, dejando en una cierta indefinición por falta de información, las implicaciones de la situación que sirvió de base a la decisión del juzgado de lo social, y luego a la del propio Tribunal. Puede que la decisión del Tribunal fuera la adecuada a la vista de las circunstancias concurrentes, pero, al margen de ello, lo cierto es que las cuestiones asociadas a la aportación de la carta de despido junto con la demanda en la que se combate la decisión extintiva de la empresa empleadora, parecían presentar en el caso mayores matices que los considerados en la resolución comentada. Intentaremos explicar esta afirmación.

En primer lugar, el art. 104 b/ de la LRJS establece con toda claridad, como requisito de la demanda de despido, la aportación de la comunicación recibida al efecto, pero no como un presupuesto inexcusable, en cuanto que dicha aportación puede ser suplida por la «mención suficiente de su contenido».

La exigencia en cuestión no es baladí o secundaria sino que, por el contrario, implica un presupuesto esencial para el posterior desarrollo del procedimiento de despido, en cuanto que el contenido de la carta de despido condiciona claramente las posibilidades de alegación y prueba de las partes, desde el momento en que el art. 105.2 de la LRJS dispone: «Para justificar el despido, al demandado no se le admitirán en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido». Esto es, la parte demandada, que es la empresa que despidе, no puede articular otros motivos de defensa en el acto del juicio que los estrictamente relacionados con las causas expresamente esgrimidas en la comunicación escrita como causa de la decisión extintiva. Se trata, en definitiva, de la salvaguarda del principio de tipicidad que rige en el derecho laboral sancionador, y que impone la clara identificación de los hechos que fundan el despido, para hacer posible

la defensa del trabajador, no tolerándose por tanto ampliaciones indebidas y extemporáneas de las conductas imputadas.

La indicada limitación implica un condicionamiento en la mecánica posible de desarrollo del acto del juicio como una garantía para el trabajador, de modo tal que no pueda verse en la tesitura de tener que enfrentarse en el acto del juicio a imputaciones (si se trata de un despido disciplinario) o causas extintivas (si se trata de un despido objetivo), distintas a las contenidas en la comunicación escrita. Recuérdese a estos efectos que en el procedimiento de despido no se invierte la carga de la prueba. Lo que ocurre es que, siendo la empresa empleadora la que afirma que concurren ciertas circunstancias (tanto da si disciplinarias u objetivas), y habiendo adoptado una decisión extintiva que se combate por la persona trabajadora como parte demandante, corresponde a la empresa que afirma la existencia de ciertas causas la prueba de las mismas, aunque formalmente se constituya como parte demandada en el proceso, razón por la que, precisamente, se invierte el turno de intervenciones, para que sostenga su decisión extintiva la empresa, y se oponga a ella la persona trabajadora.

Lo que se deriva de todo lo dicho hasta el momento, es que la incorporación de la carta de despido al procedimiento no es una exigencia meramente formal y, por el contrario, constituye la premisa para aplicar una limitación en el debate posible que debe aplicarse de oficio por el órgano judicial, incluso al margen de la alegación de las partes. Nótese a este respecto que el art. 104 b/ de la LRJS dice que «al demandado no se le admitirán en el juicio otros motivos de oposición» que los mencionados en la carta de despido, esto es, no es que pueda o no admitirse una ampliación en función de las alegaciones de la contraparte, sino que no debe admitirse en ningún caso, siendo por tanto una cuestión estimable de oficio por el órgano judicial, que deberá adoptar las decisiones oportunas al respecto.

Como puede observarse, no puede decirse que la aportación de la carta de despido pueda tenerse como una presupuesto pre-procesal, con la misma caracterización que la reclamación previa o el intento de conciliación previa, entre otras cosas porque la constitución de tales presupuestos depende íntegramente de la parte demandante, mientras que, en el caso de la carta de despido, su existencia no depende de la parte accionante, aunque si su aportación. Ahora bien, lo que ahora interesa poner de manifiesto es que, a pesar de no merecer quizás la calificación de presupuesto procesal, lo importante es que, a efectos prácticos, la falta de aportación de la carta o la falta de constancia suficiente de su contenido en la demanda, puede acarrear, de hecho, los mismos efectos que la falta de acreditación del agotamiento de las vías previas al proceso, cuando ello es necesario, esto es, la inadmisión de la demanda con archivo de las actuaciones, y ello porque, de igual modo que ocurre con la reclamación previa y el intento de conciliación, el contenido de la carta de despido determina el devenir del procedimiento judicial en cuanto al contenido y límites del debate posible.

Hasta tal punto la carta de despido despliega efectos procesales propios, que algunos Tribunales Superiores de Justicia (p. ej., la Sala de lo Social del TSJ de Castilla La Mancha, entre otras, en sentencia de 1 de diciembre de 2023 -rec. 989/2023-), entienden que, aunque no conste su contenido en los hechos probados de la sentencia de instancia, la carta de despido es de libre apreciación por la Sala, que puede valorarla de manera directa (salvo que existan dudas sobre su veracidad), precisamente por los efectos procesales que incorpora, del mismo modo que las Salas de suplicación pueden valorar de manera directa cualquier antecedente procesal, por referirse al devenir del procedimiento, y no a hechos sometidos a las reglas sobre la carga de la prueba.

Llegado este punto, podemos ya referirnos de manera más concreta al caso considerado por el Tribunal Constitucional. Lo primero que debe decirse es que, si en efecto la demanda contuviera información suficiente sobre el contenido de la carta de despido, ello debería bastar para su admisión. Ocurre, sin embargo, que en realidad tal circunstancia no se hace evidente en la resolución comentada por cuanto, lo único que le consta al Tribunal, al parecer y tal como se deriva de las propias expresiones de

la resolución comentada, por remisión a las alegaciones del Ministerio Fiscal en el recurso de amparo, es que en el auto de 2 de junio de 2023 del juzgado de lo social, se decía que «en la demanda se analiza la carta de despido, utilizando expresiones tales como 'las causas alegadas son absolutamente falsas', 'el motivo de despido es ambiguo, insuficiente y susceptible de causarle indefensión a mi representado', desconociendo las razones por las que ante dicho análisis no se aporta dicha carta a pesar de haber sido requerido hasta en dos ocasiones». Pero resulta que tal expresión, en todo caso ambigua, cuando dice que en la demanda se *analizaba* la carta de despido, no se puede entender como equivalente a que se hubiera reproducido lo esencial de su contenido, sino que la expresión *analizaba* parece referirse en el caso al juicio de valor que implica negar la realidad de las causas de despido.

Lo que la demanda se limitaba a decir era, en primer lugar y desde la perspectiva formal, que la persona trabajadora demandante negaba que la carta de despido tuviera la precisión y claridad exigible por la jurisprudencia en la materia y, en segundo lugar y desde la perspectiva material, que se negaba también la realidad de las causas de despido. Esto es, las típicas y rituales afirmaciones genéricas de una demanda de despido, y nada más. Huelga decir que, de tales manifestaciones, no se deriva en modo alguno una mínima concreción del contenido relevante de la tan citada carta de despido, esto es, cuáles eran los hechos imputados a la persona trabajadora. Y quizás por ello el juzgado de lo social expresó en su momento su perplejidad porque, a pesar de aquellas alegaciones, la parte demandante no aportada mayores detalles al respecto. Tanto el Ministerio Fiscal como el propio Tribunal reprocharon este argumento del juzgado pero lo cierto es que, a pesar de que se vertieran con mayor o menor precisión y propiedad, el reproche del juzgado de lo social podía tener mucha más enjundia que la que, al menos en apariencia, se le atribuye por el Tribunal en cuanto que, debe insistirse en esto, fuera de la ya transcrita expresión de la resolución del juzgado de lo social, no existe rastro alguno de que la parte demandante proporcionara mayor información sobre el contenido de la carta de despido, ni las consideraciones del Tribunal ofrecen mayores explicaciones.

El siguiente punto de reflexión parece obligado. Suponiendo que la demanda no contuviera otra información adicional al margen de las antedichas afirmaciones, de modo tal que, en efecto, no se cumplía el presupuesto exigido por el art. 104 b/ de la LRJS ¿podía excusarse el efecto de la inadmisión de la demanda y su archivo por el hecho de que se alegara igualmente que la carta no se podía aportar porque no se había proporcionado por la empresa? Entendemos que la respuesta debe ser necesariamente afirmativa.

De un lado, porque el art. 55.1 del ET impone a la empresa la obligación de comunicar el despido por escrito, de forma tal que no se trata de una opción excusable para la empresa, hasta el punto de que el despido verbal (y también el tácito), lleva aparejada de manera automática la calificación de improcedencia tal como se deriva del art. 55.4 del ET. Además, no parece discutible que la obligación de comunicación por escrito de la carta de despido es recepticia, de modo tal que solo se consume mediante la efectiva comunicación y entrega material de una copia de dicha carta que quede en poder de la persona trabajadora, hasta el punto de que existe una copiosa jurisprudencia, cuya consideración excede con mucho del objeto de este comentario, sobre el modo en que debe entenderse válidamente realizada la comunicación de la carta de despido.

De otro lado y desde la perspectiva estrictamente pragmática, porque al no disponerse de la carta que ha quedado en poder de la empresa, no puede exigirse a la persona trabajadora que, al margen de lo que hubiera podido leer, si es que ese fue el caso, al momento de su notificación, lectura que en todo caso sería precipitada e incluso puede que incompleta, hubiera retenido lo necesario para trasladar una parte relevante y lo suficientemente detallada de su contenido para volcarla luego en la carta de despido.

Esto es, puesto de manifiesto en la demanda que la empresa no ha entregado a la persona trabajadora la carta de despido, y habiéndose recabado el auxilio del órgano judicial para recabar su incorporación a las actuaciones por cualquiera de las vías procesales posible a tal efecto, no constituye ya una opción, sino una auténtica obligación para el juzgado de lo social adoptar las decisiones oportunas al respecto.

Podemos concluir que la decisión del Tribunal al otorgar el amparo sería finalmente acertada, pero adolecería de una insuficiente argumentación para justificarse en todas sus posibles implicaciones, en cuanto no parece haber evaluado con toda la profundidad requerida, ni el especial estatus jurídico de la exigencia de aportar la carta de despido junto con la demanda, ni el alcance real de las manifestaciones de la parte demandante en su demanda que, según la propia información contenida en la resolución combatida, no implicaban información relevante sobre el contenido de la carta de despido, sino solo la oposición genérica de la parte a su contenido.

X. Apunte final

En la resolución comentada se afirma que el Tribunal ya se había pronunciado sobre el supuesto inverso al que ahora se valoraba, y quizás esta apreciación ha podido condicionar el resto de sus argumentaciones. En efecto, es cierto que la STC 130/1998, de 16 de junio, otorgó el amparo en un caso en el que la persona trabajadora había aportado la carta de despido junto con una demanda en la que no se hacían constar los hechos alegados por el empresario. Ahora bien, ello ocurría en un momento legislativo histórico en el que el ET de 1995 solo exigía la concreción de los hechos en la demanda, pero no la aportación de la carta de despido, situación algo distinta a la ahora considerada, incluso en su significación inversa u opuesta, en cuanto la obligación legal entonces delimitada era distinta, y bien podía entenderse, sin grandes esfuerzos argumentativos, que la exigencia de que la demanda diera noticia de los hechos contenidos en la carta de despido, quedaba sobradamente cumplida con la aportación de la propia carta.

En el caso ahora valorado, los términos del debate tal como se han delimitado por el Tribunal, han quedado referidos al valor que debía darse a una demanda por despido en la que se contenía resumen suficiente de la carta extintiva, aunque no se incorporaba la misma, cuando en realidad lo que debía decidirse era más bien el tratamiento que merecía una demanda en la que, por la información del propio Tribunal, no se contenía información suficiente de la carta de despido, pero se afirmaba que la misma no había sido entregada por la empresa, lo cual implica un debate materialmente distinto.

Lo que se ha intentado poner de manifiesto en este comentario, es que las cuestiones asociadas a la aportación de la carta de despido junto con la demanda en la que se combate la decisión extintiva de la empresa empleadora, presentan una mayor riqueza y complejidad que las que se vislumbran en la decisión comentada.

§ 34 **Condena a un despacho jurídico por vulneración del derecho a la intimidad por exposición accesible en una carpeta digital compartida de una demanda laboral de una de sus trabajadoras.**

Juan Martínez Moya

Magistrado de la Sala de lo Social del TSJ de la Región de Murcia.

Resumen: La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo condena a un despacho de abogados por vulnerar el derecho a la intimidad de una trabajadora –repcionista de ese despacho- cuyos datos (salario, salud y situación de supuesto acoso), contenidos en una demanda laboral de modificación de condiciones de trabajo frente al citado despacho, estuvieron accesibles en una carpeta digital compartida. La falta de medidas de seguridad permitió que la información privada e íntima de la demandante quedara disponible para personas no autorizadas, aunque fuera accidental, muy limitada en el tiempo y sin intención de perjudicar ni divulgar.

Palabras clave: Protección de datos. Intimidad. Medidas de seguridad. Indemnización. Cese de la conducta.

Abstract: La chambre civile de la Cour suprême condamne un cabinet d'avocats pour avoir violé le droit à la vie privée d'un travailleur – réceptionniste de ce cabinet – dont les données (salaire, santé et situation de harcèlement présumé), contenues dans une action en justice sociale pour modification des conditions de travail à l'encontre de ladite entreprise, étaient accessibles dans un dossier numérique partagé. L'absence de mesures de sécurité a permis de mettre à la disposition de personnes non autorisées les renseignements privés et intimes du demandeur, même s'ils étaient accidentels, très limités dans le temps et sans intention de les nuire ou de les divulguer.

Keywords: Protection des données. Vie privée. Mesures de sécurité. Indemnisation. Cessation de conduite.

I. Introducción

La STS, Civil, de Pleno, 383/2025, de 13 de marzo 2025 enjuicia en sede casacional una situación fáctica que perfectamente podía haber sido examinada por los Tribunales laborales. Se condena un despacho de abogados por vulnerar el derecho a la intimidad de una trabajadora –repcionista de ese despacho- cuyos datos (salario, salud y situación de supuesto acoso), contenidos en una demanda laboral de modificación de condiciones de trabajo frente a su empleadora (que era dicho despacho), estuvieron accesibles en una carpeta digital compartida.

El enfoque jurisdiccional de la cuestión es interesante, y mucho más, el entramado jurídico argumental empleado en la sentencia del Alto Tribunal para resolverlo.

Ni el Juzgado de Primera Instancia ni después la sección civil de la Audiencia Provincial dieron la razón a la demandante.

Aunque se trata del ejercicio de una acción civil con fundamento en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, la normativa sobre protección de datos se ve fuertemente implicada. Si algunas circunstancias del caso (acceso del archivo muy limitado en el tiempo; ausencia de intencionalidad de divulgar ni perjudicar, así como accidentabilidad en el acceso – fue una compañera de trabajo que le advirtió a la actora los hechos-), podían conducir a una situación de inexistencia de lesión de la privacidad, la lesión a la intimidad se declara porque existió exposición indebida de datos sensibles de la demandante consecuencia de la omisión por el despacho de medidas técnicas y organizativas adecuadas para evitar el acceso al documento por parte de personas no autorizadas.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala Civil). Pleno.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 383/2025, de 13 de marzo.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de casación núm. 4109/2024.

ECLI: ES:TS:2025:1054.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Contexto litigioso

En el contexto de un juicio declarativo ordinario en el orden jurisdiccional civil, la controversia planteada versa sobre si se ha producido una vulneración por intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal de una trabajadora (demandante en el proceso), recepcionista en un despacho de abogados en el que trabajaba porque una compañera de trabajo (también recepcionista) y amiga de la demandante, había tenido acceso de manera accidental a la demanda laboral que había interpuesto frente a su empleadora (despacho jurídico, parte demandada en el proceso).

La demanda laboral estuvo alojada en una carpeta digital compartida y accesible. Ahora bien, permaneció en la carpeta común unos minutos, el tiempo necesario para que fuera escaneado e importado por una abogada del despacho a su ordenador personal.

La demanda laboral contenía datos privados e íntimos sobre salud.

2. Vicisitudes procesales

En la demanda civil presentada por la trabajadora contra el despacho jurídico se solicitaba:

- La declaración de intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal,
- Una indemnización de daños y perjuicios por dicha vulneración, en la cantidad de 10.000 euros.
- La condena a la demandada a abstenerse de realizar actos semejantes que constituyan una injerencia ilegítima en el derecho a la intimidad de la demandante.

- La condena en costas a la parte demandada.

La sentencia de instancia – Juzgado de Primera Instancia núm. 53 de Barcelona–desestimó la demanda.

Recurrida en apelación, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona confirmó la sentencia recurrida.

El Pleno del TS, al estimar el recurso de casación, acogerá, en parte, la demanda, y declarará que se produjo intromisión ilegítima.

IV. Posición de las partes

1. Posición de la trabajadora, demandante en instancia y recurrente en apelación y casación

Después de haber visto desestimada en instancia su demanda, y rechazado el recurso de apelación, la trabajadora fundamenta su recurso de casación en la infracción de los apartados 3 y 4 del artículo 7 de la Ley Orgánica de Protección del Derecho al Honor (LOPDH). Argumenta que la demanda laboral alojada en la carpeta digital común contenía información altamente sensible y privada, relacionada con un posible acoso laboral y diversas patologías médicas. Sostiene que la difusión de estos datos contenidos en la demanda laboral invadía su intimidad y acusa a la empresa demandada una falta de diligencia al no tener establecido un sistema de protección de esta información. Considera que la intromisión en la intimidad de la demandante fue objetiva, independientemente de la intencionalidad. Y que es la empresa sobre la que recae la carga probatoria de demostrar el momento exacto en que se eliminó el documento litigioso.

2. Posición de la empresa (despacho jurídico), parte demandada en instancia, recurrida en apelación y en casación

La parte demandada se opone a la pretensión deducida en demanda y reproducida en los recursos, alegando que no hubo acoso laboral ni acción de difusión. Afirma que el documento en cuestión solo estuvo accesible durante unos momentos y que la única responsable de su acceso fue una empleada que actuó sin autorización. Sostiene que no hubo intencionalidad y que la empresa no es responsable de la difusión del documento.

3. El Ministerio Fiscal

El Fiscal también se opone al recurso y pide su desestimación. Sostiene que este se centra en la posible intromisión en la intimidad de la demandante, pero no debe confundirse con la vulneración de la normativa sobre protección de datos. Afirma que no procede revisar la fijación de los hechos ni revalorar la prueba y que el recurso desvirtúa la cuestión al ignorar que una demanda, al presentarse en un proceso laboral, no es un documento personal e íntimo. Argumenta que la demanda laboral no es un documento personal e íntimo al haberse presentado en un proceso laboral y que los datos contenidos en ella eran en gran parte conocidos por los compañeros de la demandante debido a sus bajas laborales. Sostiene que el acceso al documento fue accidental y aislado (“solo lo vio una amiga de la demandante, cuya actuación la sentencia califica de fisgona y no autorizada”), sin entidad suficiente para considerar que existió difusión.

V. Normativa aplicable al caso

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Art. 7 Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley: [...]

3. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.

4. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.

Art. 9. Dos. La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y, en particular, las necesarias [...]”

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Art. 236 quinquies

3. Los datos personales que las partes conocen a través del proceso deberán ser tratados por éstas de conformidad con la normativa general de protección de datos. Esta obligación también incumbe a los profesionales que representan y asisten a las partes, así como a cualquier otro que intervenga en el procedimiento.

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

Artículo 5. Principios relativos al tratamiento. 2. El responsable del tratamiento será responsable del cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1 y capaz de demostrarlo («responsabilidad proactiva»).

Artículo 24. Responsabilidad del responsable del tratamiento.[...]

Artículo 32. Seguridad del tratamiento.

1. Teniendo en cuenta el estado de la técnica, los costes de aplicación, y la naturaleza, el alcance, el contexto y los fines del tratamiento, así como riesgos de probabilidad y gravedad variables para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable y el encargado del tratamiento aplicarán medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo, que en su caso incluya, entre otros:[...]

b) la capacidad de garantizar la confidencialidad, integridad, disponibilidad y resiliencia permanentes de los sistemas y servicios de tratamiento;

c) la capacidad de restaurar la disponibilidad y el acceso a los datos personales de forma rápida en caso de incidente físico o técnico; [...]

2. Al evaluar la adecuación del nivel de seguridad se tendrán particularmente en cuenta los riesgos que presente el tratamiento de datos, en particular como consecuencia de la destrucción, pérdida o alteración accidental o ilícita de datos personales transmitidos, conservados o tratados de otra forma, o la comunicación o acceso no autorizados a dichos datos. [...]

4. El responsable y el encargado del tratamiento tomarán medidas para garantizar que cualquier persona que actúe bajo la autoridad del responsable o del encargado y tenga acceso a datos personales solo pueda tratar dichos datos siguiendo instrucciones del responsable, salvo que esté obligada a ello en virtud del Derecho de la Unión o de los Estados miembros.

VI. Doctrina básica

- Las empresas (despacho jurídico, en el caso) tiene la obligación de aplicar medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de

seguridad adecuado al riesgo que implica el tratamiento de datos personales. Esto incluye, entre otras cosas, la adopción de medidas de seguridad informática adecuadas para proteger los datos frente a accesos no autorizados.

- Si se produce una filtración o brecha digital, en el acceso a datos contenidos en una demanda laboral en materia de modificaciones de condiciones de trabajo de una trabajadora de esa empresa frente a la misma, cuando el documento se hallaba alojado en una carpeta digital común, aunque de manera muy limitada en el tiempo porque quien lo trataba era una abogada del despacho que, después de escanearlo lo importó a su ordenador personal, en principio, esta falta de implementación de medidas de seguridad comporta un incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 236 quinquies de la LOPJ.
- Cuando se ejercita una acción civil por intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad, debe tenerse en cuenta que aunque el derecho a la protección o reserva de los datos y el derecho a la intimidad tienen evidentes caracteres comunes, no todo acceso a datos protegidos constituye por sí misma una violación del derecho a la intimidad.
- Ahora bien, en el caso hay vulneración por intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad cuando concurren las siguientes circunstancias:

(a) Si la demanda laboral alojada, temporalmente, en la carpeta digital contenía datos personales sobre salud de la trabajadora y retribuciones percibidas, y sobre una supuesta situación de acoso laboral. Tales datos son datos privados e íntimos.

(b) Basta con que la brecha digital que ha permitido el acceso se haya producido por falta de mecanismos de protección.

- La existencia de intromisión ilegítima en la privacidad en este supuesto no queda enervada por ninguna de las siguientes circunstancias:

(a) Porque la exposición de datos fuera temporal, al eliminarse el archivo en breve lapso.

(b) Tampoco porque el acceso fuera accidental. Basta con que el acceso se produjo por persona no autorizada.

(c) Ni tampoco neutraliza la existencia de intromisión ilegítima que no existiera una intención expresa de divulgar la información o de causar perjuicio a la demandante.

En conclusión: la accesibilidad de una información no depende de la intención con la que se almacene, sino de su exposición en un entorno donde terceros pueden consultarla. Lo determinante es que la falta de medidas de seguridad permitió que la información privada e íntima de la demandante quedara disponible para personas no autorizadas, aunque fuera accidental.

- Para la indemnización de la fijación del daño moral:

(a) Dichas circunstancias -alcance temporal de la divulgación limitado, ausencia de intencionalidad y ánimo de perjudicar- no enervadoras de la intromisión ilegítima, pueden, sin embargo, ser ponderadas.

(b) A ello se une la necesidad de que la demandante demuestre que la difusión de los datos, que según alega, le ha generado un estado de inquietud y preocupación, explique y aporte elementos que permitan concretar en qué medida dicho estado ha afectado de manera relevante su vida personal y profesional, lo que no aconteció en el caso.

(c) En el supuesto se considera que una indemnización de 3.000 euros satisface adecuadamente la necesidad de reparar el daño moral sufrido por la demandante, sin

exceder los límites de la proporcionalidad que deben regir la cuantificación del resarcimiento en este tipo de casos.

- Declarada la existencia de una situación de intromisión ilegítima en la intimidad, procede condenar a la demandada a que se abstenga en lo sucesivo de realizar actos semejantes que constituyan una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de la demandante, conforme a lo dispuesto en el art. 9.2 LOPDH.

VII. Parte dispositiva

1. Pronunciamientos principales

El TS (Civil) al estimar el recurso de casación interpuesto por la demandante (trabajadora) contra la sentencia dictada en apelación por la Sección n.º 11 de la Audiencia Provincial de Barcelona, con el n.º 175/2022, el 18 de noviembre de 2022, casa esta sentencia en el siguiente sentido de estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 53 de Barcelona, y la revoca, acogiendo en parte la demanda deducida por contra un despacho de abogados en el que prestaba sus servicios, y

i) Declara que la demandada (el despacho de abogados) ha incurrido en intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de la demandante.

ii) Condena a la demandada a pagar a la demandante como indemnización por daño moral 3.000 euros.

iii) Condena a la demandada a que, en lo sucesivo, se abstenga de realizar actos semejantes que constituyan una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de la demandante.

2. Pronunciamientos accesorios

No impone las costas del recurso de casación, del recurso de apelación y de la primera instancia a ninguna de las partes, y ordena la devolución de los depósitos para recurrir.

VIII. Pasajes decisivos

Fundamento de Derecho Segundo

[...]

3.3 La entidad demandada tiene la obligación de aplicar medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo que implica el tratamiento de datos personales. Esto incluye, entre otras cosas, la adopción de medidas de seguridad informática adecuadas para proteger los datos frente a accesos no autorizados. [...]En consecuencia, tampoco cumplió con la obligación que le incumbe con arreglo a lo dispuesto en el *apartado 3 del artículo 236 quinquies de la LOPJ*.

3.4 Ahora bien, en el proceso no se ejercita una acción basada en el derecho a la protección de datos al amparo del Reglamento y la LOPDPyGDD, sino una acción por intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad al amparo de la LODH, lo que no es indiferente, ya que, como dijimos en la *sentencia 398/2024, de 19 de marzo*:

«Aunque el derecho a la protección o reserva de los datos y el derecho a la intimidad tienen evidentes caracteres comunes, no todo acceso a datos protegidos constituye por sí misma una violación del derecho a la intimidad.». [...]

3.6 En la demanda laboral que la recurrente interpuso contra XXX Abogados, S.L.P. por modificación de las condiciones de trabajo se incluyen datos personales de aquella que son de carácter privado e íntimo.

Entre los datos incluidos se menciona el sueldo que percibe mensualmente, que, en este caso, es un dato que forma parte de la esfera privada de la persona, ya que no es de acceso público y está relacionado directamente con su vida laboral y económica.

También se mencionan datos de salud relacionados con su incapacidad temporal debido a condiciones de salud como la hemiplejía y la ansiedad, los cuales son datos íntimos. [...]

Además, se incluyen detalles sobre el acoso laboral que la demandante afirma haber sufrido, lo cual constituye información altamente sensible que afecta a su esfera personal y emocional, perteneciendo a la categoría de datos íntimos.

Por tanto, atendiendo a la naturaleza de los datos, estaríamos, en principio, ante un caso en el que los mismos hechos podrían constituir una vulneración no solo del derecho a la protección de datos, sino también del derecho a la intimidad personal de la demandante

3.8 [...] El razonamiento de la Audiencia Provincial se basa en una interpretación injustificadamente restrictiva del concepto de intromisión ilegítima en materia de intimidad, al supeditarla a una doble condición: la intención de vulnerar la privacidad de una persona, revelar sus datos personales o atentar contra su intimidad, y, además, la intención de perjudicarla.

Sin embargo, la LOPDH no impone tales condiciones. *En los apartados 3 y 4 de su art. 7* no exige que la divulgación, revelación o publicación de datos privados o de carácter íntimo sea intencional ni que busque causar un perjuicio. Basta con que su exposición se produzca para que, en principio, se considere una intromisión ilegítima. O dicho con otras palabras, la divulgación, la revelación o la publicación se considera intromisión ilegítima por el mero hecho objetivo de la exposición o puesta a disposición del público de tales datos, sin que sea necesario, además, el elemento subjetivo de la intencionalidad y el propósito de perjudicar.

Por lo tanto, la cuestión clave no es si la demandada pretendía divulgar la información o perjudicar a la demandante, sino si, como resultado de su conducta o comportamiento, ya sea activo u omisivo, los datos privados o íntimos de aquella quedaron expuestos a terceros sin causa de justificación.

En este caso, la falta de medidas de seguridad adecuadas permitió que un documento con datos personales de naturaleza privada e íntima de la demandante estuviera accesible en una carpeta compartida, a la que podían ingresar sin restricción personas ajenas a ella y carentes de autorización.

El hecho de que el documento no estuviera destinado a terceros no desvirtúa la realidad objetiva de que fue efectivamente accesible para ellos. [...]

Asimismo, el hecho de que el archivo fuera eliminado de inmediato no evitó que fuera accedido. La intromisión ilegítima se consuma en el momento en que los datos privados e íntimos quedan expuestos sin causa que lo justifique, sin que sea necesario que la divulgación sea masiva ni prolongada en el tiempo.[...]

Por otro lado, el argumento de la Audiencia Provincial sobre la accidentalidad de la revelación no excluye la existencia de una intromisión ilegítima. La protección del derecho a la intimidad no se limita a los casos en que la divulgación es voluntaria, sino que también comprende situaciones en las que la exposición indebida se produce por negligencia o falta de diligencia en la adopción de medidas de seguridad adecuadas. En este caso, la demandada tenía la obligación de garantizar la confidencialidad del documento, implementando medidas técnicas y organizativas para evitar el acceso por parte de personas no autorizadas.

La omisión de tales medidas constituye un incumplimiento que derivó en la exposición indebida de datos sensibles. Esta situación configura una vulneración del

derecho a la intimidad, independientemente de que no haya existido una intención expresa de divulgar la información o de causar perjuicio a la demandante. [...]"

IX. Comentario

1. Acción civil sobre intromisión ilegítima del derecho a la intimidad en un contexto laboral y con fundamento en el incumplimiento de la normativa de protección de datos.

La cuestión planteada impacta de lleno en el art. 18 CE que, como es sabido, consagra una pluralidad de derechos cuya finalidad común es proteger la vida privada. La existencia de una esfera privada, en los que los demás (poderes públicos o particulares) no pueden entrar sin el consentimiento de la persona. La fundamentación jurídica de la sentencia de casación apuesta con rotundidad por la defensa la esfera privada y reservada, por un criterio amplio o material – seguido por el Tribunal Constitucional y el TEDH-, esto es, todo aquello que, según las pautas sociales imperantes, suele considerarse reservado o ajeno al legítimo interés de los demás.^[1]

Aunque la acción versa sobre una pretendida vulneración del derecho fundamental a la intimidad que se imputa por parte de una trabajadora a su empresario y por tanto la conducta combatida tiene clara conexión con el trabajo nadie cuestiona la competencia el orden civil para conocer el asunto.

Una pista de que la Sala de lo Civil es consciente de ello puede atisbarse cuando señala que "en el proceso no se ejercita una acción basada en el derecho a la protección de datos al amparo del Reglamento y la LOPDPyGDD, sino una acción por intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad al amparo de la LODH, lo que no es indiferente, ya que, como dijimos en la *sentencia 398/2024, de 19 de marzo* : «Aunque el derecho a la protección o reserva de los datos y el derecho a la intimidad tienen evidentes caracteres comunes, no todo acceso a datos protegidos constituye por sí misma una violación del derecho a la intimidad.».

Recordemos que como dijera la cardinal STC 292/2000, de 30 de noviembre, el derecho fundamental a la protección de datos «no reduce su protección a los datos íntimos, sino que su objeto es más amplio, refiriéndose a cualquier tipo de dato personal.» Con todo, unos datos que desvelen el salario de la trabajadora ya que quedarían amparados por el derecho a la protección de datos. Con mayor razón aquellos referidos a su situación de salud (bajas médicas) y alegada situación de acoso.

Sentado lo anterior, la sentencia de casación como hemos desgranado en los apartados anteriores a este breve comentario, muestra una arquitectura argumental para rebatir, uno por uno, las consideraciones que, inicialmente, para el Juzgado de Primera Instancia, y después para la sección civil de la Audiencia Provincial, resolviendo el recurso de apelación, les condujeron a entender que no existía una situación de vulneración del derecho a la intimidad.

Como puede verse la cimentación de la lesión a la intimidad tiene su base en la normativa de protección de datos (Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). La existencia de intromisión ilegítima en la privacidad en este supuesto no queda enervada por ninguna de las siguientes circunstancias: a) porque la exposición de datos fuera temporal, al eliminarse el archivo en breve lapso; b) ni porque el acceso fuera accidental. Basta con que el acceso se produzca por persona no autorizada. Y c) tampoco neutraliza la existencia de intromisión ilegítima que no existiera una intención expresa de divulgar la información o de causar perjuicio a la demandante.

No se trata de especular sobre estrategias procesales. Pero la elección de la vía de la jurisdicción civil, tras la lectura de la sentencia casacional, muestra contornos más

autónomos y sustantivos que, probablemente dotan de acierto a la vía de tutela emprendida, con los riesgos y costes que comporta. Evidentemente hay una conexión con lo laboral pero la supuesta lesión de dilucidarse en el ámbito laboral quizá no pasaría de ser un complemento para reforzar una tutela en el orden jurisdiccional laboral por vulneración de derechos fundamentales ex art. 177 y ss. LRJS o, hipotéticamente, como indicio para fundamentar la situación de acoso denunciada en la demanda cuyos datos posteriormente se desvelaron.

Sea como fuere lo que está revelando el análisis de la cuestión, una vez más, es la unidad del ordenamiento jurídico, sobre todo, cuando de derechos fundamentales se trata.

2. Sobre el mecanismo indemnizatorio y la doctrina del TJUE

Capítulo aparte merece el mecanismo de reparación de la lesión del derecho fundamental. En el caso, la sentencia de casación civil acude previsiones del artículo 9.2 de la LOPDH concretadas en: a) el restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior; b) en prevenir intromisiones inminentes o ulteriores, y c) en fijar una indemnización de los daños y perjuicios causados, entre otros. Y explícitamente, dicha Ley dispone que «La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido». Y, como hemos indicado, toma como como factores de ponderación los que para las sentencias de instancia de apelación eran neutralizadores de la agresión ilegítima y termina concluyendo que 3000 euros es cantidad proporcionada, ante la falta de explicación y demostración objetiva por parte de la demandante de mayor resultado dañoso.

La sentencia, insistimos, aunque no versa sobre incumplimiento de materia de protección datos, en materia de fijación de indemnizaciones se inscribe en la jurisprudencia del TJUE sobre este aspecto.

Ni existe un “derecho automático a ser indemnizado” como consecuencia de una infracción de la normativa de protección de datos. El concepto de daños y perjuicios indemnizables se rige por el derecho de la Unión y la cuantía de los daños se determinará conforme a cada derecho nacional.

En este sentido, es inevitable traer a colación la STJUE (Sala Tercera) de 20 de junio de 2024^[2] en el que unos clientes de una asesoría fiscal, tras haber informado a la misma de un cambio de su dirección postal, que se registró en el sistema informático de tratamiento de datos, sin embargo, posteriormente aquella les envió sus cartas con contenidos tributarios a la antigua dirección. Al advertir quienes ocupaban ese antiguo domicilio el error de destinatarios tras abrir el sobre, que contenía documentos con información datos personales) lo hicieron llegar a allegados de sus destinatarios (demandantes en el litigio principal) que después advirtieron que la documentación no estaba completa. El TJUE declara que una infracción de este Reglamento no basta, por sí sola, para fundamentar un derecho a indemnización en virtud de dicha disposición. El interesado también debe acreditar la existencia de un perjuicio causado por esa infracción, si bien no es necesario que tal perjuicio alcance cierto grado de gravedad. Si bien para fundamentar un derecho a indemnización, basta el temor padecido por una persona a que, como consecuencia de una infracción de este Reglamento, sus datos personales hayan sido divulgados a terceros, sin que pueda demostrarse que tal ha sido efectivamente el caso, siempre que ese temor, junto con sus consecuencias negativas, resulte debidamente probado. Finalmente dispone que el artículo 82, apartado 1, del Reglamento 2016/679 debe interpretarse en el sentido de que, “para determinar el importe de la indemnización por daños y perjuicios debida en virtud del derecho a indemnización consagrado en dicho artículo, no procede, por una parte, aplicar *mutatis mutandis* los criterios para la fijación del

importe de las multas administrativas previstos en el artículo 83 de este Reglamento ni, por otra parte, atribuir a ese derecho a indemnización una función disuasoria.” El derecho a ser indemnizado, contemplado en el artículo 82 del RGPD, tiene una función compensatoria, de modo que la indemnización pecuniaria debe compensar íntegramente los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la infracción. No parece que proceda imponer el pago de indemnizaciones de naturaleza punitiva en estos casos.

X. Apunte final

Al inicio, en el planteamiento de este comentario, advertimos que el enfoque jurisprudencial de la cuestión es interesante, pero mucho más, la arquitectura argumental diseñada en la sentencia del TS, Civil. Tres apuntes finales para cerrarlo:

(1º) Sobre la *elección del tipo de acción*. La acción ejercitada, si bien, es puramente civil, sobre vulneración de derecho a la intimidad (Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo), aunque se produce en un contexto laboral, se cimenta, y finalmente, desata la consecuencia de responsabilidad por un incumplimiento de la normativa de protección de datos. Es así porque consta: a) una premisa mayor: falta de medidas de seguridad permitió que la información privada e íntima de la demandante quedara disponible para personas no autorizadas, aunque fuera accidental; b) una premisa menor: acceso accidental por tercero no autorizado. Y c) el Tribunal alcanza una conclusión: la accesibilidad de una información sensible (una demanda laboral que contiene datos sobre retribuciones, salud y situación de acoso) no depende de la intención con la que se almacene, sino de su exposición en un entorno donde terceros pueden consultarla, lo que genera un daño indemnizable y la necesidad de que la situación sea objeto de reparación.

(2º) El *aviso a navegantes* que puede percibirse, subliminalmente, en la sentencia del Pleno de la sala civil del TS cuyos destinatarios son esta clase de empresas (despachos) que manejan datos sensibles. Más allá de la cifra fijada como indemnización (3.000 euros) y la valoración que pueda merecer en términos cuantitativos, parece que el contexto (despacho profesional) e incumplimiento de la normativa sobre implantación de sistema de seguridad y protección de datos mueven a la sala a proyectar luces largas a escenarios futuros y emitir un mensaje de alerta para prevenir situaciones futuras. Cuando la sentencia aclara que cuando condena a que la empleadora (el despacho jurídico) se abstenga de vulnerar el derecho a la intimidad y a la propia imagen “no constituye una condena de futuro ni una censura previa y está encuadrada en la tutela de abstención y justificada para evitar nuevas intromisiones en la intimidad de los demandantes y para que estos no se vean sometidos a una cascada de procedimientos con los consiguientes desembolsos económicos (sentencias 1152/2024 , de 234 de septiembre, 547/2016, de 19 de septiembre, 810/2013, de 27 de diciembre)”.

(3º) *Las dudas*. Con esta misma situación, aunque la acción versa sobre tutela por vulneración de un derecho fundamental (art.18.1 CE) como es la intimidad, que se imputa a la empresa, y la conducta tiene conexión con el trabajo, las preguntas a modo de reflexión brotan por sí solas ¿se habría considerado competente el juzgado de lo social si se hubiese presentado ante él la demanda? ¿el resultado habría sido diferente de haber aplicado las previsiones sobre carga probatoria contenidas en la LRJS? ¿La indemnización hubiera sido superior? ¿A qué parámetros se debería, en su caso, haber atendido?^[3] Las respuestas las dejo para el lector.

Referencias:

1. ^ *Diez-Picazo, Luis María. Sistema de derechos fundamentales. Thomson-Civitas. Madrid 2003. Págs.. 254 y 255*
2. ^ *ECLI:EU:C:2024:536*
3. ^ *Sempere Navarro, A. V. La jurisprudencia “social” de la jurisdicción civil. Discurso leído el 26 de noviembre de 2020 en el acto de recepción como académico de número de la Real Academia y legislación y jurisprudencia de Murcia página 99*

§ 35 Calificación como accidente de trabajo de una dolencia preexistente que se agrava como consecuencia de la lesión sufrida en tiempo y lugar de trabajo.

Faustino Cavas Martínez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia.

Resumen: La presunción de laboralidad del artículo 156.3 LGSS y la previsión del artículo 156.2.f) LGSS abocan a que haya de considerarse accidente de trabajo la incapacidad temporal derivada de una enfermedad común preexistente (molestias en el bíceps del brazo derecho) que se agrava tras el esfuerzo físico realizado mientras se desarrollaba la actividad laboral, sin que se haya logrado desvirtuar la conexión causal entre el trabajo y la lesión.

Palabras clave: Accidente de trabajo. Presunción de laboralidad. Agravación de dolencias previas. Determinación de contingencia.

Abstract: The presumption of employment-related origin established in article 156.3 of the General Social Security Law (LGSS), together with the provision set forth in article 156.2(f) of the same law, lead to the conclusion that temporary incapacity resulting from a pre-existing common illness (such as discomfort in the biceps of the right arm), which is aggravated by physical exertion performed in the course of work activities, must be classified as an occupational accident, without having succeeded in disproving the causal connection between the work and the injury.

Keywords: Work accident. Presumption of employment-related origin. Aggravation of pre-existing conditions. Determination of contingency.

I. Introducción

En el ámbito de un litigio sobre incapacidad temporal (IT) se discute sobre la calificación (profesional o común) que merece la etiología de la lesión padecida por el actor, oficial mecánico en taller de automóviles, que sufre un tirón muscular en el brazo derecho, dándose la circunstancia de que ya venía sufriendo molestias (no incapacitantes) en dicho brazo desde varios años atrás.

El tema sometido al dictamen homogeneizador del alto tribunal -caracterización como accidente de trabajo de dolencias previas que se agravan como consecuencia de la lesión sufrida en tiempo y lugar de trabajo- no es, ciertamente, novedoso, pero la sentencia que ahora se comenta, de la que ha sido ponente el magistrado Antonio-V. Sempere Navarro, constituye una buena ocasión para recordar la doctrina jurisprudencial existente en esta materia, al tiempo que aprovecha el alto tribunal para introducir algunas precisiones adicionales sobre el alcance de la presunción de laboralidad contenida en el artículo 156.3 de la LGSS cuando la misma interactúa con la previsión contenida en el art. 156.2.f) de la misma LGSS.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 189/2025, de 12 de marzo.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUd núm. 2706/2022.

ECLI:ES:TS:2025:1146

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Un trabajador, oficial de primera mecánico, padece molestias en el bíceps de su brazo derecho desde el año 2011, que no le han impedido trabajar.

El 28 de abril de 2017 fue diagnosticado, mediante RMN, de rotura bíceps braquial derecho, con retracción a nivel del tendón del bíceps braquial en relación con rotura de espesor completo y desinserción, con alteración en la atenuación a nivel de planos grasos adyacentes con pequeña cantidad de líquido en su unión mio tendinosa. Diagnóstico que no le impidió seguir trabajando.

El 24 de mayo de 2027, mientras desarrollaba su trabajo y colocaba una rueda a un coche, experimentó un tirón muy fuerte en el brazo derecho. Ese mismo día, sobre las 16,15 horas acude a la Mutua, aquejado de dolor en el codo, apreciándose por el facultativo signos de epitrocleitis (inflamación de los tendones musculares). Al día siguiente acude al servicio público de salud, donde es dado de baja médica por enfermedad común y con un diagnóstico de rotura muscular no traumática.

El 30 de octubre de 2017, el INSS dicta resolución declarando el carácter de enfermedad común de la IT, y mediante Resolución de 20 de febrero de 2019 le reconoce una incapacidad permanente total (IPT) derivada de enfermedad común. El trabajador combate el origen de su incapacidad, solicitando que se considere derivada de accidente laboral (o común, de forma subsidiaria).

Mediante sentencia 616/2019, de 22 de noviembre, el Juzgado de lo Social nº 2 de Sevilla estima la demanda y declara que la IT deriva de contingencia profesional, apreciando que lo acaecido «permite inferir una agravación agudización de la situación médica que el actor ya tenía anteriormente y que la misma resulta derivada y/o consecuencia del hecho acontecido el 24/05/17.»

La STSJ 992/2022, de 30 de marzo, de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (Sevilla), estima los recursos interpuestos por la Mutua y la empresa demandadas. Considera que no ha habido un accidente de trabajo sino la manifestación de un síntoma - no una agravación - de la dolencia que ya padecía el actor y cuya vinculación con el trabajo ni siquiera se ha intentado acreditar.

Disconforme con esta resolución, el trabajador presenta contra la misma recurso de casación para la unificación de doctrina.

IV. Posición de las partes

La parte recurrente aporta para contraste la STS de 23 febrero 2010 (rcud. 2348/2009) que declara derivada de contingencia profesional la IPT reconocida al demandante para su profesión habitual de celador. Según los hechos probados, el actor sufrió un accidente cuando al incorporar a una enferma encamada sufrió un fuerte tirón en la espalda, con dolor en el cuello y la cintura. A partir de ese día causó

baja por IT hasta la declaración de la situación de IPT por el INSS, constando que tenía antecedentes de protrusión en L3-L4 y L4-L5, hernia discal L5-S1. Para la sentencia de contraste, el supuesto es un paradigma del art. 115.2 f) LGSS, pues si bien el actor padecía lesiones degenerativas en la columna vertebral antes del accidente, después de este ya no pudo volver a trabajar.

Impugnan el recurso el INSS, la mutua y la empresa.

El Letrado de la Administración de la Seguridad Social expone en su escrito de impugnación que las consideraciones de la sentencia recurrida son acertadas.

El abogado y representante de la mutua cuestiona la concurrencia de contradicción entre las sentencias opuestas y recalca el diagnóstico médico existente un mes antes de la lesión.

La mercantil empleadora, por su parte, expone las diferencias que aprecia en los hechos enjuiciados en cada caso (profesión, patologías, acontecimiento desencadenante de la IT). Concluye que no hay doctrinas opuestas, sino supuestos diversos.

Por último, el Ministerio Fiscal solicita en su preceptivo informe la estimación del recurso, por aplicación de la doctrina unificada sentada en la sentencia referencial.

Si bien el tipo de lesión padecido, las circunstancias profesionales o los antecedentes médicos son diversos, la Sala Cuarta entiende concurrente el requisito de contradicción y da vía libre al recurso. Y ello porque: 1º) En ambos casos el actor padece patologías previas al inicio de la IT y que no habían impedido el desempeño de su tarea profesional. 2º) En los dos supuestos el trabajador sufre una lesión durante el trabajo, al desempeñar las funciones propias de su categoría profesional. 3º) En ambos asuntos y, a consecuencia de tal evento, se perpetúan unas lesiones que existían antes del accidente y que abocan a una declaración de incapacidad permanente. 4º) Las sentencias afrontan el debate sobre la etiología de la incapacidad para trabajar (de origen común o derivada de accidente laboral). Pese a tales similitudes, que son las relevantes a efectos de la unificación interesada, las sentencias abocan a fallos distintos porque la de contraste decide que es una agravación de lesión anterior a consecuencia del accidente sufrido, mientras que la de contraste entiende que no es una agravación, sino un síntoma de la dolencia que padecía. La sentencia impugnada sostiene que no estamos ante una contingencia derivada de un accidente de trabajo, mientras que la sentencia referencial, considera que es un accidente laboral.

V. Normativa aplicable al caso

Recuerda la sentencia comentada el tenor de las normas cuya interpretación se cuestiona y cuya infracción aparece denunciada en el recurso. Se trata de las previsiones contenidas en el artículo 156 LGSS, del todo idéntico al precedente art. 115 LGSS/1994.

El actual artículo 156 LGSS contiene la tradicional definición de accidente de trabajo en su apartado 1 ("Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena") y acto seguido, en su número 2, identifica determinados supuestos a las que extiende tal consideración. Entre ellos aparece el de "Las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente" (apartado f).

Asimismo, el artículo 156.3 LGSS contiene la importante regla conforme a la cual se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo.

VI. Doctrina básica

La presunción de laboralidad contenida en el artículo 115.3 LGSS no se excluye porque se haya acreditado que el trabajador padeciera la enfermedad con anterioridad o porque se hubieran presentado síntomas antes de iniciarse el trabajo, porque lo que se valora a estos efectos no es la acción del trabajo como causa de la lesión; lo que se valora es la acción del trabajo en el marco del art. 115.2.f) LGSS como factor desencadenante de una crisis, que es la que lleva a la situación de necesidad protegida; y esta posible acción del trabajo se beneficia de la presunción legal del art. 115.3 y no puede quedar excluida solo por la prueba de que la enfermedad se padecía con anterioridad, pues, aunque así fuera, es la crisis y no la dolencia previa la que hay que tener en cuenta a efectos de protección y calificación de la contingencia.

VII. Parte dispositiva

Por las razones expuestas, el TS considera acertada la doctrina contenida en la sentencia referencial. La presunción de laboralidad del artículo 156.3 LGSS y la previsión del artículo 156.2.f) LGSS abocan a que haya de considerarse accidente laboral la incapacidad temporal derivada de una enfermedad común preexistente que se agrava tras el esfuerzo realizado mientras se desarrollaba la actividad laboral.

VIII. Pasajes decisivos

Entre los razonamientos que conducen a la Sala Cuarta del TS a abrazar la solución expuesta, cabe destacar los siguientes (todos ellos alojados en los fundamentos de derecho segundo y tercero):

- La presunción del (actual) artículo 156.3 LGSS «se refiere no sólo a los accidentes en sentido estricto o lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo», añadiendo que «por ello, el juego de la presunción exigirá que, de negarse su etiología laboral, se acredite la ruptura del nexo causal, bien porque se trate de enfermedad que por su propia naturaleza descarta o excluye la acción del trabajo como factor determinante o desencadenante, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúen dicho nexo causal; lo que sucederá con facilidad en los supuestos de enfermedades en las que el trabajo no tuviere influencia; pero se hace difícil en los casos de las lesiones cardíacas, las cuales no son extrañas a las causas de carácter laboral.»

- «La presunción no se excluye porque se haya acreditado que el trabajador padeciera la enfermedad con anterioridad o porque se hubieran presentado síntomas antes de iniciarse el trabajo, porque lo que se valora a estos efectos no es, desde luego, la acción del trabajo como causa de la lesión cardíaca, lo que no sería apreciable en principio dada la etiología común de este tipo de lesiones. Lo que se valora es la acción del trabajo en el marco del artículo 115.2.f) (actual artículo 156.2 f) LGSS) como factor desencadenante de una crisis, que es la que lleva a la situación de necesidad protegida; y esta posible acción del trabajo se beneficia de la presunción legal del artículo 115.3 (actual artículo 156.3) y no puede quedar excluida solo por la prueba de que la enfermedad se padecía ya antes; pues, aunque así fuera, es la crisis y no la dolencia previa la que hay que tener en cuenta a efectos de protección.»

- «La presunción del art. 156.3 LGSS, en favor de la existencia de accidente laboral, debe operar con toda su fuerza. Ello obligaba a las demandadas a probar la inexistencia de un nexo causal entre el trabajo y la lesión, acreditando que el tirón en el brazo no tuvo nada que ver con el esfuerzo realizado en el trabajo, prueba que no consta.»

IX. Comentario

Resulta determinante para la decisión del caso planteado el encaje de los hechos en el marco doctrinal conformado por numerosas sentencias precedentes del Tribunal Supremo, que se han pronunciado sobre el alcance de la presunción de laboralidad

contenida en el artículo 156.3 LGSS y sobre la caracterización como accidente de trabajo de las dolencias previas y agravadas.

A estos efectos, la Sala Cuarta confiere especial relevancia a la doctrina contenida en su sentencia de 23 de febrero de 2010 (rcud. 2348/2009), invocada como referencial en el presente recurso. Recuerda que el asunto allí considerado muestra a un trabajador que sufre un accidente al desempeñar el trabajo propio de su categoría profesional en el hospital, en el que prestaba sus servicios y dentro de su jornada. Ninguna duda cabe del carácter accidental de sus lesiones en el momento inicial y, sin haber obtenido el alta médica, acaba siendo declarado en situación de incapacidad total para su trabajo. Ciertamente es que ya padecía lesiones degenerativas en su columna vertebral antes del accidente, pero lo relevante es que esa patología no le había mermado sus facultades para ejercer las labores propias de la profesión que ejercía - no consta siquiera la existencia de bajas anteriores a causa de esas dolencias- y después del accidente quedó incapacitado. En estas condiciones, el alto tribunal concluye que «el supuesto aparece así como paradigma del mandato legal: lesiones anteriores al accidente que se agravan a consecuencia del sufrido en el desempeño del trabajo.»

Acto seguido, la Sala Cuarta se apoya en su muy reciente sentencia 85/2025, de 3 de febrero (rcud. 2707/2022), del Pleno, donde, con cita de numerosos antecedentes, describe el alcance propio de la presunción de laboralidad contenida en el citado artículo 156.3 LGSS. En este pronunciamiento se recuerda que la indicada presunción «se refiere no sólo a los accidentes en sentido estricto o lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo», añadiendo que «por ello, el juego de la presunción exigirá que, de negarse su etiología laboral, se acredite la ruptura del nexo causal, bien porque se trate de enfermedad que por su propia naturaleza descarta o excluye la acción del trabajo como factor determinante o desencadenante, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúen dicho nexo causal; lo que sucederá con facilidad en los supuestos de enfermedades en las que el trabajo no tuviere influencia; pero se hace difícil en los casos de las lesiones cardíacas, las cuales no son extrañas a las causas de carácter laboral.» La presunción ha operado fundamentalmente en el ámbito de las lesiones cardíacas, en el que, aunque se trata de enfermedades en las que no puede afirmarse un origen estrictamente laboral, tampoco cabe descartar que determinadas crisis puedan desencadenarse como consecuencia de esfuerzos o tensiones que tienen lugar en la ejecución del trabajo. Lo mismo sucede, como es notorio, con el edema pulmonar o la embolia de este carácter, en los que no cabe excluir ese elemento laboral en el desencadenamiento. Por tanto, lo relevante en estos casos no es la determinación de la naturaleza u origen laboral de la enfermedad, cuanto la posible incidencia del entorno laboral en la aparición de la crisis y que los síntomas de ésta debuten en tiempo y lugar de trabajo.

Añade esta sentencia que, conforme a la doctrina contenida (entre otras) en SSTs de 27 de septiembre 2007 (rcud. 853/2006) y 329/2020, de 14 de mayo (rcud. 3441/2017), la presunción no se excluye porque se haya acreditado que el trabajador padeciera la enfermedad con anterioridad o porque se hubieran presentado síntomas antes de iniciarse el trabajo, «porque lo que se valora a estos efectos no es, desde luego, la acción del trabajo como causa de la lesión cardíaca, lo que no sería apreciable en principio dada la etiología común de este tipo de lesiones. Lo que se valora es la acción del trabajo en el marco del artículo 115.2.f) (actual artículo 156.2.f) LGSS) como factor desencadenante de una crisis, que es la que lleva a la situación de necesidad protegida; y esta posible acción del trabajo se beneficia de la presunción legal del artículo 115.3 (actual artículo 156.3) y no puede quedar excluida solo por la prueba de que la enfermedad se padecía ya antes; pues, aunque así fuera, es la crisis y no la dolencia previa la que hay que tener en cuenta a efectos de protección.»

En cuanto a la agravación de dolencias previas, se trae a la cita la STS 1349/2024, de 17 de diciembre (rcud. 232/2023), que reproduce el tenor del artículo 156.2.f) LGSS y recuerda que «así como esas enfermedades o defectos padecidos con anterioridad

por la persona trabajadora, si se agravan, sí pueden considerarse accidente de trabajo si el agravamiento se materializa en tiempo y lugar de trabajo, no sucede lo mismo con el accidente no laboral, que siempre exige que ocurra una acción violenta y súbita y no puede ser un agravamiento de un deterioro de lesiones o defectos previos.»

La proyección de la doctrina precedente al caso estudiado aboca a la calificación de la incapacidad temporal como derivada de una contingencia profesional. Y ello porque consta que fue estando el trabajador en el centro de trabajo, realizando las labores propias de oficial de primera-mecánico, cuando sufrió un tirón muy fuerte en el brazo derecho, dando lugar a una baja por incapacidad temporal que luego se convirtió en una IPT. Y aunque es cierto que el actor tenía molestias en el bíceps desde el 2011 y que fue diagnosticado un mes antes del accidente de rotura del bíceps braquial derecho, esta patología previa no le había impedido realizar su trabajo, ni le había ocasionado ninguna baja laboral. Fue precisamente colocando una rueda de un coche en su lugar de trabajo, cuando le dio un fuerte tirón que originó su baja laboral. En estas circunstancias, la presunción de laboralidad contenida en el artículo 156.3 LGSS despliega toda su fuerza, y no ha sido desvirtuada mediante prueba en contrario, orientada a destruir el nexo de causalidad entre lesión y trabajo que la ley presume.

No comparte la Sala Cuarta la línea argumental deducida en las impugnaciones al recurso, conforme a la cual, aunque operase la referida presunción, la misma habría de entenderse desvirtuada porque la sentencia recurrida considera que estamos ante un síntoma de la enfermedad previa. El Tribunal Supremo considera (con buen criterio) que este enfoque es erróneo, porque es a partir del tirón sufrido en el brazo por el trabajador el día 24 de mayo de 2027, mientras estaba trabajando, cuando se inicia la situación incapacitante para el trabajo y no antes. Viene a precisar el alto tribunal que la presunción de laboralidad que alberga el artículo 156.3 LGSS «desde luego, puede contrarrestarse pero no ignorarse o neutralizarse con una mera suposición o hipótesis». Y es que, si durante las semanas previas al referido acontecimiento de 24 de mayo de 2017 el actor ha padecido una dolencia, pero sin dejar de prestar su actividad y, precisamente, a partir de ese momento se le considera incapacitado para ello, «no cabe duda de que la deducción de que nos encontramos ante un síntoma de la previa dolencia choca con la virtualidad de la presunción». Además, la literalidad del artículo 156.2.f) refuerza el efecto de la presunción, pues es la propia Ley la que está considerando accidente laboral la dolencia padecida con anterioridad que se agrave como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente, que es justamente el caso. «Todo ello», explicita la Sala Cuarta, «lejos de destruir la presunción de laboralidad, viene a confirmar el origen profesional de la dolencia aquí examinada.»

X. Apunte final

La STS 189/2025 no destaca por su novedad, pero es interesante porque contiene un completo y didáctico recordatorio de la doctrina jurisprudencial sobre el alcance de la presunción de laboralidad contenida en el artículo 156.3 LGSS, en su interacción con la específica modalidad de accidente de trabajo enunciada en el artículo 156.2.f) LGSS: enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente. En estos casos, concluye el Tribunal Supremo, lo determinante para la calificación de la contingencia no es que la enfermedad se sufriera ya con anterioridad (lo que *a priori* deslizaría la calificación hacia el terreno de la extralaboralidad), sino la actuación sobre esas dolencias preexistentes de un agente lesivo sobrevenido indiscutiblemente en tiempo y lugar de trabajo, que las agrava hasta el punto de provocar la incapacidad de quien hasta ese momento, aunque con molestias, venía desempeñando su trabajo con normalidad.

§ 36 Ingreso Mínimo Vital. Límite de ingresos para causar derecho: problemática del cómputo de las pensiones de alimentos. Requisitos de orden público procesal del escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina.

José Luis Monereo Pérez

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada.
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

Resumen: *Ingreso Mínimo Vital (IMV): la controversia jurídica consiste en determinar si la cuantía que recibe la persona solicitante en concepto de pensión de alimentos debe computarse a efectos de no superar el límite de ingresos para recibir el Ingreso Mínimo Vital.*

Palabras clave: *Ingreso Mínimo Vital. Cómputo de las pensiones de alimentos. Vulnerabilidad económica y social. Requisitos del recurso de casación para la unificación de doctrina.*

Abstract: *Minimum Living Income (IMV): the legal controversy consists of determining whether the amount received by the applicant as alimony should be computed for the purpose of not exceeding the income limit for receiving the Minimum Living Income.*

Keywords: *Minimum Vital Income. Computation of alimony. Economic and social vulnerability. Requirements of the appeal for the unification of doctrine.*

I. Introducción

La cuestión consiste en determinar si la cuantía que recibe la persona solicitante en concepto de pensión de alimentos debe computarse a efectos de no superar el límite legal de ingresos para recibir el Ingreso Mínimo Vital (IMV). La controversia jurídica se resuelve en un sentido afirmativo en la instancia y en el Tribunal Superior de Justicia. En recurso de casación para unificación de doctrina, el Tribunal Supremo no entra en el fondo del asunto porque aprecia que no concurre el requisito de contradicción.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 201/2025, 25 de marzo.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUD núm. 816/2023

ECLI:

ES:TS:2025:1367

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La controversia litigiosa radica en determinar si la pensión de alimentos debe computarse a efectos del límite de ingresos para percibir el ingreso mínimo vital (en adelante IMV).

Las circunstancias esenciales para la resolución de este recurso son las siguientes:

A) La demandante formaba parte de una unidad de convivencia con sus dos hijos nacidos en 2001 y 2008. Solicitó el IMV en fecha 14 de septiembre de 2020.

B) Le fue denegado por superar el límite de ingresos computables. Se le imputaron unos ingresos de 16.665,71 euros que superaban el límite de ingresos establecidos en el año 2020: 8.860,8 euros.

C) En el año 2019 la actora percibió:

a) Ingresos por rendimientos de trabajo de 8.272,34 euros. Abonó cotizaciones sociales por importe de 407,88 euros. El rendimiento neto derivado del trabajo fue de 7.864,46 euros.

b) Rentas por anualidad de alimentos por decisión judicial por importe de 8.400 euros. Se declara probado que el día 1 de septiembre de 2014 se dictó sentencia de separación conyugal de mutuo acuerdo de la actora en virtud de la cual percibía una pensión de alimentos de 400 euros al mes para el sostenimiento de ambos hijos (4.800 euros al año).

c) En la declaración de IRPF del año 2019 figuran ingresos totales a razón de 8.272,34 euros, con un saldo neto de rendimientos base imponible general de IRPF de 299,46 euros.

La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social desestimó la reclamación del IMV. Recurrió en suplicación la demandante. La sentencia recurrida, dictada por el TSJ de Castilla y León con sede en Burgos 818/2022, de 30 de noviembre (recurso 701/2022), argumenta que la pensión de alimentos no forma parte de las rentas exentas, por lo que debe computarse a efectos del límite de ingresos del IMV. Considera que la actora era acreedora y percibió efectivamente esta pensión, por lo que la computa y confirma la sentencia desestimatoria de instancia.

La demandante interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina con un único motivo en el que denuncia la infracción del Real Decreto-ley 20/2020, de la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia del TS de 29 de octubre de 1997, con vulneración de los arts. 9.3 y 25 de la Constitución y de las disposiciones transitorias 1ª a 3ª de la Ley 19/2021. Se invoca de contraste la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid 748/2022, de 9 de septiembre (recurso 649/2022).

El Ministerio Fiscal informó en el sentido de que no concurre el requisito de contradicción y subsidiariamente en contra de la estimación del recurso.

La parte demandada presentó escrito de impugnación del recurso en el que niega el requisito de contradicción y solicita la confirmación de la sentencia recurrida.

IV. Posición de las partes

- La demandante interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina con un único motivo en el que denuncia la infracción del Real Decreto-ley 20/2020, de la

doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia del TS de 29 de octubre de 1997, con vulneración de los arts. 9.3 y 25 de la Constitución y de las disposiciones transitorias 1ª a 3ª de la Ley 19/2021. Se invoca de contraste la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid 748/2022, de 9 de septiembre (recurso 649/2022).

- La parte demandada presentó escrito de impugnación del recurso en el que niega el requisito de contradicción y solicita la confirmación de la sentencia recurrida.

V. Normativa aplicable al caso

Artículos 9.3 y 25 de la Constitución Española

Real Decreto-ley 20/2020

Artículos 224.1 y 2, 219, 210.2, letra a) del apartado 2 del artículo 221, 224.1 y 2, 225.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

VI. Doctrina básica

-El incumplimiento de los requisitos formales del escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina exigidos por el artículo 224.1 de la LRJS constituye una causa de inadmisión del recurso que impide entrar en su examen, so pena de desvirtuar su naturaleza extraordinaria.

-En este momento procesal, oído el Ministerio Fiscal, esa causa de inadmisión se transforma en causa de desestimación del recurso de casación unificadora [sentencias del TS 620/2022, de 6 julio (rcud 2309/2019); 776/2022, de 27 septiembre (rcud 965/2020); y 893/2022, de 10 noviembre (rcud 2882/2021), entre otras muchas]. De acuerdo con lo razonado, procede desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina y declarar la firmeza de la sentencia recurrida. Sin condena al pago de costas (artículo 235 de la LRJS).

VII. Parte dispositiva

Esta Sala 4ª del Tribunal Supremo ha decidido:

1. Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Dª Mónica. Declararla firmeza de la sentencia dictada del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Burgos 818/2022, de 30 de noviembre (recurso 701/2022).

2. Sin condena al pago de costas.

VIII. Pasajes decisivos

-El escrito de interposición del recurso de casación no contiene una relación precisa y circunstanciada de la contradicción entre la sentencia recurrida y la referencial.

Las sentencias del TS 1096/2018, de 20 de diciembre (rcud 1055/2017); 339/2022, de 19 de abril (rcud2827/2018); y 240/2023 de 29 de marzo (rcud 868/2020), entre otras muchas, indican que el requisito establecido por el artículo 224.1.a) de la LRJS «exige una comparación de los hechos de las sentencias, el objeto de las pretensiones y de los fundamentos, a través de un examen comparativo que, aunque no sea detallado, resulte suficiente para ofrecer a la parte recurrida, al Ministerio Fiscal y a la propia Sala los términos en que la parte recurrente sitúa la oposición de los pronunciamientos, lo que exige una comparación de los hechos de las sentencias, del objeto de las pretensiones y de los fundamentos de éstas [...] La finalidad y fundamento de esta exigencia de análisis pormenorizado o relación precisa o circunstanciada de la contradicción alegada es la garantía de defensa procesal de la parte recurrida, de suerte que ésta pueda apreciar con claridad los términos de un debate que dista mucho de ser simple, al consistir en la comparación de sentencias en la integridad de sus elementos. El análisis o argumento de contradicción ha de

consistir, no ya y no sólo en un examen de las doctrinas en que se apoyan las sentencias comparadas, lo que podría corresponder también a la argumentación de infracción legal, sino, sobre todo, de una comparación de las controversias concretas objeto de enjuiciamiento. La comparación de las controversias comporta normalmente un examen individualiza do y pormenorizado de los hechos, los fundamentos, pretensiones y decisiones de las sentencias comparadas, dependiendo el detalle exigible de la argumentación del grado de complejidad y casuismo de la cuestión planteada. El análisis de la contradicción de sentencias exige, en su caso, expresar por qué no son relevantes para el correspondiente juicio de contradicción aquellas diferencias entre las sentencias comparadas que en una primera aproximación puedan plantear dudas sobre la concurrencia de este requisito».

-El escrito de interposición del presente recurso de casación unificadora incumple los citados requisitos formales. La parte recurrente no explica cuáles son los hechos, fundamentos y pretensiones de la sentencia recurrida y de la referencial, tampoco los compara, ni argumenta sobre la concurrencia de las identidades del artículo 219 de la LRJS en relación con la cuestión controvertida. Afirma que concurre el presupuesto procesal de contradicción y menciona unas afirmaciones genéricas, sin exponer una relación precisa y circunstanciada de la contradicción. Por consiguiente, el escrito de interposición del presente recurso de casación unificadora no contiene una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada.

IX. Comentario

Como se sabe, el Tribunal Supremo es el garante, a través del recurso de casación para la unificación de doctrina, del principio de unidad jurisdiccional y, en definitiva, del principio de igualdad en la aplicación de la ley en todo el territorio nacional. A través del recurso de casación para unificación de la doctrina, el TS conoce de las sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia (artículo 218 de la LJRS). Y es que la diferencia entre el recurso de casación laboral ordinario y el de casación en unificación de doctrina reside precisamente en las resoluciones recurribles y los motivos por los que puede interponerse el recurso. Es un recurso de naturaleza extraordinaria, como la suplicación y la casación ordinaria, que sólo es posible frente a resoluciones y por motivos tasados legalmente y además excepcional porque introduce una excepción al principio de doble grado jurisdiccional. La sentencia dictada en suplicación e impugnada en casación unificadora de doctrina no es firme, por lo que sólo puede procederse a su ejecución provisional. De esta forma, la casación ordinaria se convierte en un “tercer grado”, tras el “segundo grado” que supone la suplicación como recurso extraordinario.

La finalidad fundamental del recurso de casación para la unificación de doctrina, es la de garantizar la homogeneidad de la doctrina de los Tribunales y asegurar la supremacía jerárquica jurisdiccional del Tribunal Supremo conforme garantiza el artículo 123 CE. Y junto a esta función básica y fundamental, el recurso de casación para unificación de doctrina tiene la virtualidad de afectar a la situación jurídica de los particulares conformada por la sentencia de instancia impugnada (artículo 228.2 LRJS), si bien no cabe, mediante este recurso, la modificación de hechos probados. Y se trata de un recurso de interposición necesaria a efectos de agotar la vía ordinaria y antes de acudir al recurso de amparo –este último, tras su reforma, de acceso muy limitado a cuestiones de relevancia constitucional y novedosas que estime el Tribunal Constitucional-, y corresponde a la parte que pretende hacer valer su no interposición –la del recurso de casación en unificación de doctrina, se entiende- el acreditar la imposibilidad de acudir en esta vía extraordinaria de unificación de doctrina.

La reforma de 2011 pretendió garantizar la posición de primacía del TS, garantizando la primacía interpretativa que constitucionalmente le corresponde ex artículo 123.1 CE, a la vez que vino a contrarrestar las limitaciones en el acceso, habida cuenta de la restrictiva interpretación de que ha sido objeto tradicionalmente esta modalidad de casación. Y ello se abordó, en primer lugar, modificando el presupuesto del recurso de casación en unificación de doctrina (RCUD): la contradicción, ya que a partir de entonces se amplía a otras sentencias distintas (del

Tribunal Constitucional, del TJUE y del TEDH). Y, en segundo lugar, la no exigencia de contradicción en determinados casos, abriendo el recurso a otros supuestos que exigen unificación, creando una nueva y original modalidad, a medio camino entre el tradicional recurso de unificación de doctrina en interés de ley y el recurso de unificación de doctrina en interés casacional civil. El tradicional RCU se asienta en el presupuesto de la contradicción.

El recurso de casación para la unificación de doctrina tradicional, como se sabe, puede interponerse contra sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia (artículo 218 LRJS). Por tanto, todas ellas lo son, al margen de su cuantía, su objeto o modalidad procesal, eso sí, ha de tratarse de sentencias, lo que excluye los autos. Por el contrario, las sentencias dictadas en la instancia por los Tribunales Superiores de Justicia y la Audiencia Nacional no son recurribles en unificación de doctrina sino en casación ordinaria, como hemos visto. Y tampoco cabe la casación respecto a sentencias dictadas por los Juzgados de lo Social, contra las que sólo cabe, en su caso, el recurso de suplicación ante el correspondiente TSJ. No obstante, estas sentencias –las dictadas por los TSJ en suplicación– son sólo recurribles en la medida en que se dé el presupuesto de la contradicción. Es decir, que se tiene que dar una contradicción *“respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos”*, en los términos del artículo 219 de la LRJS

Las sentencias contradictorias han de ser, bien sentencias dictadas en suplicación por los TSJ, bien por el TS en casación (en éste caso, cuando se trata de los mismos litigantes y otros diferentes en idéntica situación, siempre que se dé el presupuesto de “hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales y que se hubiera llegado a pronunciamientos distintos) y ser, además del orden social, ya que la Sala Cuarta del TS sólo puede unificar los criterios de este orden jurisdiccional. Y, finalmente tampoco pueden traerse como sentencias de contraste las procedentes del Tribunal Constitucional, las del extinto Tribunal Central de Trabajo, las de la Audiencia Nacional, ni las del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ni de otras Salas de los TSJ, ni autos del TS ni de los TSJ. Interpretación literal y restrictiva de la ley que se explica por parte del TS por la excepcionalidad del recurso y que ahora, como hemos señalado ha abierto la LRJS, a las del TC, TEDH y TJUE, conformando una nueva modalidad de RCU, que veremos en otro apartado diferenciado.

El presupuesto de la contradicción de este RCU ordinario se entiende cumplido con una sola sentencia que se aporte, a condición de que sea firme. Y en ello el TS es bastante estricto, considerando que existe un deber de efectuar una cuidadosa selección de la misma, pues de lo contrario el TS se vería “bloqueado” por un número inabarcable de asuntos. La sentencia contradictoria, por lógica ha de ser anterior a la impugnada y es que la ley alude a “resoluciones precedentes”, sin que en ningún caso los pronunciamientos de la Sala Cuarta del TS al resolver estos recursos afecten a las situaciones jurídicas creadas por aquéllas (las precedentes a la impugnadas que se traen como sentencia de contradicción) –artículo 228 LRJS–. Y se considera que es anterior o precedente cuando dicha sentencia ha sido publicada con anterioridad a ser dictada la recurrida, por lo que lo decisivo no es la fecha de la sentencia impugnada, que puede ser anterior a la de contraste, sino la de publicación.

En cuanto a la firmeza de la sentencia de contraste, la misma se exige que lo sea en el momento de publicarse la sentencia de suplicación que se trata de recurrir. En este sentido la STS de 9 de febrero de 2005, RJ 5294, establece, ante el caso de una sentencia de contraste de fecha posterior a la de la sentencia recurrida pero rectificada por auto posterior a aquélla, quedando su texto sustancialmente modificado, admite la sentencia de contraste al considerar que ya ha adquirido firmeza. Y conviene puntualizar que el TS en el recurso de casación para unificación de doctrina no se limita a un control de cuestiones sustantivas, sino que cabe también respecto de las procesales siempre que se cumpla con el requisito de la contradicción, que tenga valor referencial y afecten de la misma manera a las formas y garantías esenciales del

proceso (STS de 22 de noviembre de 2000, RJ 1426). La contradicción viene determinada legalmente por la concurrencia de dos elementos, la identidad y los pronunciamientos distintos. Presupuestos se analizan brevemente a continuación:

a) La identidad está referida a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación “*en mérito de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales*” (artículo 219.1 LRJS). Aparentemente la Ley exige una identidad subjetiva, sin embargo, en realidad no establece tal exigencia ya que los litigantes bien pueden ser otros diferentes en idéntica situación. En cambio sí impone una identidad procesal objetiva (igualdad sustancial de las pretensiones), una identidad material (relativa a los hechos y a la causa de pedir) y en las súplicas o peticiones; en cambio no se exige identidad en los fundamentos de derecho. Conviene precisar que, en todo caso, no se requiere necesariamente una identidad absoluta, bastando con una “igualdad sustancial”, es decir, una semejanza importante para que pueda apreciarse una diversidad de soluciones ante controversias sustancialmente iguales. En los hechos se exige una identidad en lo sustancial y no en lo meramente accidental.

Los hechos que se someten a consideración no tienen por qué ser solo los ubicados en el apartado específico de hechos probados, sino que, incorrectamente también pueden aparecer en los fundamentos de Derecho. También puede tratarse de hechos que la Sala de lo Social del TSJ rechazó por considerarlos intrascendentes. Y no se considera que exista identidad por el mero hecho de que el mismo recurrente ha ocupado diferentes posiciones en diversos procedimientos. En estos términos, es casi inviable que se pueda aportar sentencia contradictoria en determinadas materias, como despidos, al menos en cuanto a la procedencia o improcedencia, por la dificultad que entraña la valoración de las conductas culpables y graves individuales y lo mismo sucede en otras como invalidez o recargo por omisión de medidas de seguridad (STS de 23 de junio de 2005, RJ 8334).

En lo relativo a los fundamentos de pedir y las pretensiones, la identidad se refiere, en el primer caso, a las normas que han sido aplicadas por las sentencias que se comparan, sin que baste una contradicción aparente, ya que lo que se está exigiendo verdaderamente es que ambas sentencias se apoyen en preceptos concretos coincidentes. La identidad debe alcanzar pues a la petición ejercitada ante la jurisdicción y ello tanto en lo que se refiere a lo pedido (*petitum*) como a la causa de pedir (*causa petendi*).

En todo caso, la identidad, como se indicó, se refiere a los elementos que identifican el litigio cuyas sentencias se comparan, mientras que la contradicción se refiere a los fallos de las sentencias. Sin embargo, son dos elementos inseparables, ya que no bastaría con que las sentencias contengan pronunciamientos distintos, sino que éstos han de haber recaído en litigios sustancialmente iguales.

b) El segundo de los elementos constitutivos es el de la contradicción. El que existan pronunciamientos distintos, se entiende referido a los fallos de las sentencias en contraste, porque son los que sientan jurisprudencia. Por tanto, no se puede invocar fallos contradictorios respecto de los que lo sean *obiter dicta*, es decir, pronunciamientos incidentales o a mayor abundamiento, ni tampoco los que invoquen una comparación en abstracto, al margen de la identidad de las controversias, sino que ha de tratarse de pronunciamientos concretos y distintos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

En la contradicción en los criterios jurisprudenciales debe existir una infracción legal (artículo 224 LRJS) y puede alegarse la infracción tanto de normas sustantivas como procesales de cualquier rango u origen (constitucional, lega, reglamentario o convenio colectivo), incluyendo la invocación de la jurisprudencia por ser fuente del ordenamiento jurídico, pero no la de circulares o instrucciones administrativas. En definitiva, la identidad se refiere a los elementos que identifican los litigios en comparación y la contradicción a los pronunciamientos de las propias sentencias, porque, además de la contradicción entre los pronunciamientos, es necesario que éstos recaigan sobre controversias sustancialmente idénticas, ya que no se pretende

una comparación abstracta sino concreta. El acreditar esta identidad y contradicción es una carga que corresponde al recurrente, que no podrá además revisar los hechos probados de la sentencia recurrida ni intentar cuestiones a valoración de la prueba. El apreciar esta identidad y contradicción es una labor de apreciación compleja que compete al TS en la fase de admisión del recurso y ello sin perjuicio de que la acreditación de la contradicción es, como hemos dicho, carga del recurrente, sin que pueda para ello “revisar los hechos probados de la sentencia recurrida ni abordar cuestiones relativas a la valoración de la prueba” y sin que pueda aportar documentos nuevos.

Las sentencias invocadas como doctrina de contradicción han de haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso (artículo 221.3 LRJS). Además, solo podrá invocarse una sentencia por cada punto de contradicción que deberá elegirse entre las designadas en el escrito de preparación y ser firme en el momento de la finalización del plazo de interposición (artículo 224.2). Debiendo tener en cuenta que las sentencias que no hubieran sido invocadas en el escrito de preparación “no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición”. Pero sin duda la novedad más relevante que introdujo la LRJS es la ampliación de las sentencias que pueden alegarse como doctrina de contradicción (artículo 219.2 LRJS) que ahora incluye a las dictadas por el Tribunal Constitucional y los órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos Internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España (los más importantes serán el TEDH y TIJ). Y, en este último caso, la sentencia que resuelva el recurso se limitará, en dicho punto de contradicción, a conceder o denegar la tutela del derecho o libertad invocados, en base a aplicabilidad de dicha doctrina al supuesto de hechos. Y, expresamente, la ley se refiere a las sentencias del TJUE en interpretación de derecho comunitario.

1. La cuestión procesal como determinante de la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina

El Tribunal Supremo analiza, en la sentencia objeto de comentario, los requisitos de inadmisibilidad de esta modalidad de recurso. El artículo 225.4 de la LRJS regula la siguiente causa de inadmisión: «el incumplimiento de manera manifiesta e insubsanable de los requisitos procesales para preparar o interponer el recurso». Reiterada doctrina jurisprudencial [por todas, sentencias del TS 620/2022, de 6 julio (rcud 2309/2019); 861/2022, de 26 octubre (rcud 4665/2019); y 701/2024, de 21 de mayo (rcud 2517/2023)] explica el alcance de las exigencias formales del escrito de interposición del recurso de casación. Dicho medio de impugnación tiene naturaleza extraordinaria. La doctrina del Tribunal Constitucional sostiene que en el recurso de casación las exigencias formales adquieren una especial relevancia, pues los requisitos de esta naturaleza parecen consustanciales a ese instituto procesal, debiendo distinguir entre el rigor formal, que viene justificado por la naturaleza del mismo recurso, y un exceso formalista que no puede cumplir otra función que la de dificultar la utilización del instrumento procesal (sentencia del TC 17/1985). Por ello, esta sala ha argumentado: «No caben formalismos excesivos, pero tampoco desconocimientos de que hay que cumplir de modo razonable cuanto la norma procesal pide [...] el actual artículo 210.2 LRJS disciplina el escrito de interposición del recurso, conteniendo las siguientes exigencias: 1) Se expresarán por separado cada uno de los motivos de casación. 2) Se redactarán con el necesario rigor y claridad. 3) Se seguirá el orden de los motivos del artículo 207. 4) Hay que razonar la pertinencia y fundamentación de cada motivo. 5) Hay que razonar el contenido concreto de la infracción o vulneración cometidas. 6) Hay que realizar mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas. 7) En los motivos basados en infracción de las normas y garantías procesales, deberá consignarse la protesta, solicitud de subsanación o recurso destinados a subsanar la falta o trasgresión en la instancia, de haber existido momento procesal oportuno para ello y el efecto de indefensión producido».

Seguidamente se analiza si el escrito de interposición del recurso cumple el requisito consistente en la fundamentación de la infracción legal cometida en la sentencia impugnada. El artículo 224.1 de la LRJS exige dos requisitos distintos: uno de ellos es el relativo al presupuesto procesal de contradicción y el otro a la fundamentación de la infracción legal cometida en la sentencia recurrida, que tiene que ponerse en relación con los motivos casacionales contenidos en el artículo 207 de la LRJS, excepto el de revisión fáctica casacional, que no puede articularse en el recurso de casación para la unificación de doctrina [sentencia del TS 1318/2024, de 4 de diciembre (rcud 3458/2021)].

La parte recurrente denuncia la «aplicación e Interpretación errónea de lo dispuesto en artículo el Real Decreto Ley 20/2020 (sic) [...] Todo ello aplicando indebidamente la interpretación efectuada por la STS de 29 de octubre de 1997 con vulneración de los artículos 9.3 y 25 de la Constitución Española y los principios de seguridad jurídica y confianza legítima del administrado». Con carácter subsidiario, alega la «aplicación e interpretación errónea de lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 20/2026». Además, denuncia la infracción de las disposiciones transitorias primera a tercera de la Ley 19/2021. Por tanto, la parte recurrente denuncia las siguientes infracciones:

a) La vulneración del Real Decreto Ley 20/2020, sin identificar el precepto que considera violado.

b) La infracción de la doctrina contenida en la sentencia del TS de 29 de octubre de 1997. Se trata de una identificación incompleta de la resolución judicial porque hay tres sentencias con la misma fecha. Son tres resoluciones judiciales muy anteriores a la instauración del IMV que versan, respectivamente, sobre la responsabilidad solidaria en los grupos de empresa, sobre el significado del requisito de habitualidad exigido para el encuadramiento y afiliación en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y sobre la composición de un comité intercentros.

Pero se trata de sentencias ajenas a esta litis, sin que la parte recurrente explicita su relación con la controversia litigiosa.

c) La mención genérica a los artículos 9.3 y 25 de la Constitución Española y a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima del administrado, sin mayor argumentación, no puede fundamentar este motivo relativo al cómputo de la pensión de alimentos a efectos del IMV.

d) Las disposiciones transitorias primera a tercera de la Ley 19/2021, que regulan el régimen transitorio de la entrada en vigor de esa norma legal. La parte recurrente sostiene que el Real Decreto-ley 20/2020 era aplicable a esta litis. Pero no examina el fondo del motivo casacional, ni cita ningún precepto de esa norma.

Esa parte procesal incumple el requisito formal exigido por el artículo 224.1.b) de la LRJS porque omite la explicación de cuál es la infracción legal cometida por la sentencia impugnada y tampoco identifica preceptos legales ni jurisprudencia que haya podido ser vulnerada por la sentencia recurrida.

Atendiendo a lo anterior el Tribunal Supremo entiende que el incumplimiento de los requisitos formales del escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina exigidos por el artículo 224.1 de la LRJS constituye una causa de inadmisión del recurso que impide entrar en su examen, so pena de desvirtuar su naturaleza extraordinaria. Esa causa de inadmisión se transforma en causa de desestimación del recurso de casación unificadora [sentencias del TS 620/2022, de 6 julio (rcud 2309/2019); 776/2022, de 27 septiembre (rcud 965/2020); y 893/2022, de 10 noviembre (rcud 2882/2021), entre otras muchas]. De acuerdo con lo razonado, procede desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina y declarar la firmeza de la sentencia recurrida. Sin condena al pago de costas (artículo 235 de la LRJS).

2. La cuestión de fondo sobre la que no entra esta Sentencia del Tribunal Supremo Nº 201/2025

El IMV es una prestación compleja y está sometida a determinados requisitos legales para su concesión. En el itinerario jurisprudencial la cuestión de fondo versa sobre la controversia jurídica relativa a los recursos computables.

El punto de partida reside la configuración legal de la situación de vulnerabilidad económica^[1]. El artículo 10.1 letra b) LIMV exige que todos los beneficiarios se encuentren en situación de vulnerabilidad económica por carecer de rentas, ingresos o patrimonio suficiente en los términos que se establecen el artículo 11 de la LIMV^[2].

A estos efectos el artículo 11 LIMV establece que para la determinación de la situación de vulnerabilidad económica se tomará en consideración la capacidad económica de la persona beneficiaria individual o, en su caso, de la unidad de convivencia en su conjunto, computándose los recursos de todos sus miembros^[3]. Concurrirá el requisito de vulnerabilidad económica, cuando el promedio mensual del conjunto de ingresos y rentas anuales computables de la persona beneficiaria individual o del conjunto de los miembros de la unidad de convivencia, correspondiente al ejercicio anterior, sean inferior al menos en 10 euros, a la cuantía mensual de la renta garantizada con esta prestación que corresponda en función de la modalidad y del número de miembros de la unidad de convivencia.

El requisito de que “sea inferior al menos en 10 euros” en los términos expuestos puede parecer curioso, pero quizás tiene su lógica desde el punto de vista de la gestión y recuerda a las previsiones en este sentido –salvando las diferencias– para la asignación por hijo a cargo de no reconocer el abono por diferencias cuando la cuantía sea inferior al importe mensual por cada hijo (artículo 13.2 RD 1335/2005, de 11 noviembre).

El cómputo y determinación de ingresos se llevará a cabo teniendo en cuenta lo siguiente^[4]:

A) Ingresos computables

a) Rentas. Las rentas se computarán por su valor íntegro (salvo las procedentes de actividades económicas, de arrendamientos de inmuebles o de regímenes especiales, que se computarán por su rendimiento neto)^[5].

b) Rendimientos procedentes de actividades económicas y de los regímenes especiales Se computarán por la cuantía que se integra en la base imponible del IRPF o del impuesto foral correspondiente según la normativa vigente en cada período.

c) Ganancias patrimoniales generadas en el ejercicio se computarán por la cuantía que se integra en la base imponible del IRPF o del impuesto foral correspondiente según la normativa vigente en cada período, sin tener en cuenta las reducciones que, en su caso, pudieran ser de aplicación conforme a la normativa de aquellos, y minorada de cualquiera de las ayudas públicas de las recogidas en el artículo 20.1 letra f) LIMV.

d) Rendimientos procedentes de bienes inmuebles arrendados Se tendrán en cuenta sus rendimientos como ingresos menos gastos, antes de cualquier reducción a la que tenga derecho el contribuyente, y ambos determinados, conforme a lo dispuesto al efecto en la normativa reguladora del IRPF, o normativa foral correspondiente, aplicable a las personas que forman la unidad de convivencia. Si los inmuebles no estuviesen arrendados, los ingresos computables se valorarán según las normas establecidas para la imputación de rentas inmobiliarias en la citada normativa y correspondiente norma foral.

e) Pensiones y prestaciones, contributivas o no contributivas, públicas o privadas Computan por su importe.

B) Ingresos *no* computables Se exceptuarán del cómputo^[6]:

— Las rentas exentas a las que se refieren los párrafos b), c), d), i), j), n), q), r), s), t), x) e y) del artículo 7 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre^[7], del IRPF.

— Ayudas para el estudio y las ayudas de vivienda, tanto por alquiler como para adquisición^[8].

— Se considera renta exenta para la persona obligada al abono: 1) La pensión compensatoria que deba ser satisfecha de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Código Civil, siempre que se haya producido el pago de la misma^[9]; y 2) la *pensión de alimentos en favor de los hijos* que deba ser satisfecha de conformidad con lo previsto en artículo 93 del Código Civil, siempre que se haya producido el pago de la misma.

— El subsidio no contributivo por desempleo, cuando a la fecha de la solicitud de la prestación se hubiera extinguido^[10]. Asimismo, en la unidad de convivencia que debe recibir la pensión por alimentos será renta exenta cuando no se hubiera producido el abono por la persona obligada al pago^[11].

Esta normativa sobre los requisitos de acceso a la protección es la que debería haberse tomado en consideración de haberse podido entrar en el fondo del asunto. De haberse entrado en el fondo hubiera merecido, sin duda, una prudente reflexión jurídico-crítica.

X. Apunte final

El Tribunal Supremo inadmite el recurso para la unificación de doctrina interpuesto por incumplimiento de los requisitos de orden público procesal establecidos, básicamente, en el artículo 224 de la LRJS.

El Tribunal Supremo entiende que el incumplimiento de los requisitos de orden público procesal del escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina exigidos por el artículo 224 (“Contenido del escrito de interposición del recurso”) de la LRJS constituyen causa de inadmisión del recurso que impide entrar en su examen, so pena de desvirtuar su naturaleza extraordinaria. Esa causa de inadmisión se transforma en causa de desestimación del recurso de casación unificadora. Para ello reclama la doctrina jurisprudencial consolidada. Reiterada doctrina jurisprudencial [por todas, sentencias del TS 620/2022, de 6 julio (rcud 2309/2019); 861/2022, de 26 octubre (rcud 4665/2019); y 701/2024, de 21 de mayo (rcud 2517/2023)] explica el alcance de las exigencias formales del escrito de interposición del recurso de casación. Dicho medio de impugnación tiene naturaleza extraordinaria. La doctrina del Tribunal Constitucional sostiene que en el recurso de casación las exigencias formales adquieren una especial relevancia, pues los requisitos de esta naturaleza parecen consustanciales a ese instituto procesal, debiendo distinguir entre el rigor formal, que viene justificado por la naturaleza del mismo recurso, y un exceso formalista que no puede cumplir otra función que la de dificultar la utilización del instrumento procesal (sentencia del TC 17/1985). Por ello, esta sala ha argumentado que: «*No caben formalismos excesivos, pero tampoco desconocimientos de que hay que cumplir de modo razonable cuanto la norma procesal pide [...]* el actual artículo 210.2 LRJS disciplina el escrito de interposición del recurso, conteniendo las siguientes exigencias: 1) Se expresarán por separado cada uno de los motivos de casación. 2) Se redactarán con el necesario rigor y claridad. 3) Se seguirá el orden de los motivos del artículo 207. 4) Hay que razonar la pertinencia y fundamentación de cada motivo. 5) Hay que razonar el contenido concreto de la infracción o vulneración cometidas. 6) Hay que realizar mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas. 7) En los motivos basados en infracción de las normas y garantías procesales, deberá consignarse la protesta, solicitud de subsanación o recurso destinados a subsanar la falta o trasgresión en la instancia, de haber existido momento procesal oportuno para ello y el efecto de indefensión producido».

Referencias:

1. ^ Véase MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ INIESTA, G., Y TRILLO GARCÍA, A.R.: *El Ingreso Mínimo Vital: Nuevo pilar del pacto social intergeneracional entre jóvenes y mayores. Cuatro años de su implantación en España (2020-2024)*, Libro-Revista: *Revista de Derecho de la Seguridad Social y Revista Crítica de Relaciones de Trabajo Laborum*, N° 4 Especial 2004, Capítulo V ("Requisitos de acceso a la protección"), págs. 239 y sigs. Disponible en acceso abierto: <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/issue/view/69/74>
2. ^ El actual artículo 10 se corresponde parcialmente con el artículo 7 del RD-ley 20/2020. Del cómputo de ingresos:-No está excluido la prestación por hijo a cargo aunque esté exenta de tributación al no figurar como exenta del cómputo de ingreso en el artículo 18 .1.3 RD-ley 20/2020 (actual artículo 20 LIMV) STSJ La Rioja 164/2022, de 30 junio (ECLI:ES:TSJLR:2022:313 Recurso de Suplicación 143/2022).-Queda excluido: tanto la vivienda habitual como la nuda propiedad de la misma STSJ Asturias 1119/2022, de 31 mayo (ECLI: ES: TSJAS: 2022:1605 Recurso de Suplicación 802/2022).-No computa como ingreso la Renta Activa de Inserción, STSJ Madrid 658/2022, de 29 junio, ECLI: ES: STSJM: 2022:9021); STSJ Madrid 658/2022, 29 junio (ECLI: ES: TSJM: 2022:9021). Si computa STSJ Madrid 93/2022, 4 febrero (ECLI: ES: STSJM: 2022:1507).-Si computa el cobro de rescate de plan de pensiones STSJ Madrid 718/2022, 19 diciembre (ECLI: ES: TSJM: 2022:14848).-No cabe computar una pensión de alimentos no percibida STSJ Madrid 904/2022, de 28 octubre (ECLI: ES: TSM: 2022:14123).
3. ^ Para el cómputo de ingresos y patrimonio véase el artículo 20 LIMV. Sobre el cómputo de recursos económicos en las pensiones no contributivas de la unidad de convivencia de una ayuda económica mensual por acogimiento familiar administrativo permanente y remunerado véase STSJ Islas Canarias (Tenerife) 514/2012, 15 de junio (rec. 479/2011, ECLI: ES: TSJICAN: 2012: 2174. Sobre cómputo de depósitos y fondos en cuentas bancarias véase STSJ Aragón 694/2022, de 3 octubre (rec. 585/2022, ECLI: ES: TSJAR: 2022:680).
4. ^ Artículo 20 LIMV. Los ingresos y el patrimonio se determinan conforme a los datos que proporciona al INSS la hacienda Pública, información que puede ser contradicha por medios fehacientes, ya que no hay presunción iuris et iure en favor de los datos de la Hacienda Pública, STSJ Aragón 28 octubre 2021 (rec. 50/2021). Sobre la discrepancia entre catastro y registro de la propiedad en orden a la atribución de determinado inmueble véase STSJ Aragón 2 noviembre 2021 (rec. 662/2021)
5. ^ Respecto a conceptos que se incluyen como renta, límites a tener en cuenta y momento de su valoración véase: SSTSJ Madrid 29 abril 2022 (rec. 9/2022), 20 abril 2022 (rec. 187/2022), 25 mayo 2022 (rec. 259/2022), 21 junio 2022 (rec. 1088/2021), 10 junio 2022 (rec. 549/2022), 21 junio 2021 (rec. 283/2021), 29 junio 2022 (rec. 392/2022), 27 junio 2022 (rec. 214/2022) 25 mayo 2022 (rec. 1103/2021), SSTSJ Comunidad Valenciana 26 mayo 2022 (rec. 3542/2021) 14 junio 2022 (rec. 3795/2021); STSJ Extremadura 8 junio 2022 (rec. 158/2022); SSTSJ Castilla y León 24

febrero 2022 (rec. 1822/2021), 26 enero 2022 (rec. 742/2021), 9 julio 2021 (rec. 1010/2021) 25 noviembre 2022 (rec. 662/2022); STSJ Rioja 30 junio 2022 (rec. 143/2022) el importe de los rendimientos netos de trabajo a ponderar es el resultante de restar al bruto, deducciones fiscales y cuotas a la Seguridad Social; STSJ Galicia 2 diciembre 2022 (rec. 888/2022); STSJ Andalucía 24 noviembre 2022 (rec. 45/2022); STSJ Madrid 848/2023, de 14 diciembre, Roj: STSJ M 14319/2023 – ECLI:ES:TSJM:2023:14319; y STJ Madrid 1081/2023, 1 diciembre, Roj: STSJ M 13312/2023 – ECLI:ES:TSJM:2023:13312. Sobre la consideración de reNta ficticia de la nuda propiedad y de las ficciones legales de capacidad económica: STSJ Madridd16 noviembre 2022 (rec. 880/2022) sobre la consideración de recta ficticia la nuda propiedad y las ficciones legales de consideración de capacidad económica; STSJ Asturias 15 noviembre de 2022 (rec. 1909/2022).

6. [^] Sobre conceptos excluidos:-Rentas finalistas: STSJ Castilla y León 27 junio 2022 (rec. 2265/2021) sobre prestaciones familiares, 7 marzo 2022 (rec. 2430/2021) pensión de hijo discapacitado que se destina a la fundación que lo atiende; 29 noviembre 2021 (rec. 643/2020) ayuda a la dependencia y renta activa de inserción; 14 octubre 2022 (rec. 290/2022) ayuda dependencia.-Prestaciones familiares: STSJ Aragón 11 marzo 2022 (rec. 74/2022); STSJ La Rioja 30junio 2022 (rec. 143/2022).-Pensiones alimenticias: STSJ Aragón 28 diciembre 2021 (rec. 848/2021).-Rentas de inserción: STSJ Madrid 29 junio 2022 (rec. 732/2021), 25 noviembre 2022 (rec. 1003/2022); y STSJ Madrid 747/2023, 6 septiembre, Roj: STSJ M 9418/2023 – ECLI:ES:TSJM:2023:9418. Cfr. con pensión de incapacidad permanente: STSJ Castilla y León 17 enero 2022 (rec. 1219/2021).
7. [^] Dicho artículo 7 en los párrafos indicados, señala lo siguiente: b) Las ayudas de cualquier clase percibidas por los afectados por el virus de inmunodeficiencia humana, reguladas en el Real Decreto-Ley 9/1993, de 28 de mayo. c) Las pensiones reconocidas en favor de aquellas personas que sufrieron lesiones o mutilaciones con ocasión o como consecuencia de la Guerra Civil, 1936/1939, ya sea por el régimen de clases pasivas del Estado o al amparo de la legislación especial dictada al efecto. d) Las indemnizaciones como consecuencia de responsabilidad civil por daños personales, en la cuantía legal o judicialmente reconocida. Igualmente estarán exentas las indemnizaciones por idéntico tipo de daños derivadas de contratos de seguro de accidentes, salvo aquellos cuyas primas hubieran podido reducir la base imponible o ser consideradas gasto deducible por aplicación de la regla 1.^a del apartado 2 del artículo 30 de esta Ley, hasta la cuantía que resulte de aplicar, para el daño sufrido, el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, incorporado como anexo en el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre. i) Las prestaciones económicas percibidas de instituciones públicas con motivo del acogimiento de personas con discapacidad, mayores de 65 años o menores, sea en la modalidad simple, permanente o preadoptivo o las equivalentes previstas en los ordenamientos de las Comunidades Autónomas, incluido el acogimiento en la ejecución de la medida judicial de convivencia del menor con persona o familia previsto en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Igualmente estarán exentas las ayudas económicas otorgadas por instituciones públicas a personas con discapacidad con un grado de minusvalía igual o superior al 65 por ciento o mayores de 65 años

para financiar su estancia en residencias o centros de día, siempre que el resto de sus rentas no excedan del doble del indicador público de renta de efectos múltiples. j) Las becas públicas, las becas concedidas por las entidades sin fines lucrativos a las que sea de aplicación el régimen especial regulado en el Título II de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, y las becas concedidas por las fundaciones bancarias reguladas en el Título II de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias en el desarrollo de su actividad de obra social, percibidas para cursar estudios reglados, tanto en España como en el extranjero, en todos los niveles y grados del sistema educativo, en los términos que reglamentariamente se establezcan. Asimismo estarán exentas, en los términos que reglamentariamente se establezcan, las becas públicas y las concedidas por las entidades sin fines lucrativos y fundaciones bancarias mencionadas anteriormente para investigación en el ámbito descrito por el Real Decreto 63/2006, de 27 de enero, por el que se aprueba el Estatuto del personal investigador en formación, así como las otorgadas por aquellas con fines de investigación a los funcionarios y demás personal al servicio de las Administraciones públicas y al personal docente e investigador de las universidades. ... n) Las prestaciones por desempleo reconocidas por la respectiva entidad gestora cuando se perciban en la modalidad de pago único establecida en el Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, por el que se regula el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único, siempre que las cantidades percibidas se destinen a las finalidades y en los casos previstos en la citada norma. Esta exención estará condicionada al mantenimiento de la acción o participación durante el plazo de cinco años, en el supuesto de que el contribuyente se hubiera integrado en sociedades laborales o cooperativas de trabajo asociado o hubiera realizado una aportación al capital social de una entidad mercantil, o al mantenimiento, durante idéntico plazo, de la actividad, en el caso del trabajador autónomo. q) Las indemnizaciones satisfechas por las Administraciones públicas por daños personales como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, cuando vengan establecidas de acuerdo con los procedimientos previstos en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se regula el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial. ... r) Las prestaciones percibidas por entierro o sepelio, con el límite del importe total de los gastos incurridos. s) Las ayudas económicas reguladas en el artículo 2 de la Ley 14/2002, de 5 de junio. t) Las derivadas de la aplicación de los instrumentos de cobertura cuando cubran exclusivamente el riesgo de incremento del tipo de interés variable de los préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de la vivienda habitual, regulados en el artículo decimonoveno de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica..... x) Las prestaciones económicas públicas vinculadas al servicio, para cuidados en el entorno familiar y de asistencia personalizada que se derivan de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. y) La prestación de la Seguridad Social del Ingreso Mínimo Vital, las prestaciones económicas establecidas por las Comunidades Autónomas en concepto de renta mínima de inserción para garantizar recursos económicos de subsistencia a las personas que carezcan de ellos, así como las demás ayudas establecidas por estas o por entidades locales para atender, con arreglo a su normativa, a colectivos en riesgo de

exclusión social, situaciones de emergencia social, necesidades habitacionales de personas sin recursos o necesidades de alimentación, escolarización y demás necesidades básicas de menores o personas con discapacidad cuando ellos y las personas a su cargo, carezcan de medios económicos suficientes, hasta un importe máximo anual conjunto de 1,5 veces el indicador público de rentas de efectos múltiples.

8. [^] Sobre exclusión de ayudas públicas al alquiler de viviendas véase STSJ Canarias 75/2024, 6 febrero, Roj: STSJ ICAN 84/2024 ECLI:ES:TSJICAN:2024:84
9. [^] El artículo 97 del Código Civil, dispone lo siguiente: “El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia. A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias: 1.ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges. 2.ª La edad y el estado de salud. 3.ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo. 4.ª La dedicación pasada y futura a la familia. 5.ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge. 6.ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal. 7.ª La pérdida eventual de un derecho de pensión. 8.ª El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. 9.ª Cualquier otra circunstancia relevante. En la resolución judicial o en el convenio regulador formalizado ante el Secretario judicial o el Notario se fijarán la periodicidad, la forma de pago, las bases para actualizar la pensión, la duración o el momento de cese y las garantías para su efectividad”.
10. [^] Exención introducida por el RD-ley 2/2024.
11. [^] El artículo 93 del Código Civil, señala lo siguiente: “El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento. Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código”. Véase la STSJ Madrid 904/2022, de 28 de octubre (ECLI: ES: TSJM: 2022:14123, rec. 654/2022) que desestima el recurso y la pretensión de reconocimiento de prestación, entre otros motivos, al “... no consta acreditado que la recurrente no hubiera percibido la pensión de alimentos para sus hijos, no consta que la recurrente hubiera iniciado demanda para hacer efectivo el pago de la pensión de alimentos que dice no se ha abonado. Y el magistrado valorando la prueba considera que debe de tenerse en cuenta los ingresos que constan en la agencia tributaria...”. Sobre exclusión de las cuantías impagadas de las pensiones alimenticias STSJ Galicia 70/2024, de 2 febrero, Roj: STSJ GAL 885/2024 – ECLI:ES:TSJGAL: 2024:885

§ 37 ¿Qué se puede poner, y qué no, en un acuerdo de teletrabajo?

José Fernando Lousada Arochena

Magistrado de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia. Profesor asociado de la Universidad de Coruña.

Resumen: *Muy habitual es que las empresas con actividad en teletrabajo establezcan acuerdos tipo de teletrabajo para unificar la contratación. La Sentencia del Tribunal Supremo comentada analiza qué se puede poner, y qué no, en tales acuerdos tipo, y, por derivación, qué se puede poner, y qué no, en los acuerdos individuales de teletrabajo.*

Palabras clave: *Contenido del acuerdo de teletrabajo.*

Abstract: *It is very common for companies operating teleworking to establish standard teleworking agreements to standardize their contracts. The commented Supreme Court ruling analyzes what can and cannot be included in such standard agreements, and, by derivation, what can and cannot be included in individual teleworking agreements.*

Keywords: *Content of the teleworking agreement.*

I. Introducción

La cuestión planteada es la legalidad de determinadas cláusulas del contrato tipo de trabajo a distancia que la empresa demandada utiliza como modelo para reclutar personas teletrabajadoras. Se trata de una sentencia larga pues analiza todas y cada una de las cláusulas impugnadas para decidir si la cláusula se ajusta a la legalidad. Precisamente, en ese análisis particularizado se encuentra el interés de esta Sentencia pues supone una aproximación importante a qué se puede poner, y qué no, en un acuerdo tipo de teletrabajo y, por derivación, qué se puede poner, y qué no, en un acuerdo individual de teletrabajo, aunque, obviamente, solo en relación a las cláusulas objeto de enjuiciamiento en el caso.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 1514/2025, de 2 de abril.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCO núm. 169/2022.

ECLI:ES:TS:2025:1514.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio García-Perrote Escartín.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Procedimiento ante la Audiencia Nacional y Sentencia

La Federación de Servicios de CCOO, la Confederación General del Trabajo (CGT), la Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de UGT, la Unión Sindical Obrera (USO) y la Confederación Intersindical Gallega (CIG) interpusieron ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, demandas de conflicto colectivo contra Teleperformance España, SAU, cuestionando la legalidad de determinadas cláusulas del contrato tipo de trabajo a distancia que la empresa demandada suscribe con las personas teletrabajadoras. Las demandas fueron acumuladas. El sindicato CSIF compareció y se adhirió a todas las demandas.

La empresa compareció y se opuso a las demandas alegando la existencia de litispendencia en relación con una concreta impugnación y para todas por razones de fondo.

Tras los trámites oportunos, la Audiencia Nacional dictó Sentencia donde, después de desestimar la excepción alegada por la empresa de litispendencia impropia, se declaró la nulidad total o parcial de seis cláusulas: un inciso de la cláusula 2, la cláusula 3.4, dos párrafos de la cláusula 3.6, la cláusula 5.5, una parte de la cláusula 6.1 y la cláusula 6.3.

2. Recursos planteados contra la Sentencia de la Audiencia Nacional

La empresa y el sindicato CSIF han recurrido en casación. La empresa insiste en la excepción de litispendencia y en todo caso solicita la revocación de la sentencia de instancia en relación con las cláusulas anuladas, salvo la 5.5. El CSIF pide ampliar la nulidad a las cláusulas 1.1, 1.2, 1.3, 1.4, 1.6 y 3.3, cuya nulidad había sido desestimada.

IV. Posición de las partes

La empresa y el CSIF pretenden, cada una de ellas, la estimación de sus recursos.

El Ministerio Fiscal interesa en la desestimación de los dos recursos.

El recurso de casación de la empresa ha sido impugnado por CCOO, CGT, UGT, USO y CSIF. Y la empresa ha impugnado el recurso del CSIF.

V. Normativa aplicable al caso

— Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (LTD), artículo 7, letras a), b) y g): “Será contenido mínimo obligatorio del acuerdo de trabajo a distancia, sin perjuicio de la regulación recogida al respecto en los convenios o acuerdos colectivos, el siguiente: a) Inventario de los medios, equipos y herramientas que exige el desarrollo del trabajo a distancia concertado, incluidos los consumibles y los elementos muebles, así como de la vida útil o periodo máximo para la renovación de estos. b) Enumeración de los gastos que pudiera tener la persona trabajadora por el hecho de prestar servicios a distancia, así como forma de cuantificación de la compensación que obligatoriamente debe abonar la empresa y momento y forma para realizar la misma, que se corresponderá, de existir, con la previsión recogida en el convenio o acuerdo colectivo de aplicación [...] g) Duración de plazos de preaviso para el ejercicio de las situaciones de reversibilidad, en su caso [...]”.

- LTD, artículos 5.2, 5.3, 11, 12, 17, 18 y 21.
- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de datos de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos), artículos 5.1.b) y c).

- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), artículo 88.

VI. Doctrina básica

Como la STS analiza particularizadamente cada una de las cláusulas impugnadas, no se puede hablar de una única doctrina básica, sino de varias doctrinas que recogemos sucintamente, con referencia a la cláusula cuyo enjuiciamiento da lugar a cada una de las doctrinas para que se pueda comprobar el pasaje decisivo, transcrito en el siguiente apartado, en el que esa doctrina se contiene (se sigue además el mismo orden en esta doctrina básica que en los pasajes decisivos, y a su vez, es el orden seguido en la STS):

— “El derecho a la compensación de gastos existe, aunque nada diga el convenio colectivo” (cláusula 2).

— “La empresa solo puede utilizar el correo electrónico y el número de teléfono personal de la persona trabajadora a distancia si fuera necesario contactar con ella por urgencias del servicio” (cláusula 3.4).

— “La legislación vigente no solo permite, sino que obliga, a la empresa a elaborar una «política interna» sobre el derecho a la desconexión digital. Lo que sucede es que esa política interna debe elaborarse «previa audiencia» de los representantes de las personas trabajadoras ... Y, de conformidad con la doctrina de la STS 225/2024, de 6 de febrero (rec. 263/2022), son nulas las decisiones empresariales adaptadas sin la preceptiva intervención de los representantes de las personas trabajadoras” (cláusula 3.6).

— “Tratándose de un contrato de adhesión ... (es) abusivo que se limite por esa vía contractual adhesiva el ejercicio de la reversibilidad por parte del trabajador. Y, por la misma razón ... (no es) admisible que ... (se) establezca una cláusula general de previa renuncia de derechos para el supuesto de que la empresa ejerza la reversibilidad” (cláusulas 6.1 y 6.3).

— “Lo relevante es que cada acuerdo individual de trabajo a distancia si contenga el inventario del equipamiento que concretamente se entrega a cada persona trabajadora y que dicho inventario satisfaga el derecho a la dotación y mantenimiento de medios, equipos y herramientas que reconoce el artículo 11 LTD” (cláusula 1.1).

— “Los contratos específicos suscritos si fijan un plazo de amortización vinculado al que se establece en el impuesto de sociedades, plazo que ... resulta razonable, por lo que debemos confirmar la negativa ... a declarar la nulidad de la cláusula 1.2” (cláusula 1.2).

— “Si la negociación colectiva no interviene en la materia, ello no significa que la empresa no pueda establecer directrices al respecto, toda vez que, expresamente, el artículo 21 LTD hace referencia a «las condiciones e instrucciones de uso y conservación establecidas en la empresa» que las personas trabajadoras deben cumplir” (cláusula 1.3).

— “Lo que el recurso cuestiona es la previsión que permite a la empresa repercutir sobre el trabajador el coste de la reparación o los daños causados cuando ello derive de «una mala utilización por parte del Trabajador». Pero ... la empresa tendrá que acreditar esa mala utilización, a lo que ha de añadirse que las controversias que se puedan producir entre las partes habrán de encauzarse, en su caso, por los procedimientos legalmente establecidos” (cláusula 1.4).

— “Las controversias que tengan las partes (sobre obligación del trabajador de devolución de los equipos de la empresa) se podrán dilucidar por los procedimientos judiciales legalmente previstos” (cláusula 1.6).

— “Si, en algún caso, el específico contrato suscrito por alguna persona trabajadora hiciera referencia al correo electrónico personal, ello se podrá impugnar por los procedimientos legalmente establecidos” (cláusula 3.3).

Una advertencia al lector o lectora: la STS también analiza, como no podía ser de otro modo, la excepción de litispendencia alegada por la empresa, pero no presenta, a los efectos de este comentario, mayor interés, con lo cual no entraremos en su análisis.

VII. Parte dispositiva

1. Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por Teleperformance España, SAU, y desestimar el recurso de casación interpuesto por la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF). 2. Casar y anular parcialmente la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional 44/2022, de 22 marzo (proc. 33/2022), aclarada por auto de 25 de marzo de 2022, en el sentido de eliminar de su fallo la declaración de nulidad del inciso de la cláusula 2 del contrato tipo de trabajo a distancia que dice «según lo previsto en la negociación colectiva sectorial», así como eliminar igualmente de su fallo la declaración de nulidad de la cláusula 3.4 («el Trabajador facilitará a la Empresa, su correo electrónico y número de teléfono personal, por si fuera necesario contactar con él, por urgencias del servicio»), manteniendo el resto de pronunciamientos. 3. No imponer costas.

VIII. Pasajes decisivos

Se recogen los pasajes decisivos para apreciar la validez o la nulidad de cada una de las cláusulas sometidas a enjuiciamiento y, a los efectos de contextualizar cada pasaje, se transcribe al principio de cada pasaje la cláusula enjuiciada, la decisión de la sentencia recurrida, quién recurre ese extremo, y finalmente la decisión de la STS comentada.

— Cláusula 2: «Compensación por gastos. El Trabajador percibirá la compensación de los gastos en los que incurra a causa del Home Office/trabajo en lugares de trabajo fuera de la empresa, según lo previsto en la negociación colectiva sectorial». La sentencia recurrida solo declaró la nulidad del inciso final «según lo previsto en la negociación colectiva sectorial». Recurre la empresa. La STS declara la validez de ese inciso final.

“(No hay) razones para declarar la nulidad del inciso de la cláusula 2 del contrato tipo de trabajo a distancia «según lo previsto en la negociación colectiva sectorial», pues el derecho a la compensación de gastos existe, aunque nada diga el convenio colectivo. No se trata de un derecho que solo existe si la negociación colectiva lo reconoce; solo si este fuera el caso podría encontrar justificación la declaración de nulidad del inciso mencionado. Pero, en el enfoque de los artículos 7 b) y 12 LTD, aunque ... la intervención de la negociación colectiva es sumamente conveniente porque la regulación legal es genérica -precisamente por ello la ley llama al convenio colectivo para que la concrete y desarrolle-, si tal intervención no se produce ello no significa que el derecho no exista, toda vez que lo reconoce directamente la ley. Pero, como precisamente la ley remite de forma expresa al convenio colectivo la concreción y precisión del mandato legal, no debe eliminarse la remisión a la negociación colectiva que realiza la cláusula 2 del contrato tipo de trabajo”.

— Cláusula 3.4: «El Trabajador facilitará a la Empresa, su correo electrónico y número de teléfono personal, por si fuera necesario contactar con él, por urgencias del servicio». La sentencia recurrida declaró su nulidad. Recurre la empresa. La STS declara su validez.

“Sin perjuicio de que podría ser deseable una mayor concreción y especificación de esas necesidad y urgencia, y sin perjuicio igualmente de que se podrán impugnar las concretas aplicaciones empresariales de la cláusula 3.4 ... esta cláusula no incumple, en sí misma y por sí sola, las exigencias de la finalidad, adecuación, pertinencia y limitación a lo necesario de la transmisión de datos personales («minimización de

datos») (artículo 5.1 b) y 5.1 c), respectivamente, del Reglamento general de protección de datos). Ello es así, precisamente, porque la empresa solo puede utilizar el correo electrónico y el número de teléfono personal de la persona trabajadora a distancia «si fuera necesario» contactar con ella «por urgencias del servicio». Téngase en cuenta, por ejemplo, que la empresa tiene que garantizar a la persona trabajadora a distancia, especialmente en caso de teletrabajo, la atención precisa en el caso de dificultades técnicas a que se refiere el artículo 11.2 LTD”.

— Cláusula 3.6, últimos párrafos: «El Trabajador tendrá derecho a no atender dispositivos digitales, cuando su jornada laboral hubiese finalizado, salvo que concurran las circunstancias de urgencia justificada señaladas en esta cláusula. Se considerará que existen circunstancias de urgencia justificada en situaciones que puedan suponer un perjuicio empresarial o del negocio cuya urgencia temporal requiera una respuesta o atención inmediata por parte del Trabajador». La sentencia recurrida declaró la nulidad de estos últimos párrafos de la cláusula 3.6. Recurre la empresa. La STS confirma la SAN.

“Tanto el artículo 88.3 LOPDGDD como el artículo 18.2 LTD, establecen expresamente -se cita el artículo 18.2 LTD- que «la empresa, previa audiencia de la representación legal de las personas trabajadoras, elaborará una política interna dirigida a (las) personas trabajadoras ... en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión». Según puede comprobarse, la legislación vigente no solo permite, sino que obliga, a la empresa a elaborar una «política interna» sobre el derecho a la desconexión digital. Lo que sucede es que esa política interna debe elaborarse «previa audiencia» de los representantes de las personas trabajadoras y no consta que ello se haya hecho en el presente supuesto ... Es verdad que aquí se trata de unas previsiones contenidas en una cláusula del contrato tipo de trabajo a distancia. Pero ... este contrato tipo es un contrato redactado por la empresa al que se adhieren las personas trabajadoras. Esa redacción es donde se encuentra la «política interna» empresarial sobre el derecho a la desconexión digital a que se refieren el artículo 88.3 LOPDGDD y el artículo 18.2 LTD. El caso es que esta política se ha realizado sin que haya dado audiencia previa a la representación legal de las personas trabajadoras, vulnerándose así las claras prescripciones contenidas en aquellos dos preceptos legales. Y, de conformidad con la doctrina de la STS 225/2024, de 6 de febrero (rec. 263/2022), son nulas las decisiones empresariales adaptadas sin la preceptiva intervención de los representantes de las personas trabajadoras”.

— Cláusula 6.1, en concreto: «El Trabajador podrá revertir la situación de trabajo en Home Office o lugares de trabajo fuera de la Empresa con un plazo de preaviso de 15 días siempre que exista una razón de hecho para ello. Se considerará que existe una razón de hecho para la reversión, en particular, en los siguientes supuestos: ... ». Cláusula 6.3: «La revocación de la autorización de la actividad del Home Office y/o en lugares de trabajo fuera de la Empresa no dará lugar a ninguna reclamación de indemnización ni reparación contra la Empresa por el Trabajador». La sentencia recurrida anuló la cláusula 6.1 solo en lo referido a las causas por las que el trabajador puede revertir el trabajar a distancia, y asimismo anuló la cláusula 6.3 en su integridad. Recurre la empresa. La STS confirma.

“Tratándose de un contrato de adhesión, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional ha considerado abusivo que se limite por esa vía contractual adhesiva el ejercicio de la reversibilidad por parte del trabajador. Y, por la misma razón, la Audiencia Nacional no considera admisible que el apartado 3 de la cláusula sexta establezca una cláusula general de previa renuncia de derechos para el supuesto de que la empresa ejerza la reversibilidad ... explicando, respecto de esta última previsión, que la reversibilidad decidida por la empresa puede en ocasiones resultar contraria a derecho. Esta Sala IV comparte la apreciación de la sentencia recurrida en ese contexto, aludido, de desequilibrio contractual en el que las personas trabajadoras se adhieren al contrato tipo de trabajo a distancia”.

— Cláusula 1.1: «La Empresa pone a disposición del Trabajador los medios, equipos y herramientas especificados en el Anexo I entre los cuales se podrán

encontrar ...». La sentencia recurrida declaró la validez de esta cláusula. Recurre el CSIF. La STS confirma.

“A la vista de que la sentencia recurrida constata que numerosos contratos aportados refieren la entrega de equipamiento, no hay motivo ... para que en un procedimiento de conflicto colectivo se declare la nulidad de la cláusula del contrato tipo de trabajo a distancia ... Aunque podría perfectamente contener referencias generales aplicables a todos los casos, el hecho de que el contrato tipo de trabajo a distancia no incluya esas referencias no debe conducir a declarar su nulidad, porque lo relevante es que cada acuerdo individual de trabajo a distancia si contenga el inventario del equipamiento que concretamente se entrega a cada persona trabajadora y que dicho inventario satisfaga el derecho a la dotación y mantenimiento de medios, equipos y herramientas que reconoce el artículo 11 LTD”.

— Cláusula 1.2: «Estos medios tienen una vida útil estimada de ... años, sin perjuicio de lo establecido en los siguientes apartados de este artículo». La sentencia recurrida declaró la validez de la cláusula. Recurre el CSIF. La STS confirma la validez de la cláusula.

“La sentencia recurrida aprecia que los concretos contratos firmados con los trabajadores a distancia incluyen la precisión de que la vida útil estimada es «según la tabla de amortización que publica el Ministerio de Hacienda». La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional explica que se trata de la tabla de coeficientes de amortización establecida en el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio, que en su anexo recoge la tabla de coeficientes de amortización de los elementos patrimoniales del inmovilizado material y que fija un plazo de ocho años para los equipos informáticos y de seis años para las aplicaciones y sistemas. En consecuencia, los contratos específicos suscritos sí fijan un plazo de amortización vinculado al que se establece en el impuesto de sociedades, plazo que, como bien dice la sentencia recurrida, resulta razonable, por lo que debemos confirmar la negativa de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional a declarar la nulidad de la cláusula 1.2 del contrato tipo de trabajo”.

— Cláusula 1.3: «El Trabajador es responsable del equipo apropiado y el mantenimiento del lugar de trabajo en su domicilio privado (en adelante, "Home Office"). Asimismo, el Trabajador deberá cumplir las condiciones e instrucciones de uso y conservación establecidas por la empresa en cada momento en relación con todos los medios, equipos y herramientas detallados en el punto 1.1. de este Acuerdo». La sentencia recurrida declaró la validez de la cláusula. Recurre el CSIF. La STS confirma su validez.

“El artículo 21 LTD dispone que «Las personas trabajadoras deberán cumplir las condiciones e instrucciones de uso y conservación establecidas en la empresa en relación con los equipos o útiles informáticos, dentro de los términos que, en su caso, se establezcan en la negociación colectiva». Es claro, así, que el precepto legal impone a las personas trabajadoras la obligación legal de cumplir las condiciones e instrucciones de uso y conservación establecidas en la empresa, con lo que nada se puede objetar a la cláusula 1.3, que reproduce sustancialmente el mandato legal. Tampoco se puede objetar el inciso de esta cláusula que prevé que el trabajador es responsable del mantenimiento del equipo que se le ha facilitado, con independencia de que en supuestos concretos puedan surgir discrepancias entre las partes que se podrán resolver, en su caso, a través de los correspondientes procedimientos. Por lo demás, la negociación colectiva puede establecer los términos de todo lo anterior. Pero, frente a lo que parece defender el recurso y ya advirtiera la sentencia recurrida, si la negociación colectiva no interviene en la materia, ello no significa que la empresa no pueda establecer directrices al respecto, toda vez que, expresamente, el artículo 21 LTD hace referencia a «las condiciones e instrucciones de uso y conservación establecidas en la empresa» que las personas trabajadoras deben cumplir”.

— Cláusula 1.4, en particular el inciso: «El coste de reparación correspondiente correrá a cargo de la Empresa, salvo cuando los daños producidos a los medios

puestos a disposición deriven de una mala utilización por parte del Trabajador, en cuyo caso se podrá repercutir el coste de la reparación o los daños causados al Trabajador». La sentencia recurrida declaró la validez de la cláusula y del inciso. Recurre el CSIF. La STS confirma.

“Realmente, lo que el recurso cuestiona es la previsión que permite a la empresa repercutir sobre el trabajador el coste de la reparación o los daños causados cuando ello derive de «una mala utilización por parte del Trabajador». Pero, como bien dice la sentencia recurrida, la empresa tendrá que acreditar esa mala utilización, a lo que ha de añadirse que las controversias que se puedan producir entre las partes habrán de encauzarse, en su caso, por los procedimientos legalmente establecidos, sin que la posible existencia de estos litigios deba conducir, obviamente, a la declaración de nulidad de la cláusula 1.4”.

— Cláusula 1.6: «Igualmente, en el caso de que el Trabajador no devuelva los equipos de la Empresa, se le descontará del finiquito, o en su defecto, se le reclamará judicialmente». La sentencia recurrida declaró la validez. Recurre el CSIF. La STS confirma.

“La sentencia recurrida ha rechazado que dicha cláusula deba ser declarada nula porque, tratándose de medios propiedad del empresario, si no se devuelven al término de la relación contractual, lógico resulta que, por integrados en el patrimonio del trabajador, su valor (a estos efectos atendiendo a su depreciación conforme al ya citado Real Decreto 1777/2004) pueda ser objeto de compensación con las deudas salariales componentes del finiquito. El recurso aduce que la cláusula 1.6 no hace referencia a este Real Decreto. Pero ... los concretos contratos firmados por los trabajadores hacen referencia expresa a la «la tabla de amortización que publica el Ministerio de Hacienda» y que la sentencia recurrida afirma que se trata de los coeficientes de amortización del Reglamento del Impuesto sobre sociedades que aprueba el Real Decreto 1777/2004. En todo caso, las controversias que tengan las partes se podrán dilucidar por los procedimientos judiciales legalmente previstos. La propia cláusula 1.6 se refiere expresamente a las reclamaciones judiciales”.

— Cláusula 3.3: «No obstante lo anterior, durante las horas de trabajo en el Home Office y/o en lugares de trabajo fuera de la Empresa, el Trabajador debe asegurarse de encontrarse accesible por teléfono y por correo electrónico a través de su cuenta de Empresa». La sentencia recurrida declaró la validez. Recurre el CSIF. La STS confirma.

“El recurso parte de un equívoco que debemos clarificar. Según hemos reproducido, la cláusula 3.3 del contrato tipo de trabajo a distancia hace referencia al «correo electrónico a través de su cuenta de Empresa.» Esta es la redacción que consta en el contrato tipo de trabajo a distancia que da por reproducido el hecho probado primero y que, en todo caso, recoge en su literalidad el fundamento de derecho decimocuarto de la sentencia recurrida. Sin embargo, el recurso alude a que el contrato incluye la referencia al «correo electrónico personal». Ocurre que no es esta la redacción que consta en el contrato tipo, que no se menciona el correo electrónico «personal», sino la «cuenta de Empresa». Y obviamente la que tenemos que tener en cuenta es la redacción de la cláusula 3.3 que consta en los hechos probados y en el fundamento jurídico mencionado. Cuestión distinta es que si, en algún caso, el específico contrato suscrito por alguna persona trabajadora hiciera referencia al correo electrónico personal, ello se podrá impugnar por los procedimientos legalmente establecidos ... Las consideraciones anteriores conducen a rechazar la solicitud de que sea declarada nula la cláusula 3.3 del contrato tipo de trabajo a distancia, en la redacción que recoge el fundamento de derecho decimocuarto de la sentencia recurrida”.

IX. Comentario

La LTD española (en línea con el Acuerdo marco europeo sobre teletrabajo suscrito el 16 de julio de 2002 por los agentes sociales a nivel comunitario) construye

su regulación sobre el principio de voluntariedad (al que dedica un capítulo entero, artículos 5 a 8). En garantía de ese principio, la LTD exige forma escrita para el acuerdo de trabajo a distancia. Se trata de una forma que, como hemos expresado en anterior ocasión, es una forma *ad constitutionem*, de manera que el acuerdo verbal de trabajo a distancia sería nulo, sin que en ningún caso la nulidad de ese acuerdo implique la nulidad del contrato de trabajo pues este es válido con independencia de su forma. Así las cosas, la empresa no podría exigir a la persona trabajadora el cumplimiento de un acuerdo verbal de trabajo a distancia, mientras que la persona trabajadora podrá optar entre reclamar en cualquier momento la prestación de servicios presencial, incluso cuando hubiera comenzado a trabajar a distancia, o aceptar su realización, y en ese caso no se podría privar a la persona trabajadora de los derechos que le correspondan por la realización del trabajo a distancia (sobre esta cuestión, véase más ampliamente: LOUSADA AROCHENA, J.F. / PAZOS PÉREZ, A. / RON LATAS, R.P.: *Trabajo a distancia y teletrabajo. Regulación laboral, procesal y de seguridad social; teletrabajo transnacional*, Editorial Tecnos, Madrid, 2022).

No solo se exige una forma escrita para el acuerdo de trabajo a distancia. También se exige un contenido mínimo contemplado en el artículo 7 de la LTD, aunque, obviamente, el incumplimiento de ese contenido no debería tener la consecuencia de la nulidad del acuerdo cuando en la medida de lo posible se puedan completar las lagunas de contenido.

Dada la importancia de la forma escrita y de la exigencia de un contenido mínimo, en ambos casos con consecuencias jurídicas relevantes, es habitual la práctica en empresas cuya actividad incluya la utilización del teletrabajo, de establecer acuerdos tipo para el reclutamiento de personas teletrabajadoras. Al suponer una contratación en masa, emerge el aspecto colectivo que da pie a que esos acuerdos tipo puedan ser objeto del proceso de conflicto colectivo. Que es el contexto en el cual se ha dictado la STS objeto de comentario.

Bajo este contexto procesal, la STS analiza todas y cada una de las cláusulas impugnadas para decidir si la cláusula se puede poner, o no, en un acuerdo tipo de teletrabajo. Ahora bien, las argumentaciones usadas para enjuiciar esa cuestión permiten deducir por derivación lo que se puede poner, o no, en un acuerdo individual de teletrabajo.

Derivación en positivo: Si una cláusula se puede poner en el acuerdo tipo de teletrabajo, también se puede poner en el acuerdo individual de teletrabajo, como son las cláusulas 1.3 sobre responsabilidad del teletrabajador en el uso del equipo, 1.4 sobre asunción del coste de reparación por mala utilización y 1.6 sobre devolución del equipo.

En algunos casos, aunque se admite la validez de la cláusula, la STS recomienda una mayor concreción y, si no se cumple, deja a salvo reclamaciones frente al acuerdo individual. Así, las cláusulas 2, sobre compensación de gastos, y 3.4, sobre facilitación de contacto para situaciones de urgencia, son declaradas válidas con esas precisiones.

Con una matización: Cuando se ha admitido la validez de una cláusula genérica del acuerdo tipo porque la empresa ha acreditado que en los acuerdos individuales suscritos se ha concretado, en cuyo caso la cuestión se sale del objeto de un conflicto colectivo y la STS no puede entrar en la cuestión. Al decidir esto, el TS está diciendo indirectamente que lo que se ha puesto en el acuerdo tipo no se podría poner en el individual. En este sentido, cuando se declara la validez de la cláusula 1.1, sobre equipos entregados a la persona teletrabajadora, o de la cláusula 1.2, sobre vida útil estimada de los equipos, es porque consta que en los acuerdos individuales suscritos por la empresa si se especifican los equipos entregados, así como su vida útil conforme a un criterio razonable. Luego, la cláusula genérica vale para el acuerdo tipo, pero no valdría para el acuerdo individual.

Derivación en negativo: Si una cláusula no se puede poner en el acuerdo tipo de teletrabajo, tampoco se puede poner en el acuerdo individual de teletrabajo. En este sentido, se ha declarado la nulidad de una parte de la cláusula 6.1 por enumerar los supuestos en que el teletrabajador puede revertir el teletrabajo, lo que se ha interpretado como una limitación a la facultad de reversión del teletrabajador, así como de la totalidad de la cláusula 6.3 por establecer que, si la empresa es la que revierte, nada le puede reclamar el teletrabajador. Luego, tampoco estas cláusulas caben en un acuerdo individual.

La cláusula 3.3 sobre la obligación del trabajador de encontrarse accesible por teléfono y por correo electrónico a través de su cuenta de empresa, se ha declarado válida, pero si la obligación fuese la de encontrarse accesible a través de su teléfono y correo electrónico personales, la STS deja claro que la cláusula del acuerdo sería nula, y ello sería así tanto si es el acuerdo tipo, que es lo que se aclara en la STS, como si es el individual.

Con una matización: Cuando se ha declarado la nulidad de una cláusula del acuerdo tipo por motivos distintos a su contenido, es evidente que su contenido se podría poner tanto en ese acuerdo como en el individual. Es el caso de la cláusula 3.6, últimos párrafos, sobre la desconexión digital, pues la cláusula se ha anulado por no haberse negociado con la representación del personal. Luego, su contenido, si se hubiera negociado, sería válido.

X. Apunte final

La STS comentada supone una concreción importante con respecto a lo qué se puede poner, y qué no, en un acuerdo tipo de teletrabajo y, por derivación según hemos explicado, en un acuerdo individual de teletrabajo. Aunque, obviamente, solo en relación a las cláusulas objeto de enjuiciamiento en el caso, pues una resolución judicial no es una norma jurídica que pueda abordar con generalidad todas las cuestiones. Por ello, estaremos pendientes de que en nuevas sentencias se avance en el camino iniciado por esta en orden clarificar el contenido mínimo recogido en el artículo 7 de la Ley de trabajo a distancia.

§ 38 La negociación del convenio colectivo de franja y el margen de libertad para las partes negociadoras.

Francisco A. Vila Tierno

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga.

Resumen: La cuestión principal consiste en determinar si, como indica la parte demandante, debió negociarse un convenio colectivo de franja porque el único convenio existente sin convenio en la empresa Ryanair DAC son los tripulantes de cabina, de manera que la negociación de un convenio de empresa no es posible, lo que determina la nulidad ab initio de la comisión negociadora constituida por no haber ido precedida de las preceptivas asambleas de trabajadores; o si, como sostienen la empresa y el sindicato demandado, la comisión negociadora se ha constituido válidamente porque: 1) las partes gozan de libertad a la hora de fijar la unidad de negociación, siempre que sea razonable, exista acuerdo y no tenga afectación en el principio de no concurrencia; 2) en la empresa existen tres colectivos diferenciados - tripulantes de cabina, instructores y examinadores-; y 3) siempre se manifestó por el sindicato promotor que el objeto de la negociación sería un convenio colectivo de empresa, nunca un convenio colectivo de franja.

Palabras clave: La negociación del convenio colectivo de franja y el margen de libertad para las partes negociadoras.

Abstract: La questione principale è se, come sostiene la ricorrente, si sarebbe dovuto negoziare un contratto collettivo fringe, in quanto l'unico gruppo che non ha un contratto collettivo di lavoro in Ryanair DAC è il personale di cabina, per cui non è possibile negoziare un contratto collettivo di lavoro aziendale, il che rende la delegazione di negoziazione istituita nulla ab initio perché non è stata preceduta dalle assemblee obbligatorie dei lavoratori; oppure se, come sostengono la società e il sindacato convenuto, la delegazione di negoziazione è stata validamente istituita perché: 1) le parti sono libere di determinare l'unità di contrattazione, purché sia ragionevole, vi sia accordo e non incida sul principio di non concorrenza; 2) nella compagnia esistono tre gruppi distinti - personale di cabina, istruttori ed esaminatori; e 3) il sindacato promotore ha sempre dichiarato che l'oggetto della contrattazione sarebbe stato un contratto collettivo aziendale, mai un contratto collettivo di lavoro fringe.

Keywords: Contratto collettivo. Contratto collettivo di lavoro aziendale. Contratto collettivo di lavoro fringe.

I. Introducción

Se presenta, en la sentencia objeto de análisis, un tema de extraordinario interés que viene vinculado a dos extremos: la libertad de las partes para fijar el objeto de la negociación y la legitimación de las partes a estos efectos.

La cuestión, en este supuesto, reviste un carácter particular, en tanto que se refiere, de manera concreta, a un producto de la negociación que no sigue las reglas ordinarias de legitimación y desarrollo del proceso, ya que, como en este caso, cuando estamos ante un posible convenio colectivo de franja, se tienen que cumplir determinados requisitos para otorgar la capacidad negociadora al banco social.

Debe tenerse presente, a estos efectos, que el legislador español es muy restrictivo a la hora de delimitar quienes son los sujetos negociadores que pueden elaborar un convenio colectivo estatutario ^[1]. Y es que en el proceso de negociación de un convenio colectivo de esta naturaleza lo que se está haciendo, en esencia, es regular una norma jurídica, cuya eficacia se va a desplegar en el ámbito en el que hayan determinado las partes, de ahí la importancia de la delimitación de los sujetos que pueden negociar. En este sentido, es la misma CE la que reconoce fuerza vinculante a la negociación colectiva (art. 37) ^[2], si bien, según concreta el legislador ordinario, la eficacia normativa y erga omnes solo será imputable a aquel convenio cuya tramitación se realiza de acuerdo con unas garantías del Título III ET. Piénsese que el art. 3 ET, al enumerar las fuentes de la relación laboral e incluir el convenio colectivo entre ellas -consecuencia, como se ha advertido, de su reconocimiento constitucional-, permite delimitar el tipo de acuerdo colectivo al que se le da eficacia normativa y general y, en consecuencia, los presupuestos que se exigen para su elaboración. Requisitos que comienzan por la concreción excluyente de las partes negociadoras.

En este contexto, respecto a los sujetos, atendiendo a las reglas específicamente establecidas en los arts. 87 y 88 ET.^[3]

En este sentido, el art. 87.1 in fine dispone una regla especial para negociar los denominados convenios colectivos franja^[4] - a los que luego nos referiremos para explicar el razonamiento del fallo-, por lo que, si estamos ante este tipo de negociación y no se han cumplido con los requisitos de legitimación, de manera que en el proceso negociador aparece un sujeto que cumple lo dispuesto en tal precepto, no solamente es que carezca de legitimación negociadora desde un punto de vista formal, sino que, además, en cuanto al fondo, lo relevante es que no pueden formalizar un convenio de naturaleza estatutaria. La consecuencia es que el producto de un proceso negociador que estuviera protagonizado por cualquier sujeto distinto a los allí contemplados carecería de la eficacia propia de un convenio del Título III ET.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Audiencia Nacional, Sala de Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 45/2025, de 25 de marzo.

Tipo y número de procedimiento: procedimiento de conflicto colectivo núm. 218/2024.

ECLI:ES:AN:2025:1342

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Gil Plana.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión principal objeto de controversia es simple y viene perfectamente delimitada en el Fundamento Jurídico Quinto de la Sentencia. Se trata, en síntesis, de precisar si debió negociarse un convenio colectivo de franja y si, al no haberse hecho de este modo, esto es, con las necesarias asambleas previas de trabajadores, si debe entenderse que la constitución de la mesa de negociación adolece de un vicio que determina su nulidad. El debate, por tanto, se centra en dilucidar si las partes tienen libertad para definir la unidad de negociación siempre que ello sea razonable.

A estos efectos, se deben tener presente varios elementos que coinciden con los hechos probados:

- Las relaciones de los pilotos de Ryanair DAC, se rigen por su propio convenio colectivo (HP 1), no existiendo equivalente para los Tripulantes de Cabina;
- Según los HH.PP. cuarto, quinto y sexto, para ser instructor es necesario ser tripulante de cabina, y para ser examinador hay que ser instructor. Pero no se pierde la condición de tripulante de cabina. La diferencia es que se asumen nuevas funciones, se percibe un complemento y una formación específica;
- La dirección de la empresa manifiesta, tras consulta de USO, que se va a negociar un convenio franja, entendiendo que afectará solo a los tripulantes de cabina, a pesar de lo que CCOO defiende que este es el único colectivo que carece de convenio, por lo que cabe la negociación de un convenio de empresa (HH.PP. 11,12 y 13).

“En consecuencia con lo anterior, lo determinante será dilucidar si en el momento de constituirse la mesa negociadora existían en la empresa demandada varios colectivos -tripulantes de cabina, instructores y examinadores- susceptibles de ver regulada sus condiciones de trabajo o, por el contrario, sólo existía un único colectivo posible -el de los tripulantes de cabina de pasajeros-“. Queda así, de esta forma, completamente delimitada la cuestión debatida.

IV. Posición de las partes

Frente a la posición de la parte actora, el sindicato USO, que defiende que estamos ante un convenio colectivo franja porque afecta a un colectivo concreto y único de personas trabajadoras -lo que exige la realización previa de asamblea de trabajadores para otorgar la legitimación inicial y su ausencia determina la nulidad de lo actuado por la comisión negociadora constituida sin aquel requisito-, tanto la empresa como el sindicato demandado, CC.OO., entienden que “estamos ante una mesade negociación válidamente constituida porque, en primer lugar, las partes gozan de libertad a la hora de fijarla unidad de negociación, siempre que sea razonable, exista acuerdo y no tenga afectación en el principio de no concurrencia; en segundo lugar, en la empresa existen tres colectivos diferenciados -tripulantes de cabina, instructores y examinadores-; en tercer lugar, que siempre se manifestó por el sindicato promotor que el objeto de la negociación sería un convenio de empresa nunca un convenio franja”.

V. Normativa aplicable al caso

El precepto principal sobre el que gira el debate es el art. 87.1 in fine ET que dispone lo siguiente:

“[...] En los convenios dirigidos a un grupo de trabajadores con perfil profesional específico, estarán legitimadas para negociar las secciones sindicales que hayan sido designadas mayoritariamente por sus representados a través de votación personal, libre, directa y secreta”.

De manera complementaria pueden citarse los siguientes preceptos:

-Art. 83.1 ET: "Unidades de negociación.

1. Los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden".

-Art. 82 ET: "Concepto y eficacia.

1. Los convenios colectivos, como resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los trabajadores y de los empresarios, constituyen la expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva.

2. Mediante los convenios colectivos, y en su ámbito correspondiente, los trabajadores y empresarios regulan las condiciones de trabajo y de productividad (...)

3. Los convenios colectivos regulados por esta ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación (...)"

VI. Doctrina básica

La doctrina básica en la que se basa la Audiencia Nacional para alcanzar el fallo de la sentencia, se especifica de manera clara en el fundamento jurídico quinto cuando se hace eco de lo defendido por el TS: "en el caso de los convenios franja, la regla del último párrafo del art. 87.1 ET implica el abandono del parámetro de medición de la representatividad por la vía de las elecciones sindicales. Y esto se explica porque a éstas no se desarrollan de modo disociado en atención a la pertenencia al grupo profesional. Por consiguiente, los resultados de tales elecciones no permitirían establecer el nivel de representatividad de los sindicatos en el ámbito del convenio de franja. De ahí que la ley imponga una votación a la que puedan concurrir como electores los trabajadores que ostenten las condiciones que definen su pertenencia al grupo cuyo perfil determina el ámbito del convenio, de suerte que sean esos trabajadores exclusivamente los que elijan a las secciones sindicales a las que otorgan la legitimación para negociar dicho convenio" [STS de 26 de noviembre de 2015 (Rec. 317/2014)]".

A partir de aquí se alcanza una conclusión clave: no se discute sobre la libertad de elección de la unidad de negociación, cuando únicamente existe un único colectivo al que se le vaya a aplicar el convenio que se pretende negociar, en cuyo caso, sólo cabe la negociación de un convenio franja conforme a los requisitos del art. 87.1 ET y, si no se aplica en estos términos, lo negociado carecerá de validez.

VII. Parte dispositiva

Tras la doctrina señalada, la SAN-SOC núm. 45/2025, de 25 de marzo, falla en el siguiente sentido: "Declaramos la nulidad de la constitución de la mesa negociadora del I Convenio Colectivo de Tripulantes de Cabina de Pasajeros en Ryanair DAC, de fecha 30 de abril de 2024; condenando a la empresa RYANAIR DAC y al sindicato Comisiones Obreras (CCOO) a estar y pasar por dicha declaración.

Declaramos la nulidad de todos los acuerdos tomados por mesa negociadora del I Convenio Colectivo de Tripulantes de Cabina de Pasajeros en Ryanair DAC; condenando a la empresa RYANAIR DAC y al sindicato Comisiones Obreras (CCOO) a estar y pasar por dicha declaración".

VIII. Pasajes decisivos

La primera y fundamental afirmación que realiza la sentencia es la siguiente, en cuanto que resulta esencial para el fallo de la misma:

- "Sucedee, no obstante, que no estamos en puridad ante un problema de libertad de elección de la unidad de negociación, sino ante la necesaria concreción de si a la vista de los trabajadores que están sin convenio en la empresa Ryanair DAC se puede verificar dicha libertad de elección, o dicho de otra manera, si tienen los negociadores capacidad para elegir

entre varias unidades de negociación posible; dado que si solo existe un colectivo cuyas condiciones pueden ser objeto de regulación, resulta meridianamente claro que las partes carecen de la posibilidad de elegir, al no existir al menos dos opciones posibles; de suerte que si lo que se negocia tiene como ámbito personal a un colectivo de trabajadores con perfil profesional específico, lo único que se puede negociar es un convenio de franja".

Junto a ello, se aclara que:

- "No habiéndose acreditado la realización de las preceptivas y previas asambleas de los trabajadores debemos declarar la nulidad de la constitución de la mesa de negociación del del I Convenio Colectivo de Empresa de Ryanair (...) Estimada la nulidad de la constitución de la mesa de negociación, esta Sala debe declarar la nulidad de todo lo acordado en el proceso negociador".

Por último, respecto a la libertad de elección de las partes de la unidad de negociación, se concreta lo que a continuación se reproduce:

- "Esta Sala en innumerables resoluciones, por nuestra sentencia de 17 de febrero de 2025 (Prod. 339/2024) tiene dicho, concita jurisprudencial, que si bien el artículo 83.1 del ET ha establecido que "los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden", de manera que, en principio, son los promotores del proceso de negociación los que libremente concretan dicha unidad de negociación; la jurisprudencia de forma reiterada, por todas la STS de 30 de diciembre de 2015 (Rec. 255/2014), nos recuerda que "la doctrina del Tribunal Constitucional (sentencia 136/1987, de 22 de julio) nos dice que las partes negociadoras de un convenio colectivo no gozan de libertad absoluta para delimitar su ámbito de aplicación, sino que, antes al contrario, la negociación colectiva de eficacia general está sujeta a muy diversos límites y requisitos legales, pues no en balde produce efectos entre «todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su campo de aplicación», como prescribe el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores . Estas limitaciones tienen su fundamento constitucional en el artículo 37.1 de la norma suprema, que encomienda a la ley el papel de garantizar «el derecho a la negociación colectiva laboral»" y "alcanzan también a la determinación del ámbito de aplicación del convenio colectivo, aspecto este que debe ser resuelto por las partes negociadoras respetando en todo caso los imperativos constitucionales y legales". De ahí que, con cita de la STS de 21 de diciembre de 2010 (Rec.208/2009), se nos advierte que "no puede manipularse el ámbito de negociación de un convenio colectivo de forma carente de justificación objetiva, irrazonable o desproporcionada, con las anexionaciones forzadas al ámbito de una negociación de sectores ajenos a la misma, respecto a los cuales las partes negociadoras carecen de representatividad y que no reúnen unos requisitos mínimos de homogeneidad y coherencia con el resto del ámbito de aplicación". Más modernamente, la STS de 8 de enero de 2020 (Rec. 129/2018), reiterando doctrina contenida en la STS de 18 de diciembre de 2002 (Rec. 1154/2001), establece que "los convenios tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden", afirmación que está sujeta a diversos límites. El primero y principal que se respeten las reglas de legitimación para negociar; esto es, que quienes delimiten la unidad de negociación lo puedan hacer porque ostentan la representatividad exigida por los artículos 87 y 88 ET . Que se trate de unidades de negociación apropiadas y

razonables [...]; que la unidad de negociación no esté condicionada por los pactos que sobre la estructura negociadora hayan podido suscribir las asociaciones empresariales y sindicatos más representativos al amparo del artículo 83.2 ET y siempre que se respete el principio de no concurrencia de convenios colectivos tal como se expresa en el artículo 84.1 del Estatuto de los Trabajadores”.

IX. Comentario

En primer lugar, los convenios franja son un tipo de convenio colectivo cuya característica principal radica en su ámbito de aplicación, limitado a una categoría o grupo profesional concreto, en el que concurre un interés diferenciado del resto del colectivo laboral de referencia ^[5]. No son, por tanto, un tipo de convenio que, como la mayoría, tiene un alcance generalista, sino más restringido vinculado a un determinado perfil profesional y conectado a una serie de caracteres que lo diferencian de otros.

En este sentido y, en segundo término, debemos de recordar que el ET establece un triple filtro de representatividad para fijar la legitimación negociadora ^[6] que tiene unas reglas de medición establecidas en los arts. 87, 88 y 89 ET, si bien, “El párrafo 4º del artículo 87.1 ET viene a establecer unos requisitos de legitimación específicos, al establecer que estarán legitimadas las secciones sindicales que hayan sido designadas mayoritariamente por sus representados, a través de votación personal, libre, directa y secreta. Se trata pues de un mecanismo de legitimación que se basa en la designación por los propios representados, que podrán designar a una o conjuntamente a varias secciones sindicales, siendo “representados” todos los trabajadores de la franja”.^[7]

Esto es, habiéndose distinguido a estos trabajadores de otros como para ser objeto de una negociación diferenciada, el legislador entiende también que la forma de designar a sus legítimos representantes para la defensa de sus intereses, debe ser también diferente para garantizar, precisamente, que esos intereses sean defendidos por aquellos a los que los representados han otorgado una confianza específica, que no puede medirse a través de los mecanismos de representación legal o sindical general para todas las personas trabajadoras.

Pero esta concreción implica que, al tiempo, las partes no sean autónomas o libres para elegir si quieren negociar un convenio de empresa o uno de franja porque, en el supuesto en el que el ámbito subjetivo esté conformado por un colectivo profesional único y diferenciado que puede ser objeto de un convenio de tal naturaleza (franja), ya no cabría del de un ámbito más extenso y generalizado como el de empresa, pensado para todos los colectivos de trabajadores y no sólo uno.

Ello supone, por tanto, que, fijado este ámbito, la unidad negociadora deviene por sí misma, sin que las partes tengan libertad al respecto, ya que, como se ha afirmado de manera reiterada, las reglas de legitimación son normas de orden público que no están en manos de los sujetos negociadores. ^[8]

En consecuencia, lo negociado al margen de las reglas del Título III ET debe, necesariamente, entenderse como nulo, ya que “Para que el convenio colectivo tenga la naturaleza estatutaria y el carácter de norma jurídica de afectación general tiene que haber sido negociado cumpliendo las exigencias contenidas sobre la negociación colectiva en el Título III ET” ^[9]. Y, desconocer los requisitos de legitimación no pueden tener otros efectos: “Por todo lo razonado procede la estimación de este motivo de recurso y declarar la nulidad del V Convenio Colectivo (...) por vulnerar las previsiones contenidas en los artículos 87.1 y 88 del ET” (STS 169/2018, de 19 de febrero). ^[10]

X. Apunte final

Al margen de la cuestión principal, se resuelven en la presente sentencia otras cuestiones incidentales que, no obstante, también tienen su relevancia.

Lo más destacado, al respecto, es que se interesa una doble excepción de inadecuación de procedimiento, y, subsidiariamente, de impugnación de convenio colectivo. En este sentido se defiende, en primer lugar, que se debería haber formulado una pretensión de tutela y, en segundo lugar, que no se podría defender, en ningún caso, que estemos ante una pretensión de conflicto colectivo.

No obstante, “Esta Sala para resolver esta primera excepción debe traer aquí la jurisprudencia asentada en la delimitación del objeto de la modalidad procedimental de tutela de derechos fundamentales [por todas, la STS de 19 de enero de 2022 (Rec. 205/2021)], en la que se establece las siguientes consideraciones:

a) El carácter potestativo de acudir a esta modalidad procedimental, al señalarse que “la vía preferente y sumaria del proceso especial de tutela es optativa para sindicatos y trabajadores, que también pueden impugnar la conducta que entienden lesiva de su derecho fundamental por el cauce del proceso ordinario o de las otras modalidades procesales que enumera el artículo 184 LRJS”.

b) El elemento determinante de la correcta utilización de esta modalidad es la configuración de la pretensión que se tiene que basar en la posible existencia de una lesión de un derecho fundamental, de suerte que “lo decisivo a efectos de la adecuación del procedimiento, no es que la pretensión deducida esté correctamente fundada y deba ser estimada, sino que formalmente se sustancie como una pretensión de tutela, es decir, que se afirme por el demandante la existencia de una violación de un derecho fundamental”.

Si las pretensiones del suplico del sindicato demandante se concretan en la solicitud nulidad de la constitución de una mesa negociadora de un convenio colectivo al amparo de lo previsto en una norma legal, el artículo 87.1 del ET, es correcto, por tanto, su reclamación por la vía de conflicto colectivo.

De otra parte, se discute sobre la oportunidad de formular el pleito a través de la vía de la impugnación de convenio. Pero la pretensión es, insistimos, una indebida aplicación de un precepto legal, el artículo 87.1 ET, “que se sitúa en un momento previo a la existencia del convenio, como es la constitución de la mesa negociadora; controversia que nada tiene que ver con el objeto procesal de la impugnación de convenio que se produce una vez que el convenio está aprobado y, lo que resulta fundamental, se refiere a que su contenido lesiona la legalidad vigente o los intereses de terceros”.

Siendo, por tanto, el cauce procesal utilizado el idóneo, puede la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional pronunciarse sobre la cuestión principal objeto de debate y que es absolutamente clarificada en la sentencia analizada: si el ámbito subjetivo del convenio se corresponde con un colectivo profesional específico, deben seguirse las pautas y reglas de negociación como un convenio franja, resultando que, si se ignoran tales prerrogativas, debe entenderse nulo todo lo actuado desde que se detecta el vici

Referencias:

1. ^ VILA TIERNO, F. “Legitimación negocial de secciones sindicales con implantación” *Revista de Jurisprudencia Laboral* - Número 6/202, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2023-00000002485.
2. ^ Vid. las bases constitucionales de este derecho, v.gr. VALDÉS DAL RÉ, F. “El derecho a la Negociación colectiva en la jurisprudencia constitucional

- española”, *Revista de Derechos Fundamentales - Universidad Viña Del Mar* - núm 5 (2011), págs. 129-150.
3. ^ VILA TIERNO, F. y CASTRO MEDINA, R. “La negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna: Panorama tras el RDL 32/2021”, *Revista crítica de relaciones de trabajo, Laborum*, Nº. 4 (3er Trimestre 2022), 2022, págs. 71-96.
 4. ^ NOGUEIRA GUASTAVINO, M. “La legitimación negocial en la franja o grupo de trabajadores con perfil profesional específico”, en VV.AA. *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales* (coord. por Jesús Cruz Villalón, María Remedios Menéndez Calvo, Magdalena Nogueira Guastavino), 2017, págs. 453-476.
 5. ^ Fuentes Rodríguez, F. *Los convenios colectivos de franja*, Tecnos, 2005.
 6. ^ Vid. CANALDA CRIADO, S. “La triple legitimación negociadora de los convenios colectivos de empresa: diferencias entre órganos unitarios y secciones sindicales”, *Temas Laborales*, núm 152/2020, págs. 139 y ss.
 7. ^ OLARTE ENCABO, S. “Legitimación representativa en la negociación colectiva: reglas legales en el marco del cambio de modelo”, *Temas Laborales*, núm. 120/2013. Págs. 483-508.
 8. ^ QUESADA SEGURA, R. y VILA TIERNO, F. *El procedimiento de negociación del convenio colectivo: un estudio jurisprudencial*, Editorial Comares, 2002
 9. ^ DE HEREDIA RUIZ, I.B. “Convenio colectivo de empresa y nulidad por ruptura del principio de correspondencia”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, <https://ignasibeltran.com/2016/11/09/convenio-colectivo-de-empresa-y-nulidad-por-ruptura-del-principio-de-correspondencia/>
 10. ^ Como expresamente se ha señalado: “Este mapa de la representación social en la empresa, nos sitúa ante los protagonistas, en nombre de los intereses de los trabajadores, también en el marco de la negociación colectiva. En este sentido, la posibilidad de suscribir un convenio colectivo estatutario, como hemos adelantado, se circunscribe a estos sujetos y de acuerdo con los caracteres definidos. A partir de tal delimitación, se pueden deducir varias conclusiones provisionales:a) Se trata de una enumeración excluyente, en tanto que no caben otros sujetos;b) Deben actuar, de manera diferenciada uno y otro tipo de representación, de acuerdo con su naturaleza y el marco legal de referencia;c) Para la toma de decisiones se debe conformar su voluntad atendiendo, de igual modo, a su naturaleza y marco legal de referencia;d) Debe acreditarse suficientemente su representatividad para el ejercicio de su actividad negocial y ello, conforme a los plazos y los modos en los que se determinan los diferentes niveles de legitimación”.VILA TIERNO, F. *Cuestiones actuales en materia de negociación colectiva: Al hilo de la reforma laboral del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022.

§ 39 ¿Hay algún caso en que el disfrute acumulado del permiso por cuidado de lactante continúe supeditado a los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo individual alcanzado con la empresa?

María Areta Martínez

Secretaria de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos

Resumen: El artículo 56 del VIII Convenio Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal, que fue suscrito el 3 de marzo de 2023 y publicado en el BOE el 9 de junio de 2023, reconoce al personal un permiso retribuido de 1 hora diaria para el cuidado de hijo/a lactante menor de 12 meses, que podrá sustituir por una reducción de la jornada diaria de 1 hora o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en el acuerdo alcanzado con la empresa. La SAN-SOC núm. 49/2025, de 4 de abril, señala que, tras la reforma del artículo 37.4 del ET operada por el Real Decreto-ley 2/2024, solo las mejoras convencionales precisan de acuerdo con la empresa para concretar sus términos de disfrute. En este sentido, la acumulación del permiso de lactancia hasta los 9 meses de edad del lactante pasa a ser automática, mientras que entre los 9 y 12 meses de edad del lactante (mejora convencional) no es automática, sino que queda condicionada a los términos previstos en el acuerdo al que la persona trabajadora llegue con la empresa.

Palabras clave: Permiso por cuidado de lactante. Acumulación en jornadas completas. Mejoras previstas en convenio colectivo.

I. Introducción

Las páginas que siguen a continuación tienen por objeto comentar los Antecedentes de Hecho, los Fundamentos de Derecho y el Fallo de la SAN-SOC núm. 49/2025, de 4 de abril (ECLI:ES:AN:2025:1670), que resuelve demanda de conflicto colectivo interpuesta por la Federación de Sanidad y Sectores Sociosanitarios de Comisiones Obreras (FSS-CCOO) y Comisiones Obreras de Hábitat contra: 1) la Federación Empresarial de Asistencia a la Dependencia (FED), 2) la Asociación de Empresas de Servicios para la Dependencia (AESTE), 3) la Federación de Residencias y Servicios de Atención a los Mayores –Sector Solidario– (LARES), 4) la Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASAD) y 5) el Círculo Empresarial de Atención a las Personas (CEAPS). La Federación de Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores (FeSP-UGT) se adhiere a la demanda.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 49/2025, de 4 de abril.

Tipo y número de procedimiento: demanda de conflicto colectivo núm. 410/2024.

ECLI:ES:AN:2025:1670.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Piñonosa Ros.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El VIII Convenio Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal fue suscrito el 3 de marzo de 2023 y publicado en el BOE el 9 de junio de 2023. Aunque su artículo 4 contempla una vigencia de 7 años (del 1 de enero de 2019 al 31 de diciembre de 2025), la disposición adicional precisa que los efectos del articulado se apliquen desde el 1 de enero de 2023. El artículo 56 del Convenio Colectivo regula los supuestos de reducción de jornada por motivos familiares, entre los que figura un permiso retribuido de 1 hora diaria por lactancia de hijo/a menor de 12 meses. La persona trabajadora puede sustituir este permiso por una reducción de la jornada diaria en 1 hora o acumularlo en jornadas completas *en los términos previstos en el acuerdo a que se llegue con la empresa*. La redacción del artículo 56 del Convenio Colectivo, que es anterior a la reforma del artículo 37.4 del ET operada por el Real Decreto-ley 2/2024^[1], sigue vigente.

Antes de la reforma de 2024, el artículo 37.4.párrafo 1º del ET reconocía a la persona trabajadora el derecho a un permiso retribuido de una hora diaria para el cuidado de lactante menor de 9 meses. El artículo 37.4.párrafo 2º del ET contemplaba la posibilidad de sustituirlo por alguna de las dos medidas siguientes: 1) la reducción de la jornada diaria en media hora, con reducción proporcional del salario, o 2) la acumulación del permiso en jornadas completas. El disfrute de cualquiera de las dos medidas sustitutorias es decisión de la persona trabajadora y quedaba supeditado a *los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con la empresa respetando, en su caso, lo establecido en aquella*. Además, el artículo 37.4.párrafo 4º del ET reconocía el derecho a reducir la jornada diaria en media hora entre los 9 y 12 meses de edad del lactante siempre que ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores lo disfrutasen en corresponsabilidad, con la misma duración y régimen. Dentro de este marco legal, el artículo 56 del VIII Convenio Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal se configuraba como norma más favorable en los términos que siguen a continuación:

- Ampliación convencional del periodo temporal de disfrute del permiso retribuido de 1 hora diaria en tres meses, hasta que el lactante (hijo/a) cumpla 12 meses de edad.
- Ampliación convencional del periodo de disfrute de las dos medidas sustitutorias del permiso retribuido (reducción de jornada y acumulación del permiso en jornadas completas) en tres meses, hasta que el lactante (hijo/a) cumpla 12 meses de edad.
- Ampliación convencional de la duración de la reducción de la jornada diaria, como alternativa al permiso retribuido, en media hora, pasando de 30 minutos (duración legal) a 1 hora diaria. La reducción de la jornada diaria en 1 hora y hasta que el lactante (hijo/a) cumpla 12 meses, prevista en el artículo 56 del Convenio Colectivo, parece solaparse con la reducción de la jornada diaria del artículo 37.4.párrafo 4º del ET cuando el lactante tiene entre 9 y 12 meses. Sin embargo, la reducción de jornada

convencional, a diferencia de la legal: 1) es de 1 hora, no media hora; 2) no exige su disfrute de manera corresponsable, pudiendo hacer uso de ella uno solo de los progenitores; y 3) se configura como medida alternativa al permiso retribuido, no tras finalizar el permiso retribuido.

Conviene destacar un aspecto del lactante como sujeto causante: el artículo 56 del Convenio Colectivo señala que ha de ser hijo/a de la persona trabajadora, mientras que el artículo 37.4.párrafo 1º del ET precisa que también puede ser un menor acogido o en régimen de guarda con fines de adopción. Por tanto, cabría entender que la ampliación convencional de las medidas para el cuidado del lactante resulta operativa cuando este sea hijo/a de la persona trabajadora; dicho de otro modo: si el lactante es un menor acogido o un menor en régimen de guarda con fines de adopción, tanto el permiso retribuido como las medidas sustitutorias (reducción de jornada, acumulación del permiso) podrán disfrutarse hasta que cumpla los 9 meses de edad, ex artículo 37.4.párrafos 1º y 2º ET; y entre los 9 y 12 meses de edad del lactante solo cabría el disfrute de una reducción de la jornada diaria de media hora, ex artículo 37.4.párrafo 4º del ET, siempre que ambos acogedores o guardadores trabajen y la disfruten de manera corresponsable. En definitiva, el Convenio Colectivo no se configura *stricto sensu* como norma más favorable, ex artículo 3.5 del ET, cuando el lactante es un menor acogido o en régimen de guarda con fines de adopción.

Tras la reforma de 2024, llevada a cabo por el Real Decreto-ley 2/2024 y en vigor desde el 23 de mayo de 2024, el artículo 37.4.párrafo 1º del ET sigue contemplando el derecho de toda persona trabajadora a un permiso retribuido de 1 hora diaria para el cuidado de lactante menor de 9 meses de edad. Igualmente, el artículo 37.4.párrafo 2º del ET sigue contemplando la posibilidad de sustituir el permiso por una reducción de jornada diaria en media hora o de acumularlo en jornadas completas. La novedad es que el disfrute de cualquiera de las dos medidas sustitutorias del permiso ya no queda supeditado a los términos previstos en la negociación colectiva o en acuerdo individual con la empresa, pasando a configurarse como derecho de la persona trabajadora.

La SAN-SOC núm. 49/2025, que ahora se comenta, resuelve una demanda de conflicto colectivo cuya cuestión de fondo pasa por determinar el significado y alcance del artículo 56 del referido Convenio Colectivo tras la reforma del artículo 37.4 del ET operada por el Real Decreto-ley 2/2024. Centrado el conflicto en la acumulación del permiso de lactancia en jornadas completas, queda claro que la previsión convencional de supeditarla al acuerdo individual con la empresa cuando el lactante es menor de 9 meses ha perdido toda virtualidad, por resultar contraria al vigente artículo 37.4.párrafo 2º del ET, debiendo reconocerse directamente; esa no es la cuestión. La cuestión de fondo consiste en clarificar si la acumulación del permiso de lactancia en jornadas completas para el cuidado de hijo/a lactante de entre 9 y 12 meses de edad debe reconocerse también directamente o, por el contrario, continúa supeditada a los términos fijados en el acuerdo adoptado con la empresa. La Sentencia expresa con meridiana claridad que lo que enfrenta a las partes no es la existencia misma de la acumulación del permiso de lactancia en jornadas completas, sino que pueda quedar condicionada a la negociación colectiva o al acuerdo individual alcanzado con la empresa.

Más allá del caso ahora enjuiciado, se trata de analizar el impacto del vigente artículo 37.4.párrafo 2º del ET en los convenios colectivos adoptados dentro del marco legal anterior a la reforma de 2024 y que continúan vigentes tras esta.

IV. Posiciones de las partes

1. La parte demandante

Los sindicatos demandantes sostienen que, tras la modificación del artículo 37.4 del ET operada por el Real Decreto-ley 2/2024, las tres modalidades de disfrute del permiso por lactancia (una hora diaria de permiso retribuido, reducción de jornada diaria en 1 hora, acumulación del permiso en jornadas completas) deben aplicarse de forma automática y sin ningún tipo de limitación durante el marco temporal previsto en

el Convenio Colectivo, es decir, hasta que el lactante cumpla los 12 meses de edad. Los sindicatos demandantes sostienen que el disfrute acumulado del permiso entre los 9 y 12 meses de edad del lactante no está supeditado al acuerdo individual que la persona trabajadora alcance con la empresa.

Concretamente, cada sindicato demandante se manifiesta en los términos siguientes:

- Federación de Sanidad y Sectores Sociosanitarios de Comisiones Obreras (FSS-CC.OO.): indica que el artículo 56 del Convenio Colectivo está directamente inspirado en el artículo 37.4 del ET, reformado por el Real Decreto-ley 2/2024. El Sindicato añade que la redacción del precepto convencional tuvo en consideración la redacción del artículo 37.4 del ET anterior a la reforma de 2024, que posibilitaba la sustitución del permiso para el cuidado de lactante por una reducción de jornada o por su acumulación en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que se llegara con la empresa. El Sindicato sostiene que, tras la reforma, para acumular el permiso en jornadas completas, el artículo 37.4 del ET ya no remite a la negociación colectiva o al acuerdo con la empresa en cuanto a los términos concretos de su ejercicio. Por ello, el hecho de que el Convenio Colectivo amplíe a 12 meses de edad del lactante el periodo para ejercitar el permiso y las medidas sustitutorias no puede constituir en ningún caso un subterfugio para excluir de la aplicación de tal mejora a ambas o alguna de las dos modalidades subsidiarias (reducción de jornada y/o acumulación en jornadas completas), por mucho que el Convenio Colectivo aluda a que se concretarán en los términos previstos en el acuerdo a que se llegue con la empresa. El Sindicato considera que el acuerdo con la empresa puede afectar a cualesquiera pormenores de la acumulación del permiso en jornadas completas, pero no al marco temporal durante el que se lleve a cabo (12 meses de edad del lactante). El Sindicato concluye que el precepto convencional en cuestión debe interpretarse de acuerdo con la actual redacción del artículo 37.4 del ET con el fin de evitar que la empresa pueda introducir cualquier tipo de veto o limitación al permiso durante el periodo de mejora previsto en el Convenio Colectivo, que abarca de los 9 a los 12 meses de edad del lactante.
- Comisiones Obreras del Hábitat: se adhiere a las manifestaciones de FSS-CC.OO., añadiendo que lo pretendido es una interpretación del artículo 56 del Convenio Colectivo de acuerdo con la realidad social del tiempo en el que ha de ser aplicado y dados los motivos que impulsaron la reforma del artículo 37.4 del ET llevada a cabo por el Real Decreto-ley 2/2024.
- Federación de Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores (FesSP-UGT): se adhiere a la demanda.

2. La parte demandada

La parte demandada sostiene que del tenor literal del artículo 56 del Convenio Colectivo, que ordena las mejoras del permiso por cuidado de lactante, no es posible deducir que:

- Las mejoras se vean afectadas por la reforma del artículo 37.4 del ET, operada por el Real Decreto-ley 2/2024.
- La reforma imponga la prohibición de negociar los términos de disfrute de la acumulación del permiso de lactancia en jornadas completas.

Concretamente, cada entidad demandada se manifiesta en los términos siguientes:

- Federación Empresarial de Asistencia a la Dependencia (FED) y Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio

(ASADE): alegan, en primer lugar, las excepciones de inadecuación de procedimiento y falta de acción por considerar que no concurren los presupuestos para apreciar la existencia de un verdadero conflicto colectivo porque no hay afectación de intereses colectivos ni conflictividad alguna en el sector; se trata de un conflicto de intereses o de regulación, y no cabe introducir por la vía del conflicto colectivo una nueva regulación distinta de la pacta en el Convenio Colectivo. En segundo lugar y respecto a la cuestión de fondo, las entidades consideran que ha de estarse a la literalidad de las mejoras introducidas por el Convenio Colectivo y no procede la interpretación que se postula en la demanda.

- Asociación de Empresas de Servicios para la Dependencia (AESTE): se adhiere a las manifestaciones de FED y ASADE, añadiendo que no existe veto ni restricción alguna impuesta por las empresas del sector para el disfrute del permiso de lactancia, sino que el Convenio Colectivo establece una importante mejora, remitiéndose al acuerdo que alcancen las partes, conforme a lo expresamente recogido en el artículo 56 de la norma convencional y dada la naturaleza específica del sector. AESTE concluye que la voluntad de las partes negociadoras del Convenio Colectivo ha sido clara y que los sindicatos demandantes pretenden una suerte de espigue normativo.
- Círculo Empresarial de Atención a las Personas (CEAPS): se adhiere a las manifestaciones de FED, ASADE y AESTE, añadiendo que, aun cuando el Convenio Colectivo en cuestión es de aplicación en sector fuertemente feminizado, no consta que alguna trabajadora haya presentado a título individual una reclamación o consulta.

V. Normativa aplicable al caso

La SAN-SOC núm. 49/2025, de 4 de abril, fundamenta el Fallo en la normativa señalada a continuación:

- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) (BOE núm. 255, de 24 octubre 2015): artículo 37.4 ET

En los supuestos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d), las personas trabajadoras tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones, para el cuidado del lactante hasta que este cumpla nueve meses. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples.

Quien ejerza este derecho, por su voluntad, podrá sustituirlo por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas.

La reducción de jornada contemplada en este apartado constituye un derecho individual de las personas trabajadoras sin que pueda transferirse su ejercicio a la otra persona progenitora, adoptante, guardadora o acogedora. No obstante, si dos personas trabajadoras de la misma empresa ejercen este derecho por el mismo sujeto causante, podrá limitarse su ejercicio simultáneo por razones fundadas y objetivas de funcionamiento de la empresa, debidamente motivadas por escrito, debiendo en tal caso la empresa ofrecer un plan alternativo que asegure el disfrute de ambas personas trabajadoras y que posibilite el ejercicio de los derechos de conciliación.

Cuando ambas personas progenitoras, adoptantes, guardadoras o acogedoras ejerzan este derecho con la misma duración y régimen, el periodo de disfrute podrá extenderse hasta que el lactante cumpla doce meses, con reducción proporcional del salario a partir del cumplimiento de los nueve meses.

- VIII Convenio Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal (Código convenio núm. 99010825011997) (BOE núm. 137, de 9 junio 2023): artículo 56

El personal, por lactancia de un hijo o hija menor de 12 meses, tendrá derecho a 1 hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en 2 fracciones. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple.

El personal, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en 1 hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en el acuerdo a que se llegue con la empresa.

[...]

VI. Doctrina básica

Tras la reforma del artículo 37.4.párrafo 2º del ET operada por el Real Decreto-ley 2/2024, la persona trabajadora puede sustituir el permiso retribuido de 1 hora diaria para el cuidado de lactante menor de 9 meses por una reducción de la jornada diaria de 30 minutos o acumularlo en jornadas completas, sin que el disfrute de ninguna de las dos medidas sustitutorias quede sujeto a los concretos términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo alcanzado con la empresa.

El artículo 56 del VIII Convenio Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal reconoce a la persona trabajadora un permiso retribuido de 1 hora diaria para el cuidado de hijo/a lactante menor de 12 meses de edad, pudiendo sustituirlo por una reducción de la jornada diaria de 1 hora o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en el acuerdo a que llegue con la empresa. La SAN-SOC núm. 49/2025, de 4 de abril, elabora doctrina sobre el impacto del artículo 37.4.párrafo 2º del ET en la interpretación y aplicación del referido precepto convencional, que fue adoptado dentro del marco legal anterior a la reforma de 2024 y sigue vigente en la actualidad. La AN dictamina que, tras la reforma de 2024, solo **las mejoras convencionales precisan acuerdo con el empresario para concretar los términos de disfrute**. En relación con la acumulación del permiso de lactancia en jornadas completas, la AN señala que: 1) hasta los 9 meses de edad del lactante, la acumulación del permiso es automática, es decir, se configura como derecho de la persona trabajadora; y 2) entre los 9 y 12 meses de edad del lactante (mejora), la acumulación del permiso no es automática, quedando condicionada a los términos previstos en el acuerdo que la persona trabajadora alcance con la empresa.

La doctrina recogida en la SAN-SOC núm. 49/2025 permite extraer las siguientes conclusiones más allá del caso examinado:

- La reforma del artículo 37.4 del ET deja sin efecto parte del artículo 56 del referido Convenio Colectivo. No hay necesidad de acuerdo con la empresa para disfrutar:
 - La sustitución del permiso retribuido por una reducción de la jornada diaria de 30 minutos hasta que el hijo o la hija lactante cumpla 9 meses de edad.
 - La acumulación del permiso retribuido en jornadas completas hasta que el hijo o la hija lactante cumpla 9 meses de edad.
- La reforma del artículo 37.4 del ET no excluye la exigencia de acuerdo con la empresa para fijar los concretos términos de disfrute de las siguientes mejoras convencionales:
 - La acumulación del permiso de lactancia en jornadas completas entre los 9 y 12 meses de edad del hijo o de la hija lactante.

- La sustitución del permiso retribuido por una reducción de la jornada diaria de más de media hora (hasta 1 hora) hasta los 9 meses de edad del hijo o de la hija lactante.
- La sustitución del permiso retribuido por una reducción de la jornada diaria de 1 hora entre los 9 y 12 meses de edad del hijo o de la hija lactante.

Nota aclaratoria: no todas las mejoras previstas en el artículo 56 del Convenio Colectivo en cuestión están supeditadas al acuerdo individual con la empresa para concretar sus términos de disfrute, sino solo las referidas a las medidas sustitutorias del permiso retribuido del artículo 37.4.párrafo 2º del ET. En este sentido, el referido precepto convencional mejora el permiso retribuido de 1 hora diaria por cuidado de (hijo/a) lactante del artículo 37.4.párrafo 1º del ET, que amplía en 3 meses, hasta los 12 meses de edad. El disfrute de esta mejora convencional nunca ha estado supeditado a los términos previstos en el acuerdo alcanzado con la empresa y sigue sin estarlo en la actualidad.

VII. Parte dispositiva

Previo desestimación de las excepciones de inadecuación de procedimiento y falta de acción, la Sala de lo Social de la AN falla en los términos siguientes:

- **Primero.** Desestimar la demanda de conflicto colectivo interpuesta por la Federación de Sanidad y Sectores Sociosanitarios de Comisiones Obreras (FSS-CC.OO.) y Comisiones Obreras de Hábitat, a la que se adhiere la Federación de Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores (FeSP-UGT).
- **Segundo.** Absolver a las entidades demandadas (FED, AESTE, LARES, ASADE, CEAPS) de todos los pedimentos contenidos en la demanda.
- **Tercero.** Acordar la no imposición de costas.

VIII. Comentario

1. Configuración legal del derecho a conciliar la vida laboral con el cuidado de lactante

Con el fin de que la persona trabajadora pueda conciliar su vida laboral con el cuidado de un lactante a cargo, el art. 37.4 del ET contempla distintas medidas, diferenciando según la edad de este; a saber:

- **Lactante menor de 9 meses.** El art. 37.4 del ET ordena tres medidas alternativas para atender el cuidado de un lactante menor de 9 meses, que son las siguientes:
 - Permiso retribuido de una hora diaria (artículo 37.4.párrafo 1º ET).
 - Reducción de la jornada diaria en media hora (artículo 37.4.párrafo 2º ET), con reducción proporcional del salario y de la cotización. Nótese que esta situación (que conlleva disminución de salario y de cotización) no se configura como una contingencia atendida por la acción protectora de la Seguridad Social, lo cual hace que su disfrute no resulte muy atractivo.
 - Acumulación del permiso retribuido de una hora diaria en jornadas completas (artículo 37.4.párrafo 2º ET).
- **Lactante de entre 9 y 12 meses.** El art. 37.4.párrafo 4º del ET contempla una única medida para atender el cuidado de un lactante de entre 9 y 12 meses de edad, que es la reducción de la jornada diaria en media hora. Esta situación es una contingencia atendida por la acción protectora de la Seguridad Social a través de dos prestaciones contributivas:
 - Prestación económica por ejercicio corresponsable del cuidado de lactante, ex artículo 183 y siguientes de la LGSS.

- Prestación no económica, ex artículo 237.3.párrafo 2º de la LGSS. Las cotizaciones realizadas durante el periodo de reducción de jornada se computarán incrementadas hasta el 100 % de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción de la jornada de trabajo a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, nacimiento y cuidado de menor, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural e incapacidad temporal.

Las medidas legales para el cuidado de lactante menor de 9 meses pueden disfrutarse individualmente; es decir: no es necesario que la otra persona progenitora, adoptante, acogedora o guardadora haga uso de ellas. Sin embargo, el disfrute de la medida legal prevista para el cuidado de lactante de entre los 9 y 12 meses de edad debe ser corresponsable; es decir: es necesario que ambas personas progenitoras, adoptantes, guardadoras o acogedoras reduzcan su jornada laboral con igual duración y régimen. Nótese que la prestación económica por ejercicio corresponsable del cuidado de lactante solo puede reconocerse a una de ellas (artículo 184.2 LGSS), mientras que no hay impedimento legal en reconocer a ambas la prestación no económica (artículo 237.3.párrafo 2º LGSS). En caso de familia monoparental, la doctrina judicial ha llegado a reconocer el derecho a la prestación económica de la Seguridad Social por ejercicio corresponsable del cuidado de lactante^[2].

Antes de la reforma operada por el Real Decreto-ley 2/2024, el artículo 37.4.párrafo 2º del ET remitía a la negociación colectiva para concretar los términos en los que la persona trabajadora podía sustituir el permiso retribuido de 1 hora diaria para el cuidado de lactante menor de 9 meses por una reducción de la jornada diaria de media hora o acumularlo en jornadas completas. El primer aspecto que ordenaban los convenios colectivos era el reconocimiento de la posibilidad de acumular el permiso por cuidado de lactante en jornadas completas. La persona trabajadora no podía acumular el permiso si no estaba previsto en convenio colectivo (o en acuerdo individual con la empresa)^[3]. Tras la reforma, el artículo 37.4.párrafo 2º del ET no efectúa ninguna remisión a la negociación colectiva ni al acuerdo individual con la empresa, de modo que es decisión de la persona trabajadora sustituir el permiso retribuido de 1 hora diaria por una reducción de la jornada diaria en media hora o acumularlo en jornadas completas. En definitiva, la persona trabajadora tiene derecho a ello.

Antes de la reforma operada por el Real Decreto-ley 2/2024, la concreción de las medidas legales destinadas al cuidado de lactante menor de 9 meses de edad se articulaba en los términos siguientes:

- La concreción horaria y la determinación del permiso retribuido de 1 hora diaria por cuidado de lactante menor de 9 meses corresponde a la persona trabajadora dentro de su jornada ordinaria (artículo 37.7.párrafo 1º ET).
- Los términos de disfrute tanto de la reducción de jornada diaria en media hora como de la acumulación del permiso en jornadas completas para el cuidado de lactante menor de 9 meses son los previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo al que la persona trabajadora llegue con la empresa respetando, en su caso, lo establecido en aquella (artículo 37.4.párrafo 2º ET). Los convenios colectivos solían concretar el número de días en que puede acumularse el permiso o el momento de disfrute de la acumulación del permiso.
- La concreción horaria de la reducción de jornada diaria en media hora para el cuidado corresponsable de lactante de entre 9 y 12 meses de edad corresponde a la persona trabajadora dentro de su jornada ordinaria de trabajo (artículo 37.7.párrafo 1º ET).

Tras la reforma del artículo 37.4 del ET operada por el Real Decreto-ley 2/2024, la reducción de jornada diaria en media hora y la acumulación del permiso en jornadas completas para el cuidado de lactante menor de 9 meses dejan de estar condicionadas a las previsiones de la negociación colectiva o al acuerdo individual con la empresa. A la vista del tenor literal del artículo 37.7.párrafo 1º del ET, cabe entender que la concreción horaria y los términos de disfrute de todas las medidas legales destinadas al cuidado de lactante (menor de 9 meses y de entre 9 y 12 meses) previstas en el artículo 37.4 del ET *corresponderá a la persona trabajadora dentro de su jornada ordinaria*. En este sentido, corresponde a la persona trabajadora fijar el concreto momento de disfrute de las medidas sustitutorias del permiso retribuido para el cuidado de lactante menor de 9 meses (reducción de jornada diaria, acumulación del permiso en jornadas completas). Los cambios normativos que el Real Decreto-ley 2/2024 introduce en el artículo 37.4 del ET vienen a completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

2. Configuración convencional del derecho a conciliar la vida laboral con el cuidado de lactante

El inciso final del artículo 37.7.párrafo 1º del ET faculta al convenio colectivo para fijar el plazo de preaviso que la persona trabajadora debe observar para disfrutar de las medidas legales que el artículo 37.4 del ET prevé para el cuidado de lactante, incluido el preaviso para la acumulación del permiso por cuidado de lactante menor de 9 meses de edad en jornadas completas. El preaviso es de 15 días si nada dispone el convenio colectivo.

La facultad del convenio colectivo para regular la acumulación del permiso por cuidado de lactante ha quedado notablemente mermada tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 2/2024, quedando limitada a la concreción del plazo de preaviso de su disfrute, ex artículo 37.7 ET, y a la mejora de lo dispuesto en el artículo 37.4 del ET, ex artículo 3.5 del ET. Llegados a este punto, la cuestión pasa por determinar si, aun no existiendo ya remisión legal expresa a la negociación colectiva para concretar los términos de disfrute de la acumulación del permiso por lactancia, los convenios colectivos pueden seguir desarrollando alguno de sus aspectos y de qué modo.

IX. Apunte final: la acumulación del permiso por cuidado de lactante en los convenios colectivos suscritos tras la reforma operada por el Real Decreto-Ley 2/2024

A modo de apunte final merece la pena señalar, siquiera sea brevemente, que algunos convenios colectivos suscritos y publicados a partir del 23 de mayo de 2024 siguen repitiendo en buena medida el esquema anterior a la reforma de 2024, ordenando los términos de disfrute de la acumulación del permiso de lactancia, incluso hasta el punto de señalar si el personal puede o no acumular. Aunque, de momento, no consta la impugnación de estas cláusulas convencionales, ello no impide cuestionar su legalidad. Los convenios colectivos ordenan, entre otros, los siguientes aspectos destacables de la acumulación del permiso por cuidado de lactante:

- **Número de días en que se acumula el permiso:** el artículo 37.4 del ET no concreta el número de días en que puede acumularse el disfrute del permiso por cuidado de lactante ni tampoco fija una fórmula para su cálculo. El TS ha dictaminado que *la fórmula que debe utilizarse para cuantificar los días laborables acumulados de permiso, es la de dividir el número total de días laborables que restan (desde la finalización de la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento y cuidado de menor) hasta la fecha en la que el menor cumple los nueve meses - o la mayor edad que, en su caso, pueda fijar el convenio-, por las horas de trabajo que se corresponden con la jornada (diaria) de la persona trabajadora. La cifra resultante de esa división será el número de días laborables acumulados*

que deben reconocerse al trabajador que opta por activar esa modalidad^[4]. A partir de aquí, las cláusulas de los convenios colectivos que concretan la acumulación del permiso en un número de días serán válidas siempre que se ajusten a dicha fórmula de cálculo o la mejoren, no así en caso contrario. En este sentido, la acumulación del permiso para el personal con una jornada a tiempo completo de 8 horas diarias, de lunes a viernes, suele fijarse en 15 días laborables^[5], de modo que las cláusulas convencionales que estipulan un número de días inferior no serían válidas^[6].

- **Momento del disfrute de la acumulación del permiso:** el artículo 37.7.párrafo 1º del ET dispone que la concreción horaria y la determinación del permiso y reducciones de jornada previstos en el artículo 37.4 corresponderán a la persona trabajadora dentro de su jornada ordinaria. Por tanto, la persona trabajadora tiene derecho no solo a acumular el permiso de lactancia en jornadas completas, sino también a concretar su posterior momento de disfrute. Cabe entender que no son válidas las cláusulas de los convenios colectivos que definen de forma cerrada el momento de disfrute de la acumulación del permiso de lactancia. En este sentido, no parece que se ajusten a Derecho las cláusulas convencionales que fijan el disfrute de la acumulación del permiso inmediatamente después de finalizar la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado de menor^[7].
- **Acumulación del permiso en caso de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples:** el artículo 37.4.párrafo 1º del ET señala que la duración del permiso retribuido de 1 hora diaria por cuidado de lactante menor de 9 meses se incrementará proporcionalmente en caso de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples. El artículo 37.4 del ET no contempla el incremento proporcional para la acumulación del permiso en jornadas completas. En caso de parto múltiple, algunos convenios colectivos reconocen la acumulación del permiso por cada uno de los hijos^[8]. Cabe entender que estas cláusulas convencionales son válidas porque se configuran como norma más favorable, ex artículo 3.5 del ET. Además, la doctrina judicial declara que cuando el convenio colectivo no regula la acumulación del permiso en caso de parto múltiple, la protección del interés superior del menor lleva a aplicar la regla de incremento proporcional, de modo que si el convenio colectivo contempla el disfrute acumulado del permiso en 3 semanas por cuidado de un/a hijo/a lactante, en caso de parto múltiple de dos hijos, la acumulación del permiso será en 6 semanas^[9]. No parece que haya impedimento en extender este criterio judicial a la acumulación del permiso en casos de acogimiento o guarda con fines de adopción múltiples.

Las cláusulas sobre acumulación del permiso por cuidado de lactante de algunos convenios colectivos suscritos y publicados tras la reforma de 2024 se ajustan en buena medida no solo a los artículos 37.4 y 37.7 del ET, sino que además incorporan la jurisprudencia y doctrina judicial más recientes sobre la materia. Sirva de muestra el artículo 30.1.f) del VII Convenio Colectivo de Airbus Defence and Space, SAU; Airbus Operations, SL, y Airbus Helicopters España, SA (Código de convenio núm. 90014043012002. BOE núm. 119, de 17 mayo 2025), cuyo tenor literal es el siguiente:

"Las personas trabajadoras, en los supuestos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones y hasta que el menor cumpla los doce meses. Las

personas trabajadoras, por su voluntad, podrán sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad. Este permiso constituye un derecho individual de ambos progenitores.

La concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso para el cuidado del lactante y de la reducción de jornada, previsto en el presente apartado corresponderán a la persona afectada, dentro de su jornada ordinaria. Deberá preavisar a la Dirección con quince días de antelación a la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria.

Con independencia del tipo de contrato o jornada que se tenga, se podrá acumular en jornadas completas, computándose veintiún días laborables para el periodo completo entre el fin del permiso por nacimiento y el cumplimiento de los doce meses de edad; una hora por día desde que finalice la baja por nacimiento y cuidado de menor y hasta los doce meses del hijo/a, pudiéndolo disfrutar de manera inmediata al permiso por nacimiento o bien con posterioridad. Caso este último que requerirá acuerdo con la Dirección. No obstante, en caso de excedencia u otras suspensiones de contrato, la acumulación de veintiún días laborables se adaptará de manera proporcional.

En el supuesto de que la persona modificara su jornada con posterioridad al disfrute acumulado y previo al cumplimiento de los doce meses por parte del hijo/a, afectando tal situación al cómputo de jornadas completas disfrutadas, regulará y ajustará su situación a la nueva realidad.

La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple.

Para el caso de que ambos progenitores trabajen en las empresas afectadas por el presente convenio colectivo interempresas, sólo a uno de ellos se le aplicará la mejora de este permiso (ampliación de su disfrute hasta los 12 meses y su acumulación a 21 días), siendo de aplicación al otro progenitor quince días de disfrute de permiso para el cuidado del lactante.

No obstante, si se solicita podrán distribuirse el permiso para el cuidado del lactante de manera igualitaria pudiendo disfrutar ambos de dieciocho días de permiso acumulado cada uno."

Referencias:

1. ^ El Real Decreto-ley 2/2024, de 4 de abril, estuvo precedido del Real Decreto-ley 7/2023, de 19 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes, para completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, y para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo (BOE núm. 303, de 20 diciembre 2023). El Real Decreto-ley 7/2023 y su corrección de errores fueron derogados por Resolución de 10 de enero de 2024, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de derogación del Real Decreto-ley 7/2023, de 19 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes, para completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, y

para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo (BOE núm. 11, de 12 enero 2024).

2. ^ STSJ del País Vasco-SOC núm. 760/2022, de 12 de abril (Recurso de suplicación núm. 265/2022. ECLI:ES:TSJPV:2022:1154).
3. ^ En este sentido, la STS, Sala Social, de 11 de noviembre de 2009 (RCO núm. 133/2008. ECLI:ES:TS:2009:8379), dispuso que si no hay previsión convencional o acuerdo con el empresario, no habrá acumulación; y añadió que el convenio colectivo puede no solo establecer la acumulación, sino incluso excluirla.
4. ^ Por todas, vid., STS-SOC núm. 986/2023, de 21 de noviembre (RCUD núm. 2978/2022. ECLI:ES:TS:2023:5160).
5. ^ Cabe entender que son válidas las siguientes cláusulas convencionales:
6. ^ Cabe cuestionar la legalidad de las cláusulas convencionales que fija la acumulación del permiso por lactancia en 14 días naturales. Vid., artículo 29 ter.párrafo 2º del Convenio Colectivo de Supercor, SA (Código de convenio núm. 90017052012008. BOE núm. 284, de 25 noviembre 2024).
7. ^ Vid., artículo 25.1.i) del XXIII Convenio Colectivo de las sociedades cooperativas de crédito (Código de convenio núm. 99004835011981. BOE núm. 180, de 26 julio 2024).
8. ^ Artículo 36.V del Convenio Colectivo de Financiera el Corte Inglés, EFC, SA (Código de convenio núm. 90103922012021. BOE núm. 100, de 25 abril 2025).
9. ^ STSJ del País Vasco-SOC núm. 1268/2024, de 22 de mayo (Recurso de suplicación núm. 258/2024. ECLI:ES:TSJPV:2024:1852).

§ 40 La modificación del relato de hechos probados en procedimientos de incapacidad permanente y la literosuficiencia de los documentos públicos aportados.

Ángel Arias Domínguez

Subdirector de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura

Resumen: *La modificación en suplicación del relato de hechos probados en instancia requiere, en procedimientos de incapacidad permanente, que los defectos, insuficiencias o ausencias que pudieran detectarse se deduzcan palmariamente de la lectura literal de los informes públicos que analizan el estado de salud de la persona trabajadora. Esta perspectiva condiciona, aunque sea indirectamente, la forma de confeccionar dicho relato, en la medida en que parece enderezarse hacia la reproducción completa de los términos técnicos de los informes médicos públicos. Se favorece así, no sólo el ejercicio de la propia competencia jurisdiccional, sino también el control de las decisiones en vía de recurso.*

Palabras clave: *Hechos probados. Impugnación jurisdiccional. Proceso de incapacidad permanente. Prueba documental. Literosuficiencia.*

Abstract: *The modification in supplication of the account of facts proven in the instance requires, in permanent disability proceedings, that the defects, insufficiencies or absences that may be detected be clearly deduced from the literal reading of the public reports that analyse the state of health of the worker. This perspective conditions, albeit indirectly, the way in which this narrative is prepared, insofar as it seems to be directed towards the complete reproduction of the technical terms of public medical reports. This favours not only the exercise of one's own jurisdictional competence, but also the control of decisions on appeal.*

Keywords: *Proven facts. Jurisdictional challenge. Permanent disability process. Documentary evidence. Literacy.*

I. Introducción

El relato de hechos probados es una de las partes fundamentales de las sentencias de instancia, especialmente en aquellos procedimientos de deben tener en consideración informes técnicos muy cualificados que se redactar con términos científicos, doctos, o eruditos alejados de la jerga jurídico-técnica. En los procedimientos de incapacidad permanente es trascendental contar, en este sentido, con un relato que incorpore, con la mayor precisión y exhaustividad posible, los informes técnicos a los que se ha llegado en el procedimiento administrativo de valoración de las deficiencias físicas, psíquicas y sensoriales que padece la persona trabajadora sometida a examen y valoración.

Evidentemente, es sobre estos precisos hechos sobre los que se despliega el juicio valorativo que el derecho pretende, facilitando la adopción de una decisión jurisdiccional sobre la influencia de las lesiones en la imposibilidad de continuar desempeñando las actividades profesionales que hasta ese momento se venían ejercitando. Este proceso de '*ius dicere*' requiere, ineludiblemente, que los datos fácticos sean expuestos con la mayor precisión y claridad posible, incorporando al relato, en su caso, todas las especificidades técnicas desplegadas en el informe médico evacuado, no sólo para el ejercicio correcto de la función jurisdiccional en primera instancia, sino también, en su caso, para el control jurisdiccional en vía de recurso.

Básicamente, porque el sistema de impugnación de este relato de hechos probados es refractario a la estimación de las pretensiones que así lo pretenden. Produciéndose una cierta contradicción entre las necesidades de la justicia material y la formal, entre el derecho sustantivo y el adjetivo, en la medida en que para una correcta toda de postura (jurisdiccional) para la resolución de un asunto se requiere contar con la mayor cantidad de datos posibles.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 1661/2025, de 25 de marzo.

Tipo y número recurso: Recurso de Suplicación núm. 2873/2024

ECLI:ES:TSJCAT:2025:1434.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Purcalla Bonilla.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Una persona trabajadora, bibliotecaria de profesión, intima un expediente de incapacidad permanente. El INSS entendió por resolución de mayo de 2022 que no se encontraba afecta a ningún grado de incapacidad permanente.

Las lesiones que padecía y que así constan en el expediente administrativo, son las siguientes: "*Fibromialgia - Síndrome de fatiga crónica - Síndrome de sensibilización central en control y/o tratamiento confuncionalismo conservado tanto articular como muscular. Deterioro cognitivo leve. Cervicalgia crónica por discopatías C3 a C6 con estenosis C4 C5, con leve limitación funcional, sin afectación motora. Omalgia derecha por tendinopatía, no intervención quirúrgica, con leve limitación funcional. Trastorno depresivo mayor moderado, sin limitación psicofuncional*".

La desestimación administrativa es recurrida ante el Juzgado de lo Social competente, que desestima su pretensión. Recurriéndose la desestimación de la demanda ante el Tribunal Superior de Justicia competente, cuya sentencia se comenta.

IV. Posición de las partes

Lo que pretende cuestionarse en sede judicial es la valoración de las lesiones que ha efectuado la resolución denegatoria de la incapacidad permanente solicitada.

Y para ello su estrategia procesal se estructura en dos direcciones.

En primer lugar, en pretender que se modifique el relato de hechos probados, intimando un relato alternativo con un despliegue argumental extenso y muy detallado,

que cuestiona, en definitiva, el reduccionismo que de dichas lesiones ha efectuado el relato de hechos probados, lo que dificulta, a su juicio, que se efectúe una valoración de conjunto que tenga en consideración todas las deficiencias físicas y psíquicas que padece.

Y, en segundo lugar, en censurar jurídicamente la decisión adoptada al entenderla no adecuada a derecho.

En relación con la modificación del relato de hechos probados, pretende que se incorporen al mismo dolencias que no se tuvieron en consideración en la confección del mismo pero que se deducen claramente del expediente administrativo médico valorativo. Concretamente pretende las siguientes modificaciones.

En primer lugar, que se especifique que la fibromialgia y el síndrome de fatiga crónica que padece *“son de grado III”*.

En segundo lugar, que se indique expresamente que padece *“síndrome de COVID persistente”*.

En tercer lugar, que el relato señale que el deterioro cognitivo que padece es *“de tipo multidominio”*, lo que comporta un *“déficit atencional, déficit ejecutivo, enlentecimiento en la velocidad de procesamiento, dificultad de acceso al léxico y alteración en la memoria”*.

En cuarto lugar, que se concrete *“que el trastorno depresivo mayor”* que padece de los de tipo *“recurrente”*.

En quinto lugar, que la persona trabajadora presenta *“una alteración de la capacidad para realizar micción con necesidad de autosondaje para miccionar”*.

Y, por último y sexto lugar, pretende la adición de un nuevo hecho probado 7º en los siguientes términos: *“La actora precisa de artículo ortopédico consistente en silla de ruedas debido a la incapacidad para el desplazamiento que la asiste, viéndose impedida para desplazarse más allá de los 500 m, lo que es determinante de su limitación para el movimiento durante el desempeño laboral, como también en las posibilidades de desplazamiento y viaje para el acceso al centro de trabajo”*.

Es decir, la discusión jurídico técnica se limita a cuestionar si el relato de hechos probados que realiza el magistrado de instancia es correcto y adecuado teniendo en consideración los informes médicos obrantes en la causa, o si, por el contrario, dada la calidad y concreción de dichos informes, en la enunciación de las dolencias y concreción técnica de las mismas el relato adolece de menciones específicas que de haber figurado en el mismo hubieran facilitado la adopción de una resolución distinta en relación al fondo del asunto, estimando las pretensiones de la persona trabajadora.

V. Normativa aplicable al caso

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

“Artículo 193. Objeto del recurso de suplicación. El recurso de suplicación tendrá por objeto:

a) Reponer los autos al estado en el que se encontraban en el momento de cometerse una infracción de normas o garantías del procedimiento que haya producido indefensión.

b) Revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas.

c) Examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia”.

VI. Doctrina básica

Sólo se estima la modificación del relato de hechos probados en procesos de incapacidad permanente si existe literosuficiencia, sin cábala interpretativa alguna, en los informes médicos determinantes de la situación psicofísica en la que se encuentra la persona trabajadora.

VII. Parte dispositiva

Se estima parcialmente el recurso de suplicación impetrado frente a la sentencia del Juzgado de lo Social, reconociendo a la actora el grado de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común.

VIII. Pasajes decisivos

“Con carácter general, debe tenerse en cuenta que, para que prospere la revisión de un hecho probado, deben concurrir una serie de requisitos, sentados por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.../...que son aplicables también al recurso de suplicación en cuanto a recurso extraordinario que es, como la casación:

- No se pueden plantear válidamente en el recurso cuestiones que no se hayan planteado en la instancia, de forma que tales cuestiones nuevas deben rechazarse en el recurso, en virtud del principio dispositivo.

- Fijar qué hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse, [no basta mostrar la disconformidad con el conjunto de ellos], sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis.

- Citar concretamente la prueba documental o pericial que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara, sin necesidad de conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada]. El error de hecho ha de ser evidente y fluir, derivarse y patentizarse por prueba pericial o documental eficaz y eficiente, sin necesidad de acudir a deducciones más o menos lógicas o razonables, pues dado el carácter extraordinario del recurso de suplicación y de que no se trata de una segunda instancia, no cabe llevar a cabo un análisis de la prueba practicada con una nueva valoración de la totalidad de los elementos probatorios, pues ello supondría, en definitiva, sustituir el criterio objetivo del Juzgador de instancia.

-Precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados, ofreciendo el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos; así como su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.

-Necesidad de que la modificación del hecho probado haga variar el pronunciamiento de la sentencia, pues, en otro caso devendría inútil la variación, aunque puede admitirse si refuerza, argumentalmente, el sentido del fallo.

-Que no se limite el recurrente a instar la inclusión de datos convenientes a su postura procesal, pues lo que contempla es el presunto error cometido en instancia y que sea trascendente para el fallo. Cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido - eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental.

Y, en relación con dichos requisitos, constituye criterio asentado desde antiguo.../...que ante dictámenes contradictorios, excepto la concurrencia de circunstancias especiales, se hade atender a la valoración realizada por el/la Magistrado/a de instancia.../...que, por imparcial, ha de prevalecer sobre la de parte, a no ser que se demostrase palmariamente el error en que hubiere podido incurrirse en su elección, por tener el postergado o rechazado una mayor credibilidad, dada la categoría científica del facultativo que lo haya emitido o por gozar de mayor fuerza de convicción. Al respecto, tanto la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo como

la constitucional han determinado que corresponde la valoración de los informes periciales al juzgador de instancia, como órgano soberano para la apreciación de la prueba en ejercicio de las facultades conferidas legalmente, y según las reglas de la sana crítica.

En consecuencia, sólo de forma excepcional han de hacer uso los Tribunales Superiores de la facultad de modificar, fiscalizándola, la valoración de la prueba hecha por el Juzgador o la Juzgadora de instancia, facultad que les está atribuida para el supuesto de que los elementos señalados como revisorios, ofrezcan tan alta fuerza de convicción que, a juicio de la Sala, delaten el claro error de hecho que se haya sufrido en la apreciación de la prueba. La valoración de la prueba es facultad privativa del Juzgador/a de Instancia y las conclusiones a las que llega el mismo/a y que se reflejan en el relato de hechos probados han de prevalecer siempre que se ajusten a lo prevenido en el señalado artículo 97.2 de la LRJS, sin que pueda sustituirse la misma por la valoración de la parte, voluntaria y subjetiva para sustituir el criterio objetivo de la Juzgadora o el Juzgador de instancia, lo que es inaceptable al suponer un desplazamiento en la función de enjuiciar. El carácter extraordinario del Recurso de Suplicación, excepcional y con motivos tasados y no una nueva instancia, no permite al Tribunal entrar a conocer de toda la actividad probatoria desplegada en la instancia, limitando sus facultades de revisión a las pruebas documentales y periciales que puedan haberse aportado. Así pues, no cabe llevar a cabo un análisis de la prueba practicada con una nueva valoración de la totalidad de los elementos probatorios o una valoración distinta de una prueba que ya tuvo presente la Juzgadora o el Juzgador «a quo» puesto que desnaturalizaría el recurso de suplicación convirtiéndolo en una apelación o segunda instancia”.

IX. Comentario

La impugnación del relato de hechos probados suele triunfar en aquellas alegaciones que, efectivamente, tienen una apoyatura directa en los documentos periciales que se han evacuado para formalizar el análisis de la condición psicofísica de la persona trabajadora.

Teniendo en consideración esta premisa, se estiman únicamente aquellas modificaciones cuya pretensión se sustenta directamente en los informes médicos evacuados al respecto. Así, por ejemplo, en el caso que nos ocupa, se estima la modificación impetrada sobre la cualificación de “recurrente” del proceso depresivo que padecía la persona trabajadora, pues “*ello resulta del informe*” medico evacuado a respecto sin necesidad de interpretación alguna.

También se estima la modificación del apartado sexto para incorporar la totalidad de menciones que se especificaban en el informe médico, pues “*existe literasuficiencia al respecto y se indicaba la de interpretación alguna*”. Es decir, se entiende oportuno la modificación si el texto alternativo que pretende sostenerse se deduce con total pulcritud de los informes técnicos administrativos que se han empleado para la valoración de la incapacidad sin necesidad de interpretación alguna.

También se pretende, en este caso concreto, la incorporación de un nuevo hecho probado, para concretar en qué manera tiene prescrito el uso de una silla de ruedas. Del informe médico se desprende que el Servei Català de la Salut “*tiene prescrito el uso de silla de ruedas manual plegable, no autopropulsable*” precisándola “*para desplazarse más allá de los 500 metros, fuera de su domicilio*”, por lo que se estima la adición parcial de un nuevo ordinal fáctico 7º, “*porque resulta de la literosuficiencia de los documentos indicados.../...si bien no podemos aceptar que se introduzcan, como hace la recurrente en el redactado propuesto, valoraciones propias y/o incidencia funcional que no resultan de tales documentos médicos*”. En definitiva, se estima parcialmente la adición de un nuevo ordinal: “*La actora precisa de artículo ortopédico, consistente en silla de ruedas, para desplazarse más allá de los 500 m*”, porque el informe médico indicaba esta necesidad sin ningún tipo de duda y sin necesidad de interpretar el informe o sus exigencias.

Sin embargo, no se incorporan al relato de hechos probados, y por las mismas razones, aquellas redacciones alternativas que no tienen apoyatura directa en los informes públicos periciales, *“en tanto no resulta de los folios indicados por la recurrente”*.

En definitiva, que el elemento diferenciador sobre qué adiciones al relato de hechos probados se tienen en consideración, y cuáles no, es que las referidas menciones tengan directa apoyatura en los informes médicos que analizaban la salud de la persona trabajadora.

Particular interés tiene el análisis de la redacción alternativa que se sustenta en informa periciales privados aportados por la persona trabajadora, desechándose la modificación pretendida en relación con el desarrollo cognitivo de la persona trabajadora y en relación con la necesidad de autosondaje para miccionar, básicamente por esta razón, porque las modificaciones que pretende se apoyan en informes de parte, no en un informe público evacuado por un organismo independiente e imparcial.

Las cuestiones jurídicas relativas al fondo del asunto necesariamente deben tener en consideración el relato de hechos probados, por eso la estimación de su modificación conlleva, como se podía intuir, la estimación del recurso, y, con ello, la concesión de la incapacidad permanente, en el grado de total.

El argumento básico de la recurrente es que las dolencias que padece le impiden desarrollar su trabajo habitual con la solvencia necesaria. Y la Sala recuerda, antes de resolver el fondo del asunto, las tres premisas interpretativas que han de tenerse en consideración para la resolución de este tipo de asuntos.

En primer lugar, que ante dictámenes contradictorios (el público evacuado por el sistema de salud y el privado aportado por la persona trabajadora), *“se ha de atender a la valoración realizada por el Magistrado/a de instancia”*, pues *“por imparcial, ha de prevalecer sobre la de parte”*, excepto que acaezcan *“circunstancias especiales”*, como es que *“se demostrase palmariamente el error en que hubiere podido incurrirse en su elección, por tener el postergado o rechazado una mayor credibilidad, dada la categoría científica del facultativo que lo haya emitido o por gozar de mayor fuerza de convicción”*.

En segundo lugar, que *“corresponde la valoración de los informes periciales al juzgador de instancia, como órgano soberano para la apreciación de la prueba en ejercicio de las facultades conferidas legalmente, y según las reglas de la sana crítica, con la salvedad de que su libre apreciación sea razonable”*.

Y, en tercer lugar, que *“sólo de forma excepcional han de hacer uso los Tribunales Superiores de la facultad de modificar, fiscalizándola, la valoración de la prueba hecha por el Juzgador o la Juzgadora de instancia, facultad que les está atribuida para el supuesto de que los elementos señalados como revisorios, ofrezcan tan alta fuerza de convicción que, a juicio de la Sala, delaten el claro error de hecho que se haya sufrido en la apreciación de la prueba”*.

Pues bien, si se estima una modificación del relato de hechos probados con el objetivo de adicionar a él padecimientos, enfermedades concurrentes, secuelas o cualquier otro matiz que modifique el estado de salud de la persona trabajadora sometida a examen, las consecuencias jurídicas que se deducen de dicho relato tienen, por fuerza, que ser diferentes. Y esto es, exactamente, lo que ha ocurrido en este asunto, que la nueva situación que expone el nuevo relato de hecho probados muestra un deterioro de la salud más acusado, de más entidad, que el que había considerado el juzgador de instancia.

Efectivamente, la resolución de Suplicación precisa que *“el juzgador de primer grado motiva su decisión, en cuanto al deterioro cognitivo, en que el mismo es leve.../..., lo cual es cierto” pero añadiendo un matiz nada desdeñable que cambia por completo la perspectiva de la consecuencia: “sin bien deben tenerse en cuenta los*

añadidos (déficit atencional, déficit ejecutivo y enlentecimiento en la velocidad de procesamiento), que hemos incorporado porque derivan del mismo documento que el juzgador ha utilizado”.

Es decir, la incorrecta (por insuficiente) conformación del relato de hechos probados exigía una deducción jurídica concreta, pero la modificación de éste conlleva, naturalmente, aplicar otra deducción jurídica.

Y lo mismo ocurre con *“el tema de la silla de ruedas (que hemos incorporado al relato fáctico -ordinal 7º-)”* porque aunque *“señala el juzgador a quo que no procede IPA porque usar silla de ruedas para desplazamientos de más de 500 metros, no equivale a claudicar a cortas distancias (lo cual, entendemos, es en parte cierto), siendo la profesión de bibliotecaria sedentaria y no suponiendo impedimento, entiende para el desplazamiento al centro de trabajo”*, lo cierto es que la persona trabajadora *“la precisa para desplazamientos de más de 500 metros, esto es, prolongados”*, siendo indubitado que *“para el trabajo habitual, requiere de bipedestación dinámica en grado 2.../...señalando el Institut Català de la Salut”* en el informe correspondiente *“que la actora tiene dificultades para ABVD, presentando disminución severa de la capacidad aeróbica máxima evaluada a través del consumo máximo de oxígeno, valores de capacidad de trabajo en parámetros muy inferiores (50% al correspondiente por edad y sexo), incluso en un trabajo sedentario que requeriría más energía que la que la recurrente puede mantener de forma segura, con disautonomía (mala adaptación al ortostatismo, taquicardia postural otostática e hipotensión), no pudiendo realizar, según algunos informes, ni el 20% de su actividad previa, estando en situación de dependencia para algunas ABVD (informe médico obrante)”*.

Es decir, de la incorporación de un nuevo relato de hechos probados que señala la dificultad para realizar determinadas actividades viene exigida una nueva valoración del estado de salud del sujeto y su relación con las actividades profesionales que viene realizando habitualmente.

La estimación del recurso es, por tanto, la consecuencia lógica que conlleva la modificación del relato de hechos probados y la incorporación de uno nuevo. Y la apreciación en conjunto de todas las dolencias hacen acreedora a la trabajadora de la concesión del grado de Incapacidad Permanente total para la profesión habitual, en la medida en que *“No parece, por lo tanto, que el estado de salud de la actora óptimo para cumplir con las funciones de su profesión habitual.../...de auxiliar de biblioteca, que requieren de capacidad cognitiva, carga intelectual, comunicación fluida con los usuarios, atención a las necesidades informativas, mantener actualizados los fondos documentales y, por ejemplo, llevar un control de ejemplares prestados”* sea compatible con el deterioro de la salud que presenta.

En definitiva, y en conclusión, lo deseable es que el relato de hechos probados en procedimientos de incapacidad permanente reproduzca con total literalidad los informes técnicos evacuados en el análisis de la salud de la persona trabajadora. Por dos razones. En primer lugar, para poder desplegar la función jurisdiccional con la mayor cantidad de datos posibles que faciliten una toma de postura al respecto. Y, en segundo lugar, para poder corregir en vía funcional, en su caso, cualquier desviación en el entendimiento adecuado de la cuestión jurídica.

X. Apunte final

El Diccionario Panhispánico del Español Jurídico^[1] define al *“documento literosuficiente”* como aquel *“que basta para llegar a la conclusión acreditativa que se pretende, evidenciando el objeto de prueba sin necesidad de acudir a otras fuentes probatorias o a complejos desarrollos argumentales”*, aportando como referencia una STS-PEN de 21 de junio de 2006 (rec. 534/2005) que precisa que *“...no cualquier documento, en sentido amplio, puede servir de base al Recurso, sino que el mismo ha de ser “literosuficiente”, es decir, que haga prueba, por sí mismo, de su contenido, sin necesidad de otro aporte acreditativo ni valoración posterior”*.

Salvando las distancias, y con las prevenciones que seguidamente se realizarán, es éste el argumento por el cual, en este caso concreto, y, en general, en otros en los que se produce idéntica problemática, se estima la modificación impetrada del relato de hechos probados.

Y aunque la “literosuficiencia” suele predicarse en el derecho sustantivo de los títulos ejecutivos que tiene abierta directamente la vía ejecutiva sin necesidad de un procedimiento declarativo previo, -argumentos y peculiaridades extraños a las ramas sociales del derecho, siendo más propio del derecho de los negocios, mercantil y civil, principalmente- como concepto instrumental para emplearse en la modificación del relato de hechos probados puede explicar perfectamente el acceso a la modificación que se pretende.

La Sala IV ha empleado únicamente dos veces el término “literosuficiencia” (así lo devuelve la página del CENDOJ) en la STS-SOC 276/2017, de 30 de marzo en un asunto por despido en el que se cuestionaba si el trabajador había sido privado del permiso de conducir necesario para el desarrollo de su actividad, y en la STS-SOC de 18 de noviembre de 2015 (núm. rec.: 19/2015) en una modificación sustancial colectiva de condiciones de trabajo suspendiendo el fondo pensiones propio. Pero no ha empleado el término para intimar una modificación del relato de hechos probados en asuntos relacionados con procedimientos de incapacidad permanente.

Sin embargo, hay numerosas resoluciones de suplicación en este tipo de procedimientos que utiliza el concepto, precisamente para al asunto que estamos comentando, para impetrar la modificación del relato de hechos probados que se introduzcan menciones específicas que se indicaban en los informes técnicos evacuados por los servicios de salud.

Los ejemplos más recientes, además del que es objeto de comentarios, son los siguientes. STSJ-SOC Murcia, 340/2025, de 25 de marzo; STSJ-SOC Galicia 1637/2025, de 21 de marzo; STSJ-SOC Madrid 258/2025, de 6 de marzo; STSJ-SOC Murcia 258/2025, de 4 de marzo; y STSJ-SOC Asturias 358/2025, de 4 de marzo de 2025. Es una muestra reciente de los más de 1900 resultados que nos devuelve la base de datos oficial del Consejo General del Poder Judicial cuando cruzamos dos tesauros conceptuales “literosuficiencia” e “*incapacidad permanente*”, y nos sitúa en la necesidad de reafirmar que la labor jurisdiccional fundamental en esta materia es apreciar si las lesiones influyen, y en qué manera, en la realización de las actividades laborales que habitualmente desarrollaba la persona trabajadora, considerando que la labor jurisdiccional que se dedica a elaborar el relato de hechos probados tiene un claro límite: la necesidad de incorporar, lo más fielmente posible, los términos técnicos el informe valorativo del servicio de salud, evitando la realización de resúmenes que no sean comprensivos de dichos términos.

Referencias:

1. ^ Que puede consultarse en esta página: <https://dpej.rae.es/>

§ 41 El complemento de brecha de género también es discriminatorio.

José Fernando Lousada Arochena

Magistrado de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia. Profesor asociado de la Universidad de Coruña.

Resumen: La Sentencia de 12 de diciembre de 2019 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró discriminatorio por razón de sexo el complemento de aportación demográfica reconocido en la legislación española solo a favor de las madres. A causa de esa Sentencia, la legislación española sustituyó ese complemento de aportación demográfica por otro de brecha de género, reconocido a todas las madres y a los padres solo bajo determinadas condiciones. La Sentencia de 15 de mayo de 2025 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea también declara discriminatorio el nuevo complemento.

Palabras clave: Discriminación por razón de sexo contra varones.

Abstract: The judgment of December 12, 2019, of the Court of Justice of the European Union declared the demographic contribution supplement recognized in Spanish legislation only in favor of mothers to be discriminatory on the basis of sex. Following this judgment, Spanish legislation replaced this demographic contribution supplement with a gender gap supplement, recognized for all mothers and fathers only under certain conditions. The judgment of May 15, 2025, of the Court of Justice of the European Union also declared the new supplement discriminatory.

Keywords: Sex discrimination against men.

I. Introducción

La torpeza del poder legislativo español estableciendo un complemento de aportación demográfica para las pensiones de jubilación, viudedad o incapacidad permanente solo a favor de las madres, que fue declarado discriminatorio por la STJUE de 12/12/2019 (C-450/18; ECLI:EU:C:2019:1075), ha causado una de las oleadas de litigiosidad más importantes sufridas en los últimos años por la Jurisdicción Social debido, no solo a la propia torpeza legislativa, también a la resistencia de la entidad gestora a reconocer el complemento a los varones solicitantes después de la referida STJUE, y ello motivó otra cuestión prejudicial resuelta en la STJUE de 14/09/2023 (C-113/22; ECLI:EU:C:2023:665) donde se abrió la posibilidad de una indemnización contra la entidad gestora al considerar esa resistencia como una nueva discriminación por razón de sexo contra los varones.

Para sortear la existencia de discriminación, el poder legislativo lo sustituyó por un complemento de brecha de género en el que nuevamente se insiste en la sexuación de las condiciones de acceso, automática para las madres y sometida a determinadas condiciones para los padres. A la STJUE de 15/05/2025 (C-623/23 y C-626/23, acumulados, ECLI:EU:C:2025:358) no le lleva mucho trabajo en también declarar esto

discriminatorio. De hecho, el procedimiento seguido fue acelerado pues el Abogado general asumió no hacer conclusiones, y la Sala acordó resolver con tres miembros, lo que ya permitía presagiar un resultado similar al de la STJUE de 12/12/2019. Finalmente, así ha sido pues la STJUE de 15/05/2025 vuelve a declarar la existencia de discriminación con argumentos en gran medida reiterados a los de la STJUE de 12/12/2019, a la que se cita con profusión.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Décima).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia de 15 de mayo de 2025.

Tipo y número recurso o procedimiento: Cuestión prejudicial. Asuntos acumulados C-623/23 y C-626/23.

ECLI: EU:C:2025:358.

Fuente: CURIA.

Ponente: Sr. D. Gratsias, Presidente de Sala, y Sres. E. Regan y B. Smulders (Ponente), Jueces; Abogado General: Sr. R. Norkus; Secretario: Sr. A. Calot Escobar.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Asunto C-623/23: A UV, padre de dos hijos, el INSS le reconoció, con efectos de 01/07/2021, una pensión de jubilación en importe mensual bruto de 1.637,08 euros. UV solicitó al INSS que, con efectos de 01/07/2021, le reconociera el complemento de pensión para la reducción de la brecha de género contemplado en el artículo 60 de la LGSS. El INSS denegó dicha solicitud porque UV no reunía los requisitos del citado artículo 60.

Por otra parte, con efectos desde el 10/12/2022, el INSS reconoció a la madre de los dos hijos de que se trata una pensión de jubilación anticipada de un importe mensual bruto de 2.790,99 euros, más el complemento de pensión controvertido de 56 euros mensuales.

UV interpuso demanda contra la resolución denegatoria de su complemento ante el Juzgado de lo Social 3 de Pamplona, alegando que el artículo 60 de la LGSS resulta contrario a la Directiva 79/7 por cuanto establece una discriminación por razón de sexo.

En estas circunstancias, el Juzgado de lo Social 3 de Pamplona decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales.

Asunto C-623/23: A XXX, padre de tres hijos, el INSS le reconoció, con efectos de 11/01/2022, una pensión de jubilación. XXX reclamó al considerar se le calculó erróneamente la cuantía de dicha pensión. El INSS no respondió a esa reclamación.

Frente al silencio administrativo, XXX interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social 4 de Madrid, siendo desestimada. Interpuesto recurso ante el TSJ de Madrid, este decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial.

Acumulación de los asuntos y cuestiones prejudiciales. El TJUE decidió acumular ambos asuntos dado que en una de las dos cuestiones prejudiciales en el asunto C-623/23 y en la cuestión prejudicial única en el asunto C-626/23, los órganos jurisdiccionales remitentes preguntan, en esencia, si la Directiva 79/7, a la luz del artículo 23 de la Carta de Derechos Fundamentales, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional en virtud de la cual, para reducir la brecha de

género debida a la educación de los hijos, se reconoce un complemento de pensión a las mujeres que perciban una pensión contributiva de jubilación y hayan tenido uno o más hijos, mientras que el reconocimiento de este complemento a los hombres que se encuentran en una situación idéntica está sujeto a requisitos adicionales relativos a que sus carreras profesionales se hayan interrumpido o se hayan visto afectadas con ocasión del nacimiento o de la adopción de sus hijos.

Mediante su segunda cuestión prejudicial en el asunto C-623/23, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, en caso de haberse denegado la solicitud de complemento de pensión presentada por un padre en virtud de una norma nacional declarada constitutiva de discriminación directa por razón de sexo y de que deba reconocerse al padre ese complemento con arreglo a los requisitos aplicables a las madres, tal reconocimiento conlleve la supresión del complemento de pensión ya reconocido a la madre, considerando que, a tenor de esa norma, dicho complemento solo puede reconocerse al progenitor que perciba la pensión de jubilación de menor cuantía y tal progenitor es el padre.

IV. Posición de las partes

En los procesos nacionales, las partes procesales asumieron la postura propia de los procesos en materia de Seguridad Social: los varones demandantes reclamaban el reconocimiento del complemento de brecha de género y el INSS, demandado, se lo negaba.

En el procedimiento ante el TJUE, se personaron el INSS y el Gobierno español, que defendieron la legalidad comunitaria del complemento, y también se personó la Comisión europea que sostuvo el carácter discriminatorio del complemento de brecha de género.

V. Normativa aplicable al caso

— Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, en particular sus artículos 4 y 7, apartado 1, letra b).

— Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículo 23.

— Ley General de la Seguridad Social, artículo 60, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico.

VI. Doctrina básica

Es discriminatorio por razón de sexo un complemento de pensiones establecido con la finalidad de reducir la brecha de género en las pensiones que se reconoce a las mujeres pensionistas que hayan tenido uno o más hijos, mientras que el reconocimiento de este complemento a los hombres que se encuentran en una situación idéntica está sujeto a requisitos adicionales relativos a que sus carreras profesionales se hayan interrumpido o se hayan visto afectadas con ocasión del nacimiento o de la adopción de sus hijos.

No es discriminatorio establecer un solo complemento para la madre y el padre cuando solo se puede reconocer al progenitor que perciba la pensión de menor cuantía.

VII. Parte dispositiva

(1) La Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, en particular sus artículos 4 y 7, apartado 1, letra b), a la luz del artículo 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,

debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional en virtud de la cual, con la finalidad de reducir la brecha de género en las prestaciones de seguridad social debida a la educación de los hijos, se reconoce un complemento de pensión a las mujeres que perciban una pensión contributiva de jubilación y hayan tenido uno o más hijos, mientras que el reconocimiento de este complemento a los hombres que se encuentran en una situación idéntica está sujeto a requisitos adicionales relativos a que sus carreras profesionales se hayan interrumpido o se hayan visto afectadas con ocasión del nacimiento o de la adopción de sus hijos.

(2) La Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que, en el caso de que se haya denegado una solicitud de complemento de pensión presentada por un padre en virtud de una norma nacional declarada constitutiva de discriminación directa por razón de sexo, a los efectos de esta Directiva, y de que, en consecuencia, deba reconocerse al padre ese complemento con arreglo a los requisitos aplicables a las madres, tal reconocimiento conlleve la supresión del complemento de pensión ya reconocido a la madre, considerando que, a tenor de esa norma, dicho complemento solo puede reconocerse al progenitor que perciba la pensión de jubilación de menor cuantía y tal progenitor es el padre.

VIII. Pasajes decisivos

1. El complemento de brecha de género es discriminatorio

59. En los presentes asuntos, de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia y del propio tenor de la norma resulta que esta tiene como objetivo reducir la brecha de género en la Seguridad Social, compensando el perjuicio económico que sufren las madres en sus carreras profesionales debido a su papel preponderante en la educación de los hijos, perjuicio que se traduce, en particular, en cotizaciones menores al sistema de la Seguridad Social y, por tanto, en el reconocimiento de prestaciones de la Seguridad Social reducidas.

60. Pues bien, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, habida cuenta de tal objetivo, no puede excluirse que los trabajadores y las trabajadoras que han asumido el cuidado de sus hijos se encuentren en una situación comparable, en la medida en que unos y otras pueden sufrir, debido a su implicación en el cuidado de sus hijos, las mismas desventajas en sus carreras, apreciación que no queda desvirtuada por la circunstancia, subrayada por el INSS y el Gobierno español, de que, en la práctica, las tareas vinculadas al cuidado de los hijos sean asumidas mayoritariamente por las mujeres ...

62. Por tanto, tal norma constituye una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7.

63. Ha de recordarse ... que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una excepción a la prohibición de toda discriminación directa por razón de sexo, establecida en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7, solo es posible en los casos que se enumeran con carácter exhaustivo en esa misma Directiva ...

64. A este respecto, en lo que toca, por un lado, al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 79/7, según el cual el principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad, es preciso hacer constar ... que el artículo 60, apartado 1, de la LGSS modificada no contiene ningún elemento que establezca un vínculo entre la concesión del complemento de pensión controvertido y el disfrute de un permiso de maternidad o las desventajas que sufre una mujer en su carrera debido a la interrupción de su actividad durante el período que sigue al parto ...

65. Por añadidura, como señala la Comisión, el hecho mismo de que el complemento de pensión controvertido pueda ahora reconocerse también a los hombres, siempre que cumplan los requisitos adicionales indicados ... confirma tal conclusión.

66. Consiguientemente, un complemento de pensión como el controvertido en los litigios principales no está comprendido en el ámbito de aplicación de la excepción a la prohibición de discriminación establecida en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 79/7.

67. Por otro lado, según el artículo 7, apartado 1, letra b), de dicha Directiva, esta no obstará a la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos y la adquisición del derecho a las prestaciones después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos.

68. A este respecto, basta con señalar, no obstante, que, aunque es cierto que el artículo 60, apartado 1, letra b), condiciones 1.a y 2.a, de la LGSS modificada impone a los hombres requisitos que tienen por objeto, en particular, reconocer exclusivamente el complemento de pensión controvertido a los trabajadores cuya carrera profesional se haya interrumpido o se haya visto afectada con ocasión del nacimiento o de la adopción de sus hijos, de las indicaciones de los órganos jurisdiccionales remitentes resulta que, en el caso de las mujeres, esta disposición sigue sin supeditar tal reconocimiento a la educación de los hijos o a la existencia de períodos de interrupción de sus carreras profesionales debidos a la educación de sus hijos ...

69. Por consiguiente, el artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 79/7 no puede aplicarse a tal complemento de pensión.

70. ... ha de examinarse si la discriminación indicada en el apartado 62 de la presente sentencia, que resulta del artículo 60, apartado 1, de la LGSS modificada, puede justificarse en virtud del artículo 23 de la Carta.

71. Este artículo 23 dispone, en su párrafo segundo, que el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado. A este respecto, debe precisarse que esta disposición recoge, «en una fórmula más breve», el artículo 157 TFUE, apartado 4, pero «no [lo] modifica», como resulta de las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales (DO 2007, C 303, p. 17).

... 74. A este respecto, ha de recordarse que el Tribunal de Justicia declaró ... que el artículo 157 TFUE, apartado 4, no puede aplicarse a una norma nacional, como el artículo 60, apartado 1, de la antigua LGSS, que se limita a conceder a las mujeres un complemento de pensión en el momento del reconocimiento del derecho a una pensión, sin remediar los problemas que pueden encontrar durante su carrera profesional, en tanto en cuanto no parece que dicho complemento pueda compensar las desventajas a las que están expuestas las mujeres, ayudándolas en sus carreras, y garantizar en la práctica, de este modo, una plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional.

75. Pues bien, las consideraciones formuladas en el precedente apartado son igualmente aplicables al artículo 60, apartado 1, de la LGSS modificada. A este respecto, el hecho, suponiendo que esté acreditado, de que esta disposición complementa otros dispositivos que están destinados a alcanzar los objetivos del artículo 157 TFUE, apartado 4, no permite, como tal, alterar la anterior conclusión.

76. Por lo tanto, ha de declararse que una norma nacional como la controvertida en los litigios principales no puede justificarse en virtud del artículo 23 de la Carta.

2. No es discriminatorio reconocer un solo complemento a favor del progenitor con menor pensión

87. ... una vez que se ha constatado la existencia de una discriminación contraria al Derecho de la Unión y mientras no se adopten medidas que restablezcan la igualdad de trato, el respeto del principio de igualdad solo puede garantizarse concediendo a las personas de la categoría desfavorecida las mismas ventajas de las

que disfrutaran las personas de la categoría privilegiada. En ese supuesto, el órgano jurisdiccional nacional debe dejar sin aplicar toda disposición nacional discriminatoria, sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador, y debe aplicar a los miembros del grupo desfavorecido el mismo régimen del que disfrutaban las personas incluidas en la otra categoría [sentencia de 14 de septiembre de 2023, TGSS (Denegación del complemento por maternidad), C-113/22, EU:C:2023:665, apartado 41 y jurisprudencia citada].

88. En el caso de autos, si, por lo que respecta al complemento de pensión controvertido, la aplicación al padre del mismo régimen que el aplicable a la madre conlleva el reconocimiento del complemento al padre y, al mismo tiempo, la supresión del complemento ya reconocido a la madre, en tanto en cuanto, por una parte, la norma nacional establece que dicho complemento solo puede reconocerse a un progenitor, a saber, a aquel que tenga la pensión de menor cuantía, y, por otra parte, la madre percibe la pensión más elevada, no cabe considerar que tal supresión prive de efecto útil a la declaración del carácter discriminatorio de la norma nacional en virtud de la cual se privaba a los padres de ese complemento.

89. En efecto, tal supresión no es sino la consecuencia de la aplicación al padre de los mismos requisitos que los aplicables a las madres para el reconocimiento del complemento de pensión controvertido.

90. Lo mismo sucedería en la situación, a la que alude el órgano jurisdiccional remitente, en la que el padre percibiese la pensión de mayor cuantía y, por ende, ese complemento se reconociese solo a la madre.

IX. Comentario

Nunca se entendió (o a lo menos nunca lo entendió quien esto escribe) cómo el poder legislativo español, a través de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, tuvo la genial ocurrencia de introducir, en el artículo 60 de la LGSS, un complemento de pensiones, inicialmente denominado de aportación demográfica, construido sobre una diferencia de trato entre mujeres y hombres con completo desconocimiento de la severa jurisprudencia emanada del Tribunal de Luxemburgo sobre discriminación directa en materia de Seguridad Social^[1], en particular con desconocimiento de un antecedente muy similar que, aunque referido a pensiones profesionales en la función pública francesa, era de solución perfectamente trasladable: la STJUE de 29/11/2001 (Griesmar, C-366/99, ECLI:EU:C:2001:648), que entendió discriminatorio excluir a los funcionarios que acrediten haber cuidado a sus hijos/as de la bonificación concedida a las funcionarias a efectos de la pensión de jubilación.

Por ello, la doctrina científica muy pronto llamó la atención sobre el carácter discriminatorio del complemento de aportación demográfica al excluir a los varones^[2], y de ahí la también pronta interposición de una cuestión prejudicial resuelta, con cita de la doctrina Griesmar, en la STJUE de 12/12/2019 (WA, C-450/18, ECLI:EU:C:2019:1075) donde se declaró discriminatorio ese inicial complemento de aportación demográfica solo para las pensionistas. Si bien lo peor fue la respuesta de los poderes públicos españoles.

De un lado, las entidades gestoras de la Seguridad Social se negaron a aplicar la doctrina de la STJUE de 12/12/2019, obligando a los varones reclamantes a acudir a la Justicia. Y ello motivó otra cuestión prejudicial donde se preguntaba al TJUE si esa negativa se podría considerar una segunda discriminación por razón de sexo que posibilitaría la reclamación de una indemnización de daños y perjuicios, a lo que el TJUE respondió afirmativamente en la Sentencia de 14/09/2023 (DX, C-113/22, ECLI:EU:C:2023:665).

Me permitirá el lector o lectora que nos paremos un momento en esta STJUE DX pues es una Sentencia muy relevante: primero, porque supone una mejora significativa en la eficacia de la tutela antidiscriminatoria y, aunque en el caso sean los hombres los beneficiados, tendencialmente (pues ellas son las más habitualmente discriminadas

por razón de sexo) va a beneficiar más a las mujeres (y ello ya podría empezar a verse cuando las empleadas de hogar comiencen a reclamar el desempleo que históricamente se les ha negado en nuestra Seguridad Social); y segundo, porque esta Sentencia supone un paso muy trascendente en la posibilidad de exigir responsabilidades a los Estados miembros por incumplimiento del Derecho de la Unión europea, pues, si hasta el momento esa exigencia obligaba a acudir a un procedimiento de responsabilidad patrimonial del Estado (STJUE 19/11/1991, Francovich, C-6/90 y 9/90 acumulados, ECLI:EU:C:1991:428), ahora ya se puede exigir indemnización en el mismo procedimiento donde se aprecia el incumplimiento del Derecho de la Unión europea, lo que es un claro avance sobre la doctrina Francovich^[3].

De otro lado, el poder legislativo se empeñó en mantener un complemento sexuado, a cuyo efecto se reformó el artículo 60 de la LGSS a través del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, donde se regula un complemento de pensiones ahora denominado para la reducción de la brecha de género. Y es que su lectura, si bien muy mejorada, tampoco permitía despejar todas las dudas acerca de la adecuación de su regulación a la jurisprudencia comunitaria, como lo destacó la doctrina desde muy temprano^[4], y así es que llegamos a nuevas cuestiones prejudiciales resueltas en la STJUE comentada donde, por tercera vez en poco más de un lustro, vuelve a quedar en entredicho el Reino de España.

Más allá de las críticas *lege ferenda* que pueda suscitar la escasa receptividad del TJUE a las acciones positivas (no solo en materia de Seguridad Social: bastaría recordar todo el rebumbio suscitado con la doctrina Kalanke y post-Kalanke), y más allá de la crítica también a los poderes públicos españoles por desconocer esa jurisprudencia y por retar al TJUE con pólvora del Rey (en suma, con el dinero de nuestras cotizaciones), la cuestión subsiguiente es si, dentro del marco jurídico de la Unión europea, aparece algún espacio para adoptar medidas efectivas y/o acciones positivas para reducir la brecha de género^[5].

Nos parece evidente que la respuesta debe ser afirmativa. Con todo, no debemos pasar por alto ni nuestra propia experiencia, ni la de los demás Estados miembros.

De entrada, una advertencia resulta oportuna, y es que solo la República Francesa y el Reino de España se han atrevido con complementos u otros beneficios aplicados directamente a la pensión de jubilación. Los demás Estados miembros, acaso por su propia idiosincrasia o acaso conscientes de la tendencia de la jurisprudencia comunitaria, han optado por otras medidas diferentes para la mejora de la igualdad entre mujeres y hombres en sus Sistemas de Seguridad Social (prestaciones para el cuidado de hijos/as, cotizaciones ficticias durante interrupciones vinculadas al cuidado, reparto de cotizaciones entre los progenitores constante matrimonio, individualización de las prestaciones ...)^[6].

Veamos en particular la respuesta dada en la República Francesa tras la STJUE Griesmar: proporcionar a los funcionarios de ambos sexos (y no solo a las funcionarias) determinadas mejoras en sus pensiones de jubilación vinculadas al cuidado de hijos y sometidas a condiciones sumamente detalladas, entre las cuales se encuentra una interrupción de los servicios durante dos meses justificada en permisos, entre los cuales se encuentran el (obligatorio) de maternidad y otros (voluntarios) de paternidad o parentales.

Y es aún más interesante recordar las respuestas que, a lo que hizo la República Francesa, han dado los tribunales europeos que se han visto apelados para fiscalizarla.

En primer lugar, se cuestionó que fuese una intervención legislativa con efectos retroactivos, lo que determinó una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, constando una violación del derecho al juicio justo (artículo 6.1 del Convenio) (STEDH de 11/02/2010, Caso Javaugue vs República Francesa, demanda n.º 39730/06).

En segundo lugar, los pensionistas varones demandaron por la eventual existencia de una discriminación indirecta en la medida en que las condiciones impuestas por la nueva legislación resultaban más fáciles de cumplir por las mujeres, motivando nuevas cuestiones.

Una primera cuestión resultaba esperanzadora, aunque en modo alguno era concluyente. El Tribunal Administrativo de Saint-Denis de La Reunión, a consecuencia de 50 demandas de varones, planteó, con dicha nueva normativa, una cuestión prejudicial por discriminación indirecta / impacto adverso sobre los hombres (Caso Amédée, C-572/10, ECLI:EU:C:2011:846). Pero la cuestión fue retirada antes de la Sentencia, si bien hay Conclusiones del Abogado General justificando la exigencia de supeditar la bonificación por hijos/as a una interrupción continua en el marco de permisos de maternidad o parentales.

La segunda cuestión fue más decepcionante. Otro funcionario, aquí en litisconsorcio activo con su esposa (que coadyuva a la demanda invocando el perjuicio personal que sufriría, en caso de fallecimiento de su marido, en el cálculo de la pensión de supervivencia), exige una indemnización por no haberle permitido acogerse a un beneficio de anticipación de la jubilación. Al conocer la demanda, el Tribunal Administrativo de Apelación de Lyon pregunta al Tribunal de Justicia. El mismo Abogado General que en el Caso Amédée se remite a sus conclusiones anteriores, que estimaban que la normativa francesa era conforme al Derecho de la Unión. Pero la Corte no las sigue. En la STJUE de 17/07/2014, Caso M. y B. Leone (C-173/13, ECLI: EU:C:2014:2090), se admite la posibilidad de una discriminación indirecta considerando que un porcentaje más elevado de mujeres que de hombres pueden cumplir las condiciones para la jubilación anticipada (en particular, la exigencia de dos meses de interrupción dado que el permiso de maternidad es superior a ese tiempo y además obligatorio, mientras los de paternidad o parentales son voluntarios, no son retribuidos e interrumpen la carrera cotizatoria). A partir de esta constatación del impacto adverso, el TJUE remite a la jurisdicción nacional para verificar si hay justificación, aunque apunta algunas indicaciones donde se pone en evidencia la falta de coherencia de determinadas exigencias para acceder a los beneficios en la pensión de jubilación con respecto a la finalidad de compensar el impacto de los cuidados sobre dicha pensión. En cuanto a la invocación de una acción positiva, admitida por el artículo 141.4 del Tratado CEE (artículo 157.4 del TFUE), se descarta porque el Tribunal no ve en qué medida la anticipación de la jubilación ayudaría a las personas interesadas a superar las dificultades existentes a lo largo de sus carreras profesionales derivadas del cuidado de los hijos/as.

¿Qué se puede hacer, pues, tras la STJUE objeto de comentario?^[7] La respuesta más inmediata es cumplirla sin forzar a los varones a acudir a los órganos judiciales, lo que, según la STJUE DX, conduciría a la reclamación de indemnizaciones a la Seguridad Social.

En cuanto a la vigencia del complemento, una opción es derogarlo, aunque ello no podría tener efectos retroactivos, ni se podría limitar temporalmente la reparación de la discriminación sufrida por los pensionistas varones (ni por plazos de prescripción en el caso de la jubilación pues es una pensión imprescriptible, ni por la limitación general de tres meses hacia atrás desde la solicitud), ni tampoco se podrían excluir las indemnizaciones si los varones tuvieron que acudir a los órganos judiciales. Nada que hacer hacia atrás. O sea, sería una derogación meramente *ad futurum*, y que, si queremos ser coherentes con nuestro compromiso con la igualdad de género, se debería acompañar con otras medidas para superar la brecha de género en pensiones (como las cotizaciones ficticias reguladas en los artículos 235, 236 y 237 de la LGSS, aunque, dicho sea de paso y en mi modesta opinión, el 236 presenta algunos flancos a la crítica a la vista del filtro utilizado por el TJUE, pues no acaba de conectar el cuidado con las interrupciones, que bien pueden obedecer a otras cuestiones, y además atribuye el beneficio a las madres cuando ambos progenitores tuvieran derecho y hubiera controversia en cuanto a quien se quedase con el beneficio).

Sin embargo, y para ser coherentes con nuestro compromiso con la igualdad de género, lo más correcto sería mantener el complemento con las reformas necesarias para superar el filtro restrictivo utilizado por el TJUE. Obviamente, eso se consigue con un complemento totalmente neutro y vinculado al cuidado de los hijos/as. Pero no siempre son neutros factores como el ejercicio de permisos de maternidad, paternidad o conciliación. Basta releer los argumentos de la STJUE M. y B. Leone para concluir, por ejemplo, que incluir el permiso obligatorio de maternidad entre las interrupciones habilitantes para el acceso a esos beneficios y exigir a los padres tomar un permiso de paternidad inexistente en la época en que los que ahora se jubilan tuvieron sus hijos, generaría claros impactos adversos que llevarían a entrar en un laberinto de justificaciones. Y a la hora de valorar estas justificaciones, la STJUE M. y B. Leone impone un severo principio de coherencia entre las determinadas exigencias para acceder a los beneficios en la pensión de jubilación con respecto a la finalidad de compensar el impacto de los cuidados sobre dicha pensión, que nos lleva a preguntar si la simple constatación de interrupciones en la carrera de cotizaciones bastaría ella por sí sola para cumplir con ese severo principio de coherencia.

Quizás la mejor solución, sin perjuicio de adoptar también otras necesarias medidas para superar la brecha de género (léase: mejorar la cobertura derivada del régimen de las cotizaciones ficticias), sería vincular el complemento a factores combinados tales como interrupciones en la carrera de cotizaciones en periodos cercanos al nacimiento o adopción, o a periodos de enfermedad grave de los hijos/as, a la guarda y custodia de los hijos/as, y/o a una comparativa de las cuantías de las pensiones causadas por ambos progenitores.

X. Apunte final

A la vista de la situación generada tanto por el viejo complemento de aportación demográfica como por el nuevo complemento de brecha de género, es difícil no evocar el castigo que Zeus le impuso a Prometeo por haber robado el fuego a los Dioses. Ordenó Zeus encadenar a Prometeo en el Cáucaso para que un águila le devorase el hígado, aunque, al ser Prometeo inmortal, se le regeneraba de noche, y al siguiente día de nuevo se lo devoraba. Y es que, dadas las torpezas de nuestros poderes públicos que perseveran en regenerar la discriminación, así el legislativo como la entidad gestora, el Tribunal de Luxemburgo se encuentra obligado a devorar las entrañas de nuestra Seguridad Social a cada nueva cuestión prejudicial, con el resultado, dado el contexto de avalancha de reclamaciones, de atasco en la gestión y de colapso en los órganos judiciales nacionales.

Nuestros poderes públicos pueden autoliberarse del castigo no generando nuevas discriminaciones, en primer lugar, acatando la doctrina del TJUE, y en segundo lugar, sustituyendo o modificando el complemento por otro sin sexuación de las condiciones de acceso. Acabando de una vez con la avalancha de litigios sobre estas infaustas cuestiones.

Referencias:

1. [^] Me permito remitir a un estudio propio: José Fernando LOUSADA AROCHENA, "Seguridad Social Pública y discriminación sexista en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea y su aplicación en España", en el libro coordinado por Arántazu VICENTE PALACIO, *Aplicación por los tribunales españoles de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea en materia social*, Editorial Atelier (Barcelona, 2023); páginas 297-324.

2. ^ Tempraneros y críticos fueron los siguientes estudios: María Luisa DE LA FLOR FERNÁNDEZ, “Reflexiones en torno a la pensión de jubilación desde una óptica de género: el nuevo complemento por maternidad”, *Revista de Derecho Social*, número 76, 2016, páginas 107-132; María Amparo BALLESTER PASTOR, “El comprometido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión Europea”, *Lex social: revista de los derechos sociales*, volumen 6, número 1, 2016; y Rocío GALLEGOS LOSADA, “El complemento de maternidad: una medida discutible para cerrar la brecha de género de las pensiones”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, número 403, 2016, páginas 19-54.
3. ^ En palabras de Lourdes ARASTEY SAHÚN, “this solution could be more interesting and fair that the only possibility of wait for a Francovich liability action” (“Keynote Speech” impartida en el Legal seminar on non discrimination and gender equality, Bruselas, 29 de noviembre de 2024 – European Commission; accesible en <https://www.equalitylaw.eu/seminar-2024/148-opening-session-keynote-speech>, página consultada el 08/06/2025).
4. ^ Un completo e imprescindible estudio sobre la transición del antiguo complemento al nuevo completo es el de Juan Bautista VIVERO SERRANO, *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género*, Editorial Comares (Granada, 2021). Centrándose en la crítica del nuevo complemento y cuestionando seriamente su adecuación a la Directiva 79/7/CEE y a la jurisprudencia del TJUE, véase Miguel DE LA CORTE RODRÍGUEZ, “Del complemento de pensiones por maternidad al de por brecha de género: cómo intentar cumplir (sin lograrlo) la jurisprudencia europea sobre igualdad de género”, *Revista General de Derecho Europeo*, número 56, 2022.
5. ^ Muy completo y recomendable sobre estas cuestiones es *La brecha de género en pensiones* (dirs: José Luis MONEREO PÉREZ / María Nieves MORENO VIDA / Juan Antonio MALDONADO MOLINA; coord.: Diego VELASCO FERNÁNDEZ), Ediciones Laborum (Murcia, 2025). Dentro de esta obra colectiva, muy interesante por su planteamiento dilemático, María Amparo BALLESTER PASTOR, “Los dilemas del complemento de brecha de género”.
6. ^ En el libro colectivo *La brecha de género ...*, citado, se contiene un amplio análisis de derecho comparado.
7. ^ De gran interés son los comentarios publicados en los Briefs AEDTSS: Juan Bautista VIVERO SERRANO, “El complemento de pensiones para la reducción de la brecha de género fulminado por el TJUE”, *Briefs AEDTSS*, núm. 54, 2025; Cristóbal MOLINA NAVARRETE, “Los hombres del Tribunal de Justicia y el “mito del varón pensionista discriminado”: ¿“Punto ciego” para la perspectiva de género?”, *Briefs AEDTSS*, núm. 55, 2025; Francisca MORENO ROMERO, “STJUE de 15 de mayo de 2025, sobre el complemento para la reducción de la brecha de género: ¿y ahora qué? El derecho y del deber del Sistema de Seguridad Social a defenderse”, *Briefs AEDTSS*, núm. 57, 2025.

- § 42 ¿A qué orden jurisdiccional corresponde conocer de la impugnación de la resolución administrativa que admite la denuncia por acoso en el trabajo contra un funcionario, formulada por personal a su cargo, cualquiera que sea la naturaleza de la relación que le vincule con la Administración empleadora? Doctrina general y su discutible aplicación al caso.

Emilio Palomo Balda

Magistrado (jubilado) de la jurisdicción social.

Resumen: La cuestión de interés casacional que afronta y decide la Sala 3ª del Tribunal Supremo en la sentencia de 24 de abril de 2025 tiene por objeto trazar la línea divisoria entre el ámbito competencial de los órdenes social y contencioso-administrativo en materia de acoso laboral cuando el sujeto activo es un funcionario.

Palabras clave: Administraciones Públicas. Acoso laboral. Sujeto activo: personal funcionario. Medidas derivadas del resultado de la investigación interna. Impugnación por la persona acusada. Jurisdicción competente.

Abstract: The issue of cassational interest addressed and resolved by the Third Chamber of the Spanish Supreme Court in its judgment of 24 April 2025 concerns the determination of the boundary of jurisdiction between the social and administrative law courts in matters of workplace harassment, where the alleged perpetrator is a public official.

Keywords: Public authorities. Workplace harassment. Alleged perpetrator: civil servant. Measures arising from internal investigative proceedings. Legal challenge by the accused party. Competent jurisdiction.

I. Introducción

1.- En la reciente sentencia 28/2025, de 10 de febrero, el Tribunal Constitucional, al enjuiciar, desde la perspectiva que le es propia, la reclamación de responsabilidad patrimonial de un agente de policía local, fundada en la actitud pasiva del Ayuntamiento ante la situación de hostigamiento sistemático a la que estuvo sometido en el desempeño de su actividad profesional, ofrece una síntesis actualizada del tratamiento normativo de la figura del acoso, bajo una triple óptica preventiva, protectora y represiva, así como de la doctrina elaborada acerca de su incidencia directa en el derecho fundamental a la integridad física y personal consagrado en el art. 15 CE, íntimamente conectado con el derecho a la dignidad personal recogido en el art. 10.1 CE, y de la posible afectación adicional de otros derechos del mismo rango, como los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen a los que alude el art. 18 CE.

En esa misma resolución, el TC, además de dar cuenta de la jurisprudencia acuñada por el TEDH, se hace eco de dos datos que, por su relación con la sentencia

objeto del presente comentario, interesa traer a colación. Uno de ellos radica en que ese tipo de prácticas es más frecuente en la esfera de la función pública que en el sector privado y, otro, en que en ese concreto entorno se ha generalizado la aprobación de protocolos encaminados a proteger a los empleados frente a conductas de la índole expresada.

2.- El recordatorio que realiza el TC, del que se desprende el carácter pluriofensivo del acoso en el ámbito laboral, constituye un primer paso para acercarnos al análisis de la problemática a la que se enfrentó la Sala 3ª del Tribunal Supremo en la sentencia glosada, viniendo dado el segundo por el reparto competencial entre la jurisdicción social y la contencioso-administrativa que opera en esa materia, que, resumidamente, es el siguiente:

A) El orden social ostenta competencia plena para enjuiciar las demandas de impugnación de los actos y decisiones de la Administración Pública empleadora derivados del acoso inferido o sufrido por "trabajadores" a su servicio, como resulta de lo normado en el art. 1 y en el art. 2, letras a), b) y e) de la LRJS.

B) Le corresponde pronunciarse también sobre las acciones ejercitadas por el personal funcionario o estatutario contra las actuaciones administrativas relacionadas con la obligación legal que pesa sobre su empleador de evitar y erradicar el acoso, adoptando las medidas preventivas oportunas, así como de las pretensiones indemnizatorias deducidas frente al mismo por los daños y perjuicios padecidos como consecuencia de su omisión, todo ello conforme a lo preceptuado en el art. 2, letra e) LRJS, en relación con el art. 3.1, letra a) LRJCA. Así lo ha reconocido reiteradamente la Sala 4ª del TS, en sentencias, entre otras, de 5 de mayo, 19 de julio y 10 de noviembre de 2021 (RCUD 1634/2019, 2282/2020 y 2061/2019), 18 de mayo de 2022 (RCUD 624/2019) y 25 de octubre de 2023 (RCUD 1873/2020), y en similares términos se posicionó la Sala de Conflictos de Competencia del TS en los autos 12/2019, de 6 de mayo, 8/2022, de 4 de julio y 6/2024, de 24 de junio.

C) La resolución de los recursos interpuestos por personal funcionario para la protección de los derechos fundamentales vulnerados a través de la situación de mobbing padecida en el seno de la entidad para la que trabajan, aunque denuncien también el incumplimiento de las obligaciones preventivas por parte de su empleador, recae sobre los tribunales del orden contencioso-administrativo, según se deduce del art. 1.1 LRJCA, puesto en conexión con el art. 2, letra f), y con el art. 3, letra c) LRJS, en la interpretación dada por las Salas 3ª y 4ª del TS en sentencias de 8 de marzo y 17 de mayo de 2018 (Rec. 810/2015 y RCUD 3598/2018, respectivamente).

D) De acuerdo a lo previsto en el art. 1.1 LRJCA, el orden contencioso-administrativo es el llamado a zanjar los recursos presentados contra las resoluciones que ponen fin a las investigaciones disciplinarias por presuntas conductas de acoso cometidas por personal funcionario o estatutario, como señaló la Sala 3ª del TS en la sentencia de 30 de octubre de 2024 (Rec. 725/2023) conociendo de la dictada en un expediente gubernativo iniciado a raíz de la queja de varios miembros de la carrera fiscal contra su superior jerárquico.

3.- El panorama sustantivo y competencial esbozado de forma sucinta y sin ánimo de exhaustividad sirve para enmarcar la resolución judicial anotada en el particular contexto en que se emitió, caracterizado por las siguientes circunstancias que lo perfilan:

1ª) La presentación de una denuncia interna por acoso contra una funcionaria por parte de dos empleados de la Junta de Andalucía, sobre los que no existe certeza de su condición laboral o funcional, si bien algunos pasajes de la sentencia y la forma en que aparece configurada la cuestión de interés casacional objetivo a la que se da respuesta apuntan hacia la primera alternativa, variable a la que en todo caso el TS no concede relevancia al considerar que la solución no varía en función de ese factor.

2ª) La incoación de un procedimiento por parte del Comité de Investigación Interna con arreglo a lo pautado en el Protocolo de prevención y actuación en los casos de

acoso laboral, sexual y por razón de sexo u otra discriminación, de la Administración de la Junta de Andalucía, adoptado el 27 de octubre de 2014, aplicable por razones cronológicas, que concluyó con un informe en el que se apreció la existencia de acoso y se propusieron determinadas medidas correctoras, dictamen que se elevó a la Delegada Territorial de Educación y Deportes que dictó resolución en el sentido postulado.

3ª) La naturaleza de las medidas aprobadas, articuladas en torno a tres ejes que se identifican:

a) evaluar los riesgos psicosociales, cuya realización o revisión se consideró pertinente al igual que la planificación de la actividad preventiva resultante;

b) promover actuaciones preventivas, con la advertencia de que se deberían acometer todas las establecidas en el protocolo de acoso, tanto dentro de la prevención primaria como de la secundaria;

c) evitar la repetición de esa clase de comportamientos, de lo que se responsabilizó al jefe de personal.

4ª) Tras el listado de medidas a aplicar, se añadió la apostilla *"sin perjuicio de otras, incluidas las disciplinarias, en su caso, que se podrían adoptar a la vista del presente informe"*.

5ª) No existe ningún dato del que se pueda inferir que a la funcionaria concernida se le abrió un expediente disciplinario o que se realizase cualquier otra clase de actuación de esa naturaleza.

4.- Antes de finalizar este apartado introductorio, procede resaltar que, más allá de la doctrina general que sienta la Sala 3ª en su sentencia, con la que no se puede sino estar de acuerdo, el modo en que la aplica a efectos de justificar la competencia del orden contencioso-administrativo para conocer del recurso interpuesto por la funcionaria implicada, resulta discutible por las razones que más adelante se exponen.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala Tercera del Tribunal Supremo (Sección Cuarta).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 478/2025, de 24 de abril.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de casación núm. 6952/2022.

ECLI:ES:TS:2024:1777

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Delgado-Iribarren García-Campero.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La sentencia resuelve el recurso de casación promovido por la Junta de Andalucía frente a la sentencia de fecha 8 de junio de 2022, pronunciada por la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía, sede en Sevilla, en el recurso de apelación formulado contra la emitida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Córdoba en el recurso interpuesto por una funcionaria, profesora y secretaria del Conservatorio Superior de Música de la capital, contra la resolución de la Delegada Territorial de Educación y Deportes que asumió el informe que puso fin al procedimiento de investigación de los hechos denunciados por dos ordenanzas que desempeñaban sus funciones en el mismo centro de trabajo.

En el informe mencionado se dejó constancia, por un lado, de la existencia y realización por la funcionaria implicada de conductas reiteradas que presentaban indicios de acoso y que podían ser compatibles con atentados a la dignidad y a la salud de los afectados, y, por otro, se propusieron las medidas desglosadas en el apartado I de este estudio. El órgano de instancia que conoció del asunto, después de rechazar la excepción de falta de jurisdicción opuesta por la Administración Autonómica, entró en el fondo para concluir que no había quedado probada la realidad del acoso, por lo que las medidas implantadas carecían de justificación, con la consiguiente declaración de nulidad de la resolución combatida. La Junta de Andalucía se alzó en apelación, expresando su discrepancia con la solución dada al problema competencial suscitado, viendo desestimado su recurso, decisión que impugnó en casación alegando que el acto administrativo había recaído en un procedimiento específico en materia de prevención de riesgos laborales, por lo que la jurisdicción llamada a solventar la controversia era la social. Por último, mediante auto de 26 de octubre de 2023, la Sección 4ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo admitió el recurso al concurrir interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia en la cuestión planteada, consistente en determinar qué orden jurisdiccional era competente para conocer de la impugnación de las resoluciones dictadas en los procedimientos para la prevención y actuación en los casos de acoso laboral, cuando el agente activo es un funcionario, aunque el presunto sujeto pasivo preste servicios en régimen laboral.

IV. Posición de las partes

1.- La Junta de Andalucía alegó, en síntesis, que la figura del acoso laboral se inserta en el marco general del derecho a la seguridad y la salud, y que la valoración acerca de su existencia únicamente se puede llevar a cabo en sede social, conforme dispone el art. 2 e) LRJS. La defensora de la Administración argumentó que sería paradójico que un mismo acto pueda ser revisado por la jurisdicción contencioso-administrativa cuando el recurrente es el funcionario al que se atribuye el presunto acoso y, al mismo tiempo, lo controle la jurisdicción social cuando quienes accionan son los trabajadores que lo han sufrido.

2.- La funcionaria personada mantuvo, en esencia, que aun cuando la resolución administrativa cuestionada hace referencia a otras medidas en materia de prevención de riesgos laborales, el elemento decisivo a tener en cuenta a fines competenciales es que declara la existencia de indicios de acoso y plantea la posibilidad de adoptar medidas disciplinarias, aspectos ambos cuyo conocimiento le está asignado al orden contencioso-administrativo.

V. Normativa aplicable al caso

A) Art.1.1 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa en tanto señala que "Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo (...), y art. 3.1 de esa misma norma cuando añade que "No corresponden al orden jurisdiccional contencioso-administrativo: a) Las cuestiones expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social, aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración pública".

B) Art. 2, letra e) de la Ley reguladora de la jurisdicción social en cuando establece la competencia del orden jurisdiccional social para entender de los litigios sobre actos de las Administraciones Públicas dictados en materia de prevención de riesgos laborales, respecto de sus empleados públicos, sin distinción por la naturaleza de su relación jurídica, estatutaria o laboral.

VI. Doctrina básica

La doctrina casacional que con carácter general, más allá del concreto supuesto litigioso, fija la sentencia analizada, se puede condensar en tres ideas básicas:

1ª) La competencia para conocer de la impugnación de los actos emanados de la Administración Pública empleadora relacionados con conductas de acoso laboral realizadas por personal funcionario recae sobre los órganos del orden contencioso-administrativo, salvo que tales actos administrativos se incardinan en el marco de la prevención de riesgos laborales, supuesto en el que la competencia de la jurisdicción social es exclusiva.

2ª) La delimitación del ámbito reservado al orden social va ligada a la regulación sustantiva contenida en los arts. 1, 2.1 y 3.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, de la que se extrae la conclusión de que las actuaciones administrativas cuya fiscalización incumbe al orden social son las que establecen medidas de prevención del acoso laboral, así como las que infringen esa clase de medidas, a lo que hay que sumar la exigencia de responsabilidad administrativa derivada de los daños ocasionados por su incumplimiento.

3ª) Si el acto administrativo ha sido adoptado en un procedimiento que tiene por objeto investigar o depurar la responsabilidad disciplinaria del funcionario por ese tipo de prácticas, el conocimiento del recurso formulado contra el mismo le corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, con independencia de que el sujeto pasivo sea funcionario o personal laboral.

VII. Parte dispositiva

Dejando al margen los pronunciamientos accesorios, la Sala 3ª declara como doctrina casacional, la que se recoge en el fundamento de derecho sexto de su sentencia, cuya sinopsis se ha ofrecido en el apartado precedente, y desestima el recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía, confirmando la sentencia impugnada.

La decisión que se expresa en el fallo encuentra soporte jurídico en los razonamientos que para justificar la aplicación al caso de la doctrina casacional de alcance general que ha de primar se vierten en el fundamento de derecho séptimo, consistentes en que si bien la resolución administrativa contradicha contenía determinados aspectos susceptibles de ser encuadrados en la materia referida a la prevención de riesgos laborales, lo sustancial, y lo que constituyó el objeto de la impugnación jurisdiccional, fue la conclusión de la investigación sobre la existencia de indicios de una conducta de acoso laboral imputable a la investigada y su posible responsabilidad disciplinaria.

VIII. Pasajes decisivos

A) Fundamento Jurídico Sexto.3

"El asunto controvertido en este recurso tiene su origen en una denuncia por el hipotético acoso laboral ejercido por una funcionaria sobre dos empleados del centro en que trabajan todos ellos. Debe advertirse que el *art. 95.2 o) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre*, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP), tipifica como falta disciplinaria muy grave *"el acoso laboral"*.

Sin necesidad de entrar en otro orden de consideraciones, no admite dudas que una conducta de esa naturaleza atenta al menos contra la salud de la persona acosada y forma parte, por tanto, del contenido posible de actuaciones en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. Por eso las administraciones públicas han aprobado diferentes protocolos de actuación frente a las diferentes formas de acoso, como los que cita la parte recurrente. Pues bien, tanto las actuaciones que establezcan esos protocolos cuanto las que los apliquen, así como la responsabilidad que se derive de esos incumplimientos, se refieran a funcionarios o a personal laboral, podrán ser objeto de impugnación ante la jurisdicción social, por imperativo de lo dispuesto el *art. 2 e) de la LRJS*.

Por el contrario, cuando se trate de actuaciones administrativas no preventivas sino represivas de conductas constitutivas de acoso laboral, tipificadas como falta muy grave por el *art. 95.2 o) del citado EBEP*, será la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para conocer los recursos que puedan interponer los interesados.

No se trata de que el orden jurisdiccional dependa de quien plantea el recurso, como aduce la parte recurrente; por el contrario, el elemento determinante es la naturaleza del acto recurrido. Si se trata de un acto que establece medidas preventivas en materia de acoso laboral, o de actuaciones que infrinjan esas medidas preventivas o de la exigencia de responsabilidad administrativa por el incumplimiento de esas medidas preventivas, será la jurisdicción social la competente, por imperativo de lo dispuesto en el *art. 2 e) de la LRJS*.

Por el contrario, si el acto administrativo tiene una naturaleza disciplinaria derivada de la posible comisión de una infracción tipificada como muy grave por el *art. 95.2 o) del EBEP*, será la jurisdicción contencioso-administrativa la que deba conocer los recursos contra dicho acto, con independencia de que el sujeto pasivo sea funcionario o personal laboral".

B) Fundamento Jurídico Séptimo.

Aunque no se hiciera en términos taxativos, en la resolución administrativa que puso fin al procedimiento de investigación seguido por la presunta conducta de la funcionaria se constataron indicios de una conducta de acoso laboral imputable a la investigada y se dejó abierta la posibilidad de adoptar medidas disciplinarias contra ella.

"Es cierto que la resolución contenía otros aspectos que podrían encuadrarse en la materia de prevención de riesgos laborales -como sucede con la referencia a la *"realización o revisión a la luz de la denuncia de la Evaluación de Riesgos Psicosociales por la Unidad de Prevención de Riesgos Laborales de la Delegación territorial de Educación, con la correspondiente planificación de la actividad preventiva resultante"*. Pero lo sustancial, y que además constituyó el objeto de la impugnación jurisdiccional, es la conclusión de esa investigación, apuntando indicios de acoso laboral cometido por una funcionaria pública -conducta que es constitutiva de una falta muy grave prevista en el *art. 95.2 o) del Estatuto Básico del Empleado Público*-, así como de la posible responsabilidad disciplinaria en que hubiera podido incurrir. Es, en suma, una materia que forma parte de la competencia jurisdiccional del orden contencioso-administrativo".

IX. Comentario

El orden social tiene competencia plena para garantizar el cumplimiento efectivo de la normativa sobre prevención de riesgos laborales respecto de todos los empleados públicos, haciendo abstracción de la naturaleza jurídica de la relación que mantengan con el ente al que sirven, lo que significa que el personal funcionario y estatutario puede plantear las reclamaciones en esa materia ante la jurisdicción social en igualdad de condiciones con los trabajadores contratados en régimen laboral.

De ese modo, se refuerza la tutela judicial efectiva de los dos colectivos referidos, tanto en el plano preventivo como en el protector y resarcitorio, dado el superior nivel de especialización de los juzgados y tribunales sociales y la mayor adecuación de las reglas procesales laborales a los objetivos perseguidos. Así se expone, en esencia, en el Preámbulo de la LRJS, se refleja en el mandato inequívoco que establece el *art. 2, letra e)* de esa misma norma, y lo viene reiterando la Sala 4ª del TS en numerosas sentencias, entre las que cabe citar como más reciente la 315/2025, de 8 de abril (RCUD 59/2023). Además, la reserva a favor del orden social posibilita una respuesta judicial global, coordinada y eficiente frente a las infracciones de las disposiciones sobre seguridad y salud laboral, así como una interpretación y aplicación uniforme y coherente de las mismas. Este aspecto es muy importante desde el momento que en un mismo centro de trabajo de la Administración desarrollan su actividad empleados

sujetos a regímenes jurídicos diferentes, de manera que la opción legal permite eludir los inconvenientes asociados a la escisión competencial.

La reconducción a la jurisdicción social de las pretensiones del personal funcionario y estatutario en materia preventiva adquiere una justificación especial y una singular trascendencia en el contexto de los riesgos laborales de carácter psicosocial y, en particular, en el de acoso, en sus distintas modalidades, figura a la que aluden los art. 4.2.f) ET y. 14 h) EBEP. Y ello, en la medida en que las personas involucradas en situaciones de esa índole, ya sea como víctimas, como perpetradores o como cómplices, interactúan entre sí con ocasión de la prestación de servicios para el empleador común, por lo que para poder valorar la realidad y alcance de esa clase de comportamientos, adoptar las medidas pertinentes para eliminarlos y evitar su repetición, así como para procurar la reparación de los daños ocasionados, es indispensable tomar en consideración las intervenciones de todas ellas en su conjunto, con independencia del nexo jurídico que les una a la Administración, al igual que el entorno en que se producen. A efectos competenciales resulta, en principio, indiferente que quien ejerce o sufre el hostigamiento sea un funcionario, un empleado con una relación estatutaria o un trabajador.

En línea con lo expresado, pero en una fase previa a la jurisdiccional, el Protocolo de prevención y actuación en los casos de acoso de la Administración de la Junta de Andalucía, aprobado en la Mesa general de negociación del personal funcionario, estatutario y laboral, extiende su ámbito de aplicación a todos los empleados públicos, sin distinción; contempla unos Comités de investigación interna comunes; e implanta un procedimiento de actuación en el que se establecen los pasos a seguir para denunciar, indagar y determinar la existencia o no de conductas constitutivas de acoso, sin hacer ninguna salvedad en función de la naturaleza jurídica del nexo que liga a la persona presuntamente objeto del mismo y a la persona denunciada con la Administración. En el caso de que el órgano responsable de la pesquisa las considere acreditadas, propondrá la adopción de medidas correctoras si lo considera procedente y la incoación de expediente disciplinario por la comisión de una falta de acoso o de otro tipo de infracción. Recibido el informe, la Jefatura de personal, en el ámbito respectivo, dictará resolución acordando las medidas planteadas.

Llegados a este punto, son dos los escenarios centrales que se pueden identificar, dependiendo de que el informe del Comité, y la resolución que lo hace suyo, aprecien o no la concurrencia de indicios de acoso. En la hipótesis de que los descarten, la jurisdicción llamada a conocer, en vía revisora, de la impugnación de la decisión tomada en sede administrativa sustentada en la realidad del mobbing y en el incumplimiento de la normativa preventiva, acompañada de la petición de que se adopten las medidas oportunas, será la social, y no la contencioso-administrativa, con independencia de que los sujetos activos y pasivos del hostigamiento, y los que ocupen las correspondientes posiciones en el proceso, presten servicios en régimen laboral o funcional y de que la sentencia firme que recaiga pueda dar lugar, en su caso, a la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de la falta muy grave prevista en el art. 95.2, letra o) del EBEP. Así se deriva de lo dispuesto en el art. 2, letra e) LRJS, en relación con él art. 3.1LRJCA, y así lo declaró la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo mediante auto 6/2024, de 24 de junio, con ocasión del surgido como consecuencia de la reclamación formulada por dos agentes de policía local contra la resolución del Director General de RRHH del Ayuntamiento de Sevilla que acordó la inadmisión a trámite y archivo de la denuncia presenta por una supuesta situación de acoso laboral por parte de los mandos de su unidad.

El otro escenario principal se presenta cuando las diligencias practicadas evidencian señales de acoso y en tal sentido se pronuncia el órgano interno y la subsiguiente resolución administrativa. Situados en ese contexto, la naturaleza del vínculo que mantiene el agresor con la Administración representa una primera distinción relevante, por cuanto de tener carácter laboral, la competencia para el conocimiento de la demanda que formule contra el acto administrativo le incumbirá al orden social a tenor de lo previsto en los arts. 1 y 2, letras a) y e), al margen de la

índole de las medidas que incluya y del estatuto de empleo específico de las personas acosadas.

La situación más compleja se da cuando el protagonista del acoso es un funcionario, sea cual sea el régimen jurídico, laboral o funcionarial, por el que se rijan sus víctimas. En ese supuesto, la competencia corresponderá a la jurisdicción social ex art. 2, letra e) LRJS, en conexión con el art. 3.1 LRJCA, salvo, de interpretarse así, si el Comité interno propone que se abra expediente disciplinario al denunciado y la resolución administrativa acuerda su incoación, aun cuando establezca otras medidas de carácter preventivo y/o protector. En el escenario descrito, se podría sostener que la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de la impugnación de la posible sanción que se imponga en el futuro al funcionario, por mor de lo preceptuado en el art. 1.1 LRJCA, arrastraría el enjuiciamiento sobre la propia existencia del acoso y la procedencia de las restantes medidas impugnadas. De esa manera, se evitaría incurrir en concurrencia jurisdiccional con el orden social acerca de la realidad de esa conducta y en fragmentación competencial en lo que respecta a los mecanismos postulados.

No obstante, esa tesis suscita dudas, pues también se puede mantener con fundamento que la parte medular de la resolución emitida radica en la preservación de la dignidad, la integridad moral y la salud de los empleados públicos perjudicados, una vez comprobado el comportamiento denunciado, por lo que la oposición del agresor debería canalizarse a través de la jurisdicción social, sin perjuicio de la acción que en su momento pueda deducir ante el orden contencioso-administrativo contra la sanción que traiga causa de su conducta, teniendo en cuenta además que las actuaciones disciplinarias pueden suspenderse hasta tanto se pronuncie el orden social.

Las consideraciones expuestas sirven para sustentar el juicio crítico a la sentencia comentada. Partiendo de ellas, no cabe sino estar de acuerdo con la doctrina casacional que sienta y, en particular, con la afirmación de la competencia del orden contencioso-administrativo para *"resolver los recursos contra los actos administrativos adoptados en procedimientos cuyo objeto sea investigar o depurar la responsabilidad por conductas presuntas de acoso laboral cuando hayan sido cometidas por personal funcionario, todo ello con independencia de quien sea el presunto sujeto pasivo del acoso"*. La discrepancia surge en tanto en cuanto la Sala 3ª declara que el criterio fijado con carácter general resulta aplicable al caso que decide. Son varias las razones por las que los argumentos vertidos en la sentencia y la solución a la que llevan no pueden compartirse. De un lado, el objeto del procedimiento regulado en el Protocolo de la Junta de Andalucía no es la investigación o depuración de la responsabilidad disciplinaria de los empleados a su servicio por actuaciones sospechosas de acoso laboral, sino verificar la existencia del hostigamiento e implementar las medidas oportunas para salvaguardar los derechos de las víctimas, sin que pueda alcanzarse conclusión contraria por el hecho de que una de ellas pueda ser la incoación de un expediente disciplinario o la puesta en conocimiento de la jurisdicción penal. De otro, porque en el supuesto enjuiciado, el Comité, y la ulterior resolución, tras relacionar las medidas que estimaron pertinentes, se limitaron a añadir, en términos puramente genéricos e hipotéticos, *"sin perjuicio de otras, incluidas las disciplinarias, en su caso, que se podrían adoptar a la vista del presente informe"*.

En tercer lugar, y a la vista de lo anterior, no se puede estar de acuerdo con la valoración que hace la sentencia anotada acerca de que el aspecto "sustancial" de la conclusión de la investigación realizada y, derivadamente, de la resolución impugnada, fue la determinación de la existencia del acoso laboral cometido por una funcionaria pública y su posible responsabilidad disciplinaria, esto es, el elemento represivo, lo que implica que los incardinables en la prevención de riesgos laborales desempeñarían un papel accesorio. Frente a ello cabe afirmar que la faceta fundamental y el objeto principal de aquellas fue la verificación de la situación de hostigamiento y la adopción de las medidas de protección adecuadas, materias que forman parte de la competencia jurisdiccional del orden social. Una última razón es

que el curso del proceso no se alegó ni acreditó que a la funcionaria implicada se le llegase a abrir expediente disciplinario alguno.

En definitiva, asumida por el orden contencioso-administrativo la competencia para resolver el recurso formulado por la funcionaria protagonista del mobbing, cuya existencia negó el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Córdoba en procedimiento en el que no consta fueran parte los hostigados, se sustrajo a la jurisdicción social, dicho sea con el debido respeto, el conocimiento de un asunto de su exclusiva competencia, y se le impidió cumplir la función encomendada por el legislador de garantizar la prevención y protección efectiva de todos los empleados públicos frente al riesgo de acoso laboral, en perjuicio de los derechos e intereses legítimos de los denunciantes y de su situación en el centro de trabajo, dada su relación de subordinación con la denunciada.

X. Apunte final

A la hora de determinar la jurisdicción competente en materia de acoso laboral en el ámbito del empleo público, se estima conveniente acotar el alcance de la doctrina fijada por la Sala 3ª del TS en la sentencia comentada, limitándola a supuestos en los que el sujeto activo es un funcionario y el aspecto esencial de la resolución administrativa impugnada es el disciplinario.

§ 43 El fuero en las elecciones de los Cuerpos de Seguridad Autonómicos.

Antonio V. Sempere Navarro

Director de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Universidad (s.e.)

Resumen: Cuestiones litigiosas relativas a las elecciones a representantes del Consell de la Policia-Mossos d'Esquadra (Generalitat de Catalunya). El Tribunal concluye que corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocer los litigios que se sustancien en procesos electorales para la elección de los representantes de los miembros del Cuerpo de Mossos d'Esquadra que se integren en el Consell de la Policia-Mossos d'Esquadra.

Palabras clave: Jurisdicción competente por la materia. Elecciones a representantes en Cuerpos policiales de Comunidad Autónoma.

Abstract: The STS-CONT commented on focuses on determining the competent jurisdiction in litigious issues relating to the elections to representatives of the Consell de la Policia-Mossos d'Esquadra (Generalitat de Catalunya). The Court concludes that it is up to the contentious-administrative jurisdictional order to hear disputes that take place in electoral processes for the election of the representatives of the members of the Mossos d'Esquadra Corps who are part of the Consell de la Policia-Mossos d'Esquadra.

Keywords: Competent jurisdiction for the matter. Elections for representatives in the police forces of the Autonomous Community.

I. Introducción

La STS-CONT comentada examina una cuestión muy concreta y prototípica del Derecho Colectivo en el empleo público: determinar si la jurisdicción contencioso-administrativa es la competente en litigios derivados de las elecciones al Consejo de la Policia-Mossos d'Esquadra o, por el contrario, corresponde su conocimiento al orden jurisdiccional social por tratarse de un proceso electoral sindical de funcionarios (Mossos d'Esquadra).

Además de despejar ese interrogante (en sentido favorable al orden contencioso) resulta muy relevante el modo en que aborda la cuestión: no otro que la reproducción y asunción de los argumentos (y solución) que, unos meses antes, acogió la Sala Cuarta del propio Tribunal Supremo.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala Cuarta del Tribunal Supremo (Sección Cuarta; siete integrantes).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 579/2025, de 19 de mayo.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de casación núm. 9085/2022.

ECLI:ES:TS:2025:2307.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Delgado-Iribarren García-Campero.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes.

En el ámbito de un procedimiento electoral para el órgano representativo de quienes integran el cuerpo policial de Mossos d'Esquadra (Generalitat de Catalunya) se discute sobre determinados acuerdos adoptados por la Mesa Electoral en materia de voto por correo. El conflicto, pues, se refiere al procedimiento electoral del año 2020, en concreto respecto de los requisitos del voto por correo

Diversos sindicatos implantados en el referido ámbito funcional presentaron demanda frente al Acuerdo adoptado por la Mesa Electoral respecto del voto por correo para las elecciones a miembros del Consell. En concreto, el acto recurrido es el acta de la mesa electoral coordinadora de 30 de enero de 2019, que resuelve declarar válidas las 996 solicitudes de votos por correo impugnadas (y anteriores a la constitución de la propia Mesa Electoral Coordinadora).

1. Juzgado de lo Contencioso

Mediante su Auto 177/2021 de 26 de abril el Juzgado Contencioso Administrativo nº 14 de Barcelona declaró la inadmisibilidad del recurso interpuesto por falta de jurisdicción. Contra esa resolución varios sindicatos interpusieron recurso de apelación.

A la vista de lo previsto en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) el Auto considera que la competencia sobre la materia corresponde al orden social (en concreto, al Juzgado de lo Social).

2. Sentencia de apelación

Mediante su sentencia 2393/2022, de 17 de junio, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña^[1], estimó el recurso de apelación interpuesto por varios Sindicatos^[2] y acordó la nulidad del Auto dictado por el Juzgado así como la retroacción de las actuaciones al momento anterior al dictado del mismo, debiendo de continuar el procedimiento conforme a Derecho.

Se basa en el tenor de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) y en que el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) incluye a los cuerpos y fuerzas de seguridad, entre las que se encuentran los Mossos d'Esquadra, como personal con legislación específica. Asimismo, la Ley 10/194 de 10 de julio, de la Policía de la Generalidad-"Mossos d'Esquadra", no regula los derechos sindicales, sino que se remite a otra legislación.

La sentencia examina las diferencias entre el Consell de Policia-Mossos d'Esquadra con los comités de empresa, son evidentes. El primero tiene un ámbito de carácter público evidente y su funcionamiento afecta a la ciudadanía en general. A ello hay que añadir que su composición también es distinta ya que en los Consejos de Policía figuran autoridades públicas que deben velar por los intereses de dicha índole, circunstancia que no se da en la composición los comités de empresa.

Por tanto, no cabe subsumir el supuesto en la apertura competencial del artículo 2.i) LRJS sobre "procesos sobre materia electoral, incluidas las elecciones a órganos de representación del personal al servicio de las Administraciones públicas". Además,

litigios iguales han sido resueltos por la propia Sala de lo Contencioso en ocasiones anteriores.

3. *Auto de Admisión*

Mediante su Auto de 26 de octubre de 2023 la Sección competente del Tribunal Supremo acordó admitir el recurso^[3] y establecer como cuestión de interés casacional objetivo^[4] la de determinar si la jurisdicción contencioso-administrativa es la competente en estos supuestos referidos al Consejo de la Policía-Mossos d'Esquadra o, por el contrario, corresponde su conocimiento al orden jurisdiccional social por tratarse de un proceso electoral sindical de funcionarios.

IV. Posición de las partes y Auto de Admisión

1. *Sindicato recurrente*

Disconforme con la solución alcanzada en el segundo grado jurisdiccional, el Sindicato Autónomo de Policía (SAP) es quien ha formalizado recurso de casación, invocando las normas que considera aplicables y el criterio acogido por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña^[5]. Estando ante un proceso electoral sindical de funcionarios (Mossos d'Esquadra), para la Sala Social la competencia es de la jurisdicción social, especialmente por no existir ninguna norma concreta que declare competente a la jurisdicción contenciosa

El recurrente considera aplicable la LRJS y subraya que estando ante normas procesales, la costumbre no es fuente de Derecho. Además, la inexistencia de normas que expresamente atribuyan la competencia al orden contencioso (como ocurre en el caso del Consejo de la Policía en el ámbito de CNP), determina necesariamente que la jurisdicción competente sea la Social, sin que sean conformes a derecho las consideraciones que efectúa la Sala Contenciosa para declararse competente.

2. *Otros sindicatos*

Las representaciones procesales de Sindicat de Polícies de Catalunya; Colectiu Autònom de Treballadors-Mossos d' Esquadra; y Sindicat de Mossos de d'Esquadra han interesado la desestimación del recurso, con expresa imposición de costas.

Destacan que el Consell de la Policía-Mossos d' Esquadra es un órgano conjunto y paritario, con una composición y unas finalidades muy distintas de las propias de los órganos de representación de los funcionarios, integrados exclusivamente por estos. El citado órgano tiene una representación paritaria de la Generalidad y de los miembros del cuerpo policial, careciendo de competencia y legitimación activa para actuar en defensa de los derechos de los funcionarios en el orden social. Por eso no le resulta aplicable lo dispuesto en el EBEP. Invoca asimismo la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

3. *Administración empleadora*

La representación de la Generalidad de Cataluña también se opone al recurso de casación por entender que el litigio corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Subraya el carácter singular y paritario del Consell: no es un órgano de representación unitario de los funcionarios que integran el cuerpo policial. Invoca también la doctrina de la STS-SOC 24/2023 de 21 de marzo.

V. Normativa aplicable al caso

1. *Ley de la Policía de la Generalitat de Cataluña*

La necesaria identificación del objeto material sobre el que se litiga requiere una primera toma en consideración de la Ley 10/1994, de 11 de julio, de la Policía de la Generalidad-«Mossos d'Esquadra»:

A) Su art. 17 aclara la condición funcional de sus miembros: *"Los miembros del Cuerpo de Mossos d'Esquadra son funcionarios de carrera de la Generalidad y se rigen por lo que establecen el Estatuto de autonomía, la Ley de creación de la Policía Autonómica, la presente Ley y las normas que la desarrollan y, con carácter supletorio, la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en aquello que no sea de aplicación directa, y la normativa en materia de función pública de la Generalidad"*^[6].

B) La sección segunda del Título III ("Derechos sindicales y Consejo de la Policía Mossos"), en sus artículos 49 a 60, comienza disponiendo que *"Los derechos sindicales del cuerpo de mozos de escuadra están regulados por la presente Ley y demás legislación vigente"*.

C) El artículo 50 especifica que *"Los miembros del cuerpo de mozos de escuadra, para la defensa de sus intereses, tienen derecho a afiliarse libremente a las organizaciones sindicales, a separarse de las mismas y a constituir otras organizaciones, siempre que cumplan los requisitos establecidos por el art. 4 de la Ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical"*.

D) El art. 52 dispone que *"El Consejo de la Policía- Mossos d'Esquadra, bajo la presidencia de la persona titular del Departamento de Gobernación o de aquella otra en quien ésta delegue, es el órgano de representación paritaria de la Generalidad y de los miembros del Cuerpo"*. Los siguientes preceptos determinan sus funciones^[7] y composición^[8].

E) Por lo que respecta a las "elecciones sindicales que deben celebrarse a tal efecto" (art. 55), la Ley solo aclara que *"se realizarán por escalas, mediante sufragio personal, directo y secreto entre los miembros del Cuerpo"* (art. 56), remitiendo la regulación detallada al reglamento^[9].

2. Reglamento sobre las elecciones sindicales

Mediante Decret 135/2003, de 10 de junio, la Generalitat vibo a *"establecer la normativa aplicable a la elección de los miembros del cuerpo de mozos de escuadra en el Consejo de la Policía -Mozos de Escuadra y determinar la condición de las organizaciones sindicales representativas"*.

Bajo el título "Impugnaciones en materia electoral", el art. 40 dispone *Los actos de la mesa electoral coordinadora, salvo lo establecido en el art. 28.2, agotan la vía administrativa y contra ellos se pueden interponer los recursos que legalmente procedan* (número 2). Además, *"La mesa electoral coordinadora puede solicitar a la Dirección General de Seguridad Ciudadana la asistencia técnico-jurídica que sea necesaria para la resolución de las reclamaciones y recursos que se le presenten"* (art. 40.3).

3. Estatuto Básico del empleado Público

Los arts. 39 y ss. del EBEP desarrollan el régimen legal de los Delegados de Personal y las Juntas de Personal como órganos de representación unitaria de los funcionarios públicos, así como el proceso electoral para su designación.

El art. 44 EBEP, bajo el título "Procedimiento electoral" establece que el procedimiento electoral se determinará reglamentariamente teniendo en cuenta criterios generales como los siguientes: 1) Serán electores y elegibles los funcionarios que se encuentren en la situación de servicio activo. 2) Los órganos electorales serán las Mesas Electorales que se constituyan para la dirección y desarrollo del procedimiento electoral y las oficinas públicas permanentes para el cómputo y certificación de resultados reguladas en la normativa laboral. 3) Las impugnaciones se tramitarán conforme a un procedimiento arbitral, excepto las reclamaciones contra las denegaciones de inscripción de actas electorales que podrán plantearse directamente ante la jurisdicción social.

Pero su artículo 4º excluye de su aplicación a varios colectivos de empleados públicos entre los que incluye en su letra e) al personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

4. Ley Reguladora de la Jurisdicción Social

El art. 2.i) LRJS establece que los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan "*En procesos sobre materia electoral, incluidas las elecciones a órganos de representación del personal al servicio de las Administraciones públicas*".

El art. 3.c) LRJS dispone que "*No conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social De la tutela de los derechos de libertad sindical y del derecho de huelga relativa a los funcionarios públicos, personal estatutario de los servicios de salud y al personal a que se refiere la letra a) del apartado 3 del art. 1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*".

Asimismo, el artículo 3.e) dispone que tampoco conocerán *De los pactos o acuerdos concertados por las Administraciones públicas con arreglo a lo previsto en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que sean de aplicación al personal funcionario o estatutario de los servicios de salud, ya sea de manera exclusiva o conjunta con el personal laboral; y sobre la composición de las Mesas de negociación sobre las condiciones de trabajo comunes al personal de relación administrativa y laboral.*

5. Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa.

La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA) dispone que ese orden jurisdiccional conoce de las cuestiones que se susciten en relación con los cinco tipos de litigio que enumera acto seguido y *las restantes materias que le atribuya expresamente una Ley* (apartado f).

VI. Doctrina básica

Son varios los núcleos principales a cuyo alrededor se construye la sentencia, que viene a replicar los argumentos de la STS-SOC 204/2023 de 21 marzo.

1. Materia electoral del orden social

La conjunta integración de las previsiones de la LRJS muestra que el legislador ha querido atribuir al orden social de la jurisdicción la competencia para conocer de los procesos sobre material electoral cuando se trata de las elecciones a órganos de representación unitaria del personal al servicio de las Administraciones públicas, incluidos entre ellos los funcionarios.

El propio artículo 2 letra i) LRJS se refiere con carácter general a todo el personal al servicio de las Administraciones públicas, sin contemplar ninguna excepción o matización que pudiese dar a entender que excluye de esta competencia a los funcionarios. Cuando el legislador desea apartar del orden social los litigios que puedan afectar al personal funcionario en materias pertenecientes al ámbito del Derecho laboral propias de ese orden jurisdiccional, lo hace constar de manera expresa. Cuando la LRJS ha querido diferenciar en materia de competencia jurisdiccional entre el personal laboral y funcionario de las Administraciones públicas, lo hace de manera explícita e indubitada. Ninguna previsión en tal sentido contiene el artículo 2 letra i) LRJS, que se refiere con carácter general a todo el personal al servicio de las Administraciones públicas.

Por tanto: los procesos electorales del funcionariado deben desembocar en el orden social, pero siempre que concurren dos circunstancias: 1º) Estemos ante procedimientos para elegir órganos de representación de ese colectivo. 2º) Se trate de personas afectadas por el régimen del EBEP. En el presente caso fallan ambas.

2. La elecciones para el Consell son especiales

Los preceptos de la Ley autonómica 10/1994 no han establecido mecanismos de representación unitaria asimilables a los comités de empresas (ET) o Juntas de Personal (EBEP) pues el Consell es un organismo mixto conformado conjuntamente por representantes de los funcionarios y de la empleadora.

El Reglamento sobre el régimen jurídico de convocatoria y desarrollo del proceso electoral, claro está, no ha determinado el orden jurisdiccional competente para conocer de la impugnación de los actos de las mesas electorales, sino que se limita únicamente a indicar que contra ellos se puede recurrir ante la mesa coordinadora e interponer posteriormente los recursos que legalmente procedan contra la decisión de esta última.

Conforme al artículo 149.1.6ª CE la legislación procesal es competencia exclusiva del Estado. Además, el Decreto en cuestión tampoco podría modificar lo previsto en la propia Ley 10/1994.

En suma: la legislación específica propia que regula el régimen jurídico de los Mossos d'Esquadra no contiene una previsión singular que permita atribuir a uno u otro orden jurisdiccional la competencia para conocer de los procesos judiciales que pudieren suscitarse en el desarrollo de las elecciones para la designación de los representantes de en el Consejo de la Policía-Mossos d'Esquadra.

3. Las reglas del EBEP sobre elecciones son inaplicables

El artículo 4º EBEP sustrae a los funcionarios integrados en Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de su aplicación, lo que obliga a estar a la singular regulación que la normativa especial pueda disponer para cada uno de estos cuerpos de las fuerzas de seguridad.

Consecuencia de ello es que la legislación específica del régimen jurídico de los Mossos d' Esquadra a la que se refiere el art. 4.e) EBEP no contiene una previsión singular que permita atribuir a uno u otro orden jurisdiccional la competencia para conocer de los procesos judiciales que pudieren suscitarse en el desarrollo de las elecciones para la designación de los representantes de los trabajadores en el Consejo de la Policía- Mossos d' Esquadra.

4. Alcance del artículo 2.i) de la LRJS.

Puesto que no hay atribución competencial específica para el tipo de elecciones al Consell, el Tribunal Supremo se ha centrado en la interpretación del artículo 2.i) LRJS, concluyendo que resulta únicamente aplicable en las elecciones sindicales para la conformación de los órganos de representación unitaria de los trabajadores - comités de empresa y juntas y delegados de personal-, sin abarcar la designación de tales representantes en un órgano mixto, conjunto y paritario como es el Consejo de Policía.

La fórmula legal es válida para los procesos en elecciones a órganos de representación del personal al servicio de las Administraciones públicas, lo que debe entenderse referido a los de representación legal unitaria, constituidos por los comités de empresa y delegados de personal en el ET, o las juntas y delegados de personal en el EBEP. No abarca por lo tanto las elecciones para la configuración de un órgano paritario tan singular como es el Consejo de Policía de los Mossos d' Esquadra, cuya naturaleza jurídica no se corresponde con los de representación unitaria laboral o funcional.

5. Indivisibilidad del problema

La propia naturaleza del Consell conlleva que sus decisiones hayan de impugnarse ante el orden contencioso administrativo de la jurisdicción. Porque corresponden sin duda al orden contencioso administrativo los litigios que pudieren suscitarse en lo relativo a su composición por la designación de los representantes de la Administración.

Lo que impide considerar que pueda dividirse la continencia de la causa para atribuir al orden social de la jurisdicción la competencia para conocer de esa misma clase de litigios cuando afecten a la designación de los representantes de los trabajadores en ese mismo organismo, generando de esta forma una anómala dualidad competencial que lleve a conocer de esta materia a dos órdenes jurisdiccionales diferentes.

6. Supletoriedad del régimen de la Policía Nacional

La expuesta supletoriedad de la regulación aplicable al personal de la Policía Nacional abunda en esta conclusión porque esas normas albergan una expresa remisión al orden contencioso administrativo para conocer conflictos como el presente.

- La Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional, regula en sus arts. 94 y 95 la existencia de un Consejo de Policía para ese concreto cuerpo de las fuerzas de seguridad del Estado, en términos sustancialmente idénticos a los contemplados en la Ley 10/1994 para los Mossos d' Esquadra.
- El RD 555/2011, de 20 de abril, por el que se establece el régimen electoral del Consejo de Policía, dispone en su art. 29 que *Los actos de la Mesa Electoral Única serán recurribles ante la Junta Electoral. Los actos de la Junta Electoral agotan la vía administrativa. 2. Contra los actos de la Junta Electoral se podrá interponer recurso potestativo de reposición y, en su caso, recurso contencioso-administrativo.*

VII. Parte dispositiva

La fijación de doctrina concordante con la acogida por la Sala de lo Contencioso del TSJ de Cataluña ha llevado a que la parte dispositiva posea escaso interés, puesto que se limita a:

- Desestimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia 2393/2022, de 17 de junio, dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de apelación 490/2021, confirmándola en su integridad.
- No hacer imposición de las costas procesales de esta casación, conforme se recoge en el último Fundamento de esta resolución^[10].

VIII. Pasajes decisivos

En el Fundamento de Derecho Quinto aparece la conclusión a que accede la sentencia, tras exponer los argumentos de su predecesora de orden social:

Esta Sala comparte estos razonamientos de la Sala de lo Social, en los que además se da contestación a todos los argumentos planteados por la parte actora, y los hace suyos, declarando en consonancia con ello como doctrina de interés casacional la siguiente: «corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocer los litigios que se sustancien en procesos electorales para la elección de los representantes de los miembros del Cuerpo de Mossos d'Esquadra que se integren en el Consell de la Policía-Mossos d'Esquadra».

IX. Comentario

Como uno mas de los muchos reconocimientos que está recibiendo el Profesor Alfredo Montoya Melgar, recientemente fallecido, seguidamente vamos a reproducir el comentario que (años atrás, en 2012) realizaba al art. 2.i) LRJS.

Esta competencia -procesos sobre materia electoral- se reconoce a la jurisdicción social a partir de la LPL-1990. La LPL-1995 añadió a la escueta redacción de 1990 un inciso que, ampliando la competencia, decía: «incluida la denegación de registro de actas electorales, también cuando se refieran a elecciones a órganos de representación del personal al servicio de las Administraciones públicas».

La LRJS ha simplificado y al tiempo ha dado incluso mayor amplitud a esta última redacción, de modo que la inclusión en los procesos electorales va referida ahora, no al concreto asunto de la denegación del registro de actas electorales, sino a cualesquiera motivos de impugnación de las elecciones, motivos que pueden plantearse no sólo respecto del personal laboral de los empresarios privados sino respecto del personal de las Administraciones públicas. El hecho de que la ley no califique la naturaleza de este personal, a diferencia de lo que hace otras veces [así, *supra*, apartados f) y h)] lleva a pensar que se está refiriendo tanto al personal laboral como al funcional y estatutario.

Encomendada, tras la reforma del ET por la Ley 11/1994, la solución de los conflictos en materia de elecciones a representantes del personal a un procedimiento arbitral, la modalidad procesal electoral, contemplada en el art. 76 ET y desarrollada en los arts. 127 y ss. de esta LRJS, se refiere básicamente a la impugnación de los correspondientes laudos arbitrales, pero también a la impugnación de las resoluciones administrativas que denieguen el registro de actas de elecciones o que se refieran a la expedición de certificaciones de la capacidad representativa de los sindicatos o de los resultados electorales [en este sentido, art. 10. g) de esta LRJS].

La referencia final del apartado a las «elecciones a órganos de representación del personal al servicio de las Administraciones públicas» debe entenderse hecha, como ya hemos indicado, tanto a los órganos representativos del personal laboral, regulados en el ET (comités de empresa y delegados de personal) -materia cuya laboralidad sustantiva y procesal no se cuestiona- como a los del personal funcionario y estatutario (juntas de personal y delegados de personal, regulados por la Ley 9/1987, reglamentada por RD 1846/1994, de 9 de septiembre). De este modo quedan integrados también dentro del ámbito jurisdiccional social los litigios suscitados en materia de elecciones a órganos representativos del personal de régimen administrativo; inclusión que, desde el punto de vista de la técnica jurídica, merecería un juicio desfavorable porque hace tabla rasa de la rigurosa distinción (incluso constitucional: arts. 35.2 y 103.3 CE, anunciando respectivamente la regulación del «estatuto de los trabajadores» y del «estatuto de los funcionarios públicos») entre trabajadores y funcionarios. En buena técnica jurídica, difícilmente cabría incluir en la «rama social del Derecho» conflictos de los que son parte funcionarios u otro personal con estatuto administrativo, cuyos litigios competen naturalmente al orden contencioso-administrativo; sin embargo, no es ésta la única ocasión en la que la LRJS extiende su aplicación a estos empleados públicos; lo mismo ocurre en la regulación del párrafo e) de este art. 2; en otros casos, sin embargo, la LRJS, mostrando un criterio dispar, sólo se aplica a conflictos que afectan al personal laboral, y no a los funcionarios y personal estatutario, de las Administraciones públicas [párrafos f) y h) de este mismo art. 2].

Por otra parte, mientras que es técnicamente adecuado atribuir al orden social de la jurisdicción el conocimiento de los procesos electorales laborales, tan íntimamente conectados a la materia sindical-colectiva, podría cuestionarse que también lo sea la atribución del conocimiento de la impugnación de las resoluciones administrativas que denieguen el registro de actas. En efecto, podría parecer más congruente atribuir tal competencia al orden contencioso-administrativo, al amparo del art. 9.4 de la LOPJ; sin embargo, la LRJS ha apostado claramente a favor de la unificación en el orden social de todas (o casi todas) las cuestiones litigiosas calificables en sentido amplio como «sociales», entendiéndolas incluidas en la rama social del derecho, con independencia del origen y naturaleza administrativos de las resoluciones impugnadas.

Sobre si los actos de preaviso electoral constituyen o no «materia electoral» a los efectos de inclusión en la modalidad procesal regulada en los arts. 127 y ss. LRJS (y antes, en los preceptos homólogos de la LPL-1995), el TS ha venido manifestando, con base en una interpretación estricta del art. 76 ET, que dicho preaviso no es materia electoral incluíble en dicho proceso especial sino que las impugnaciones de tales preavisos han de discurrir por la vía del proceso laboral ordinario o, en su caso,

por la del proceso de tutela de derechos fundamentales (SSTS de 4 mayo 2006 [RJ 2006, 3108] y 10 noviembre 2009 [RJ 2010, 246]). Sin embargo, la redacción del nuevo art. 127.2 LRJS abre el ámbito de los laudos arbitrales en materia electoral (y por tanto, el correspondiente ámbito jurisdiccional social) a todas las impugnaciones «desde la promoción de las elecciones, incluida la validez de la comunicación a la oficina pública del propósito de celebrar las misma».

X. Apunte final

La sentencia glosada es un excelente ejemplo de jurisprudencia atenta a los criterios sentados por otros órdenes de la jurisdicción que hayan podido conocer de la misma materia. La concordancia de las doctrinas resulta reconfortante, peor incluso si no fuera así es preferible la divergencia de criterios explicada a la meramente establecida.

Referencias:

1. ^ Ponente, Sra. Nuria Bassols Mntada; ECLI:ES:TSJCAT:2022:5413.
2. ^ En concreto son: *Sindicat de Polícies de Catalunya*; *Colectiu Autònom de Treballadors-Mossos de esquadra*; *Sindicat de Mossos d'Esquadra (SME)*; *Unió Sindical de la Policia Autònemica de Catalunya*.
3. ^ Ponente M^a Pilar Teso Gamella; ECLI:ES:TS:2023;14603A.
4. ^ Concorre interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia porque se dan las circunstancias contempladas en el artículo 88.2.a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; al oponerse la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en los dos Autos que se han citado. Así mismo, se entiende que también concurre interés casacional al amparo del artículo 88.3.a) LRJCA, al no existir jurisprudencia de esta Sala acerca de la cuestión litigiosa (competencia del Orden Contencioso para conocer de un proceso electoral para elegir representantes sindicales de un Cuerpo Policial).
5. ^ Alega la contradicción que existe entre la Sentencia que se recurre y los Autos dictados por el Pleno de la Sala Social del TSJ de 30 de septiembre de 2021 (Autos 8212020), y de 17 de septiembre de 2021, en los que dicha Sala se declara expresamente competente para conocer de una impugnación electoral idéntica.
6. ^ El art. 39.1 ratifica esa condición funcional: "Los miembros del Cuerpo de Mossos d'Esquadra tienen los derechos y los deberes que les corresponden como funcionarios de la Generalidad, en el marco de la especificidad de su función, de acuerdo con la legislación vigente", al igual que otros varios preceptos.
7. ^ Las funciones del Consejo de la Policía son: a) La mediación y la conciliación en caso de conflictos colectivos. b) La participación en el establecimiento de las condiciones de prestación del servicio de los funcionarios. c) La formulación de mociones y la evacuación de consultas en materias relativas al estatuto profesional. d) La emisión de informes en los expedientes disciplinarios que se instruyan a los miembros del Cuerpo por faltas muy graves en todos aquellos que se instruyan a los representantes de los sindicatos. e) La emisión de informe previo y preceptivo sobre los proyectos de disposiciones de carácter general relativos a las materias a las que se refiere el presente artículo. f) El

estudio de programas de modernización de los métodos y técnicas de trabajo. g) La presentación de propuestas de medidas relativas a la política de personal del Cuerpo. h) Las demás que le atribuyan las leyes y las disposiciones generales.

8. ^ Conforme al artículo 54.1 está integrado paritariamente por los representantes de la Administración que designe la persona titular del departamento competente en materia de seguridad pública y por los representantes de los miembros del Cuerpo de Mossos d'Esquadra, en base a un representante por cada doscientos cincuenta funcionarios o fracción de cada una de las escalas que constituyen el cuerpo.
9. ^ Art. 60: "Se establecerán por reglamento la organización y el funcionamiento interno del Consejo de la Policía y las normas de convocatoria y desarrollo de las elecciones de sus miembros".
10. ^ "En virtud de lo dispuesto en el artículo 93.4 de la LJCA, las costas de este recurso de casación corresponderán para cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad".

§ 44 Complemento de pensiones por aportación demográfica solicitado por un varón que fue inicialmente denegado. No procede el abono de intereses moratorios sustantivos.

Belén García Romero

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

Resumen: El debate casacional radica en determinar si debe condenarse al Instituto Nacional de la Seguridad Social al abono de intereses moratorios sustantivos del complemento de pensiones por aportación demográfica del artículo 60 LGSS cuando se le denegó dicho complemento de manera injustificada según ha establecido el TJUE. Voto particular.

Palabras clave: Complemento de pensión. Aportación demográfica. Solicitado por varón. Discriminación directa. Intereses moratorios.

Abstract: The debate in the appeal lies in determining whether the National Social Security Institute should be ordered to pay substantive default interest on the pension supplement for demographic contribution under Article 60 of the LGSS when that supplement was unjustifiably denied, as established by the CJEU. Dissenting opinion.

Keywords: Pension supplement. Demographic contribution. Claimed by male. Direct discrimination. Default interest.

I. Introducción

La brecha de género en las pensiones es uno de los principales problemas estructurales de la acción protectora de la Seguridad Social.

Entre las medidas adoptadas para reducir las diferencias en las cuantías de las pensiones entre mujeres y hombres como consecuencia, fundamentalmente, del impacto negativo que tiene la maternidad en las carreras profesionales de aquellas, se aprobó en 2016 un “complemento de maternidad por aportación demográfica” cuyas únicas destinatarias eran las mujeres que hubieran tenido dos o más hijos y que consistía en un porcentaje de la pensión.

Tras la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (C-450/2018), que declaró que dicha regulación era discriminatoria para los hombres, se hizo necesario reconfigurar dicho complemento. Así, el RDL 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, modificó el artículo 60 LGSS, que regulaba el anterior “complemento de maternidad, vigente desde 2016 y vinculado a la aportación demográfica, y lo sustituye por un nuevo “complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género”.

Se trata de una medida de acción positiva que tiene carácter temporal. Así, de acuerdo con la DA 37ª LGSS (añadida por el RDL 2/2023, de 16 de marzo), el derecho al reconocimiento del citado complemento se mantendrá en tanto la brecha de género de las pensiones de jubilación, causadas en el año anterior, sea superior al 5 por ciento.

La finalidad del complemento es compensar el coste que el nacimiento y el cuidado de los hijos tienen para los progenitores, fundamentalmente para las madres, de manera que se contribuya a la reducción de la brecha de género en pensiones.

La nueva configuración fue negociada en la mesa de diálogo social con los interlocutores sociales e incluye también como beneficiarios a aquellos padres que han sufrido un perjuicio en su carrera de cotización como consecuencia del cuidado de sus hijos. Si los dos progenitores son mujeres, se reconocerá a aquella que perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía.

En cuanto a sus beneficiarios, la nueva regulación es neutra en términos de género, aunque incorpora elementos correctores de acción positiva para las mujeres, que son quienes siguen percibiendo pensiones más bajas y las que, de hecho, cobran el complemento en mayor medida.

Sin embargo, pese a la reforma acometida, el TJUE volvió a considerar que la regulación española comportaba una discriminación por razón de sexo para el varón prohibida por la Directiva 79/7/CEE. Así, la STJUE de 14 de septiembre de 2023 (C-113/22) declaró que el órgano jurisdiccional nacional debía fijar una indemnización que permitiera compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos como consecuencia de aquella discriminación, según las normas nacionales aplicables, incluidas las costas y los honorarios de abogado en que el interesado hubiera incurrido con ocasión del procedimiento judicial.

En cumplimiento de la citada sentencia del TJUE, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su STS 977/2023, de 15 de noviembre (rcud. 5547/2022), condenó al abono de una indemnización al varón considerado discriminado, que fijó en una cuantía a tanto alzado, por la negativa de la Entidad Gestora a reconocerle dicho complemento.

En la presente sentencia se plantea si en un supuesto en que el INSS demoró el abono al actor del complemento de maternidad por aportación demográfica a pesar de que el TJUE ya había dictado la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (C-450/2018), el demandante tiene derecho a recibir intereses moratorios como este solicita para contrarrestar sus efectos perjudiciales.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 290/2025, de 8 de abril.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUd núm. 1818/2023.

ECLI:ES:TS:2025:1655.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance.

Votos Particulares: cuenta con un voto particular.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Problema suscitado

La cuestión fundamental que se plantea consiste en determinar si, en un procedimiento de reclamación del complemento de aportación demográfica solicitado por un varón y que había sido denegado por el INSS, procede, junto con el reconocimiento del complemento, que la sentencia incluya en la condena el abono de los correspondientes intereses de demora.

2. Hechos y Antecedentes

- El actor accedió a la pensión de jubilación el 14-5-2020. En la solicitud no refería la existencia de hijos, pese a ser padre de dos hijos nacidos en 1984 y 1985.
- El demandante interesa el 9-7-2021 el complemento por aportación demográfica del artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS) en la redacción anterior a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero.
- El INSS desestimó la pretensión.
- El pensionista presentó reclamación previa al INSS. Solicitó el derecho al complemento por maternidad más una indemnización por daño moral derivado de la conducta discriminatoria.
- El 21 de enero de 2021 el INSS dictó resolución desestimatoria de la reclamación previa.
- El pensionista formuló demanda frente al INSS ante la jurisdicción social.

3. Sentencias recaídas en el procedimiento.

- La sentencia de instancia dictada por el Juzgado de lo Social de núm. 41 de Madrid de 13 de mayo de 2022, recaída en autos núm. 100/2022, desestimó la demanda presentada por el pensionista en la que reclamaba el complemento de maternidad por aportación demográfica. Frente a ella, la parte actora interpuso recurso de suplicación.
- La sentencia recurrida, dictada por el TSJ de Madrid 81/2023, de 13 de febrero (recurso 680/2022), revocó la sentencia de instancia y declaró el derecho del demandante a percibir el complemento de maternidad con una cuantía inicial del 5% del valor inicial de su pensión de jubilación desde el 12 de mayo de 2020. Además, condenó al INSS a abonar los intereses legales desde su devengo, pero no contiene ningún argumento relativo a la condena al pago de intereses.
- El INSS formuló recurso de casación para la unificación de doctrina y aporta como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Aragón de fecha 31/05/2021 (R. 305/21).

Los datos esenciales de la sentencia referencial son los siguientes:

- El demandante tuvo dos hijas. El 2 de agosto de 2019 solicitó pensión de jubilación, que le fue reconocida con efectos económicos del día siguiente a la solicitud.
- El día 9 de diciembre de 2020 el actor solicitó al INSS el complemento de maternidad por aportación demográfica del art. 60 LGSS vigente a la sazón. La solicitud fue desestimada.
- Con fecha de 18 de enero de 2021 presentó reclamación previa al INSS. Solicitó el derecho al complemento más una indemnización por daño moral derivado de la conducta discriminatoria. El INSS dictó resolución desestimatoria de la reclamación previa.
- La sentencia de instancia desestimó la pretensión de vulneración de derechos fundamentales, pero reconoció el derecho del actor al

complemento de la pensión de jubilación con el abono de los intereses legales desde la fecha de efectos de la prestación contributiva de jubilación.

- El INSS interpuso recurso de suplicación. La sentencia referencial lo estimó y dejó sin efecto la condena al INSS al abono de intereses legales desde la fecha de efectos de la pensión contributiva de jubilación.

IV. Posición de las partes

El INSS formuló recurso de casación para la unificación de doctrina en el que denuncia infracción del artículo 24 de la Ley General Presupuestaria (en adelante LGP). Argumenta que no procede la condena al pago de intereses.

La parte actora no se personó ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

El Ministerio Fiscal informó a favor de la estimación del recurso de casación.

V. Normativa aplicable al caso

La normativa relacionada con la condena al pago de intereses moratorios que dicta la sentencia recurrida se sustenta en diferentes preceptos:

- El derecho a la igualdad de trato del artículo 14 de la CE.
- El artículo 1108 en relación con el artículo 1100 del CC, relativos a la mora en el cumplimiento de las obligaciones.
- El artículo 24 de la LGP, que dispone: “Si la Administración no pagara al acreedor de la Hacienda Pública estatal dentro de los tres meses siguientes al día de notificación de la resolución judicial o del reconocimiento de la obligación, habrá de abonarle el interés señalado en el artículo 17 apartado 2 de esta ley, sobre la cantidad debida, desde que el acreedor, una vez transcurrido dicho plazo, reclame por escrito el cumplimiento de la obligación [...]”.
- El artículo 18.2 LGP, que dispone: “La gestión de las cuotas y de los demás ingresos de derecho público de la Seguridad Social se regulará por lo establecido en la Ley General de la Seguridad Social, y por las disposiciones especiales aplicables a cada uno de los ingresos, rigiendo en su defecto las normas establecidas en esta sección”.
- La LGSS regula expresamente los intereses de demora en 14 de sus preceptos: arts. 23, 25, 26, 28, 31, 32, 33, 34, 38, 295, 308, 319, disposición adicional 44ª y disposición transitoria 22ª. Todos ellos, excepto el art. 295 LGSS, se refieren a la relación de cotización entre el cotizante y la Administración.

En la relación de cotización, la LGSS permite que se abonen intereses tanto a favor como en contra del beneficiario.

En cambio, en relación con la protección prestacional entre la Administración y el beneficiario, la LGSS no prevé el pago de intereses, salvo en el supuesto especial regulado en el artículo 295.3 LGSS, en virtud del cual se devengan intereses cuando se acuerda el fraccionamiento del pago para el reintegro de las prestaciones por desempleo indebidamente percibidas.

VI. Doctrina básica

La sentencia objeto de glosa examina la doctrina del TC sobre el derecho a la igualdad de trato en relación con el abono de intereses legales, contenida fundamentalmente en las dos sentencias siguientes: la STC 23/1997, de 11 de febrero y la 209/2009, de 26 de noviembre. Ambas resuelven sendos recursos de amparo contra sentencias de tribunales basados en la posición privilegiada de la Administración pública.

Así, la STC 23/1997, de 11 de febrero estimó el recurso de amparo interpuesto por una mutualidad de previsión social, al considerar que la normativa aplicable establecía una diferencia de trato en el pago de los intereses moratorios en función de que la Hacienda pública fuera acreedora o deudora. En este litigio, la misma Administración pública: (i) percibía los intereses moratorios desde el día siguiente al del vencimiento; (ii), por el contrario, abonaba los intereses moratorios después de que hubieran transcurrido tres meses desde la notificación de la resolución judicial o del reconocimiento de la obligación, desde que el acreedor reclamaba por el cumplimiento de la obligación.

Por su parte, la STC 209/2009, de 26 de noviembre estimó el recurso de amparo interpuesto por una empresa por la denegación del abono de intereses legales por el retraso en el pago de un servicio prestado por la Administración tributaria. El TC explicó que la sentencia impugnada había vulnerado el derecho a la igualdad ante la ley al otorgar a la Administración tributaria un trato privilegiado en cuanto al devengo de los intereses moratorios procesales que era constitucionalmente infundado. En esta sentencia la desigualdad se producía respecto de los intereses moratorios procesales.

VII. Parte dispositiva

La Sala decide estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, casar y anular en parte la sentencia recurrida y resolver el recurso de suplicación interpuesto por la parte actora en el sentido de estimarlo en parte, dejar sin efecto la condena al pago de intereses legales y mantener el reconocimiento del derecho a percibir el complemento de maternidad, sin condena al pago de costas (art. 235 LRJS).

VIII. Pasajes decisivos

Los pasajes decisivos se encuentran en los Fundamentos de Derecho TERCERO, (apartados 4, 5, 6 7, 11 y 12), CUARTO (apartados 1, 2 y 6), SÉPTIMO (apartados 1 y 2).

IX. Comentario

Tras considerar que concurre la contradicción entre las dos sentencias comparadas, la Sala de lo Social (en Pleno), trata de resolver el debate casacional relativo a si debe condenarse al INSS al abono de intereses moratorios sustantivos del complemento de maternidad por aportación demográfica.

En ambas sentencias de suplicación se trata de pensionistas de jubilación que solicitan el complemento de maternidad por aportación demográfica del art. 60 LGSS en la redacción anterior al Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero. En ambos casos, se acude a la vía judicial para ver reconocido el derecho en cuestión y se solicita que la fecha de efectos económicos del complemento se retrotraiga a la fecha del hecho causante de la pensión de jubilación y que se condene al INSS al abono de los intereses legales devengados desde la fecha del hecho causante. Las dos sentencias interpretan y aplican el art. 24 LGP. La sentencia de contraste entiende que no procede la condena al pago de intereses, mientras que la recurrida alcanza la solución contraria.

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo revisa la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el derecho a la igualdad de trato en lo que se refiere al pago de intereses moratorios, contenida en sus STC 23/1997 y 209/2009.

A la luz de dicha doctrina, comienza señalando que, en el ámbito de la Seguridad Social, hay que distinguir entre la relación de cotización y la relación de protección.

Continúa razonando que mientras que se devengan intereses moratorios en las deudas derivadas de la relación de cotización, tanto si la Administración de la Seguridad Social es acreedora y también cuando es deudora; por el contrario, cuando se trata de prestaciones de la Seguridad Social, no se devengan intereses ni a favor ni en contra de la Administración de la Seguridad Social, con la única salvedad del art.

295.3 LGSS. Por ello, concluye que la aplicación del art. 14 de la CE, interpretado por las dos sentencias 23/1997 y 209/2009, no conduce a la condena al pago de intereses moratorios en la relación de protección, porque no son términos de comparación homogéneos.

A continuación, la Sala examina si la condena al pago de intereses puede fundamentarse en los arts. 1108 y 1100 del CC, que regulan los intereses moratorios. Así, a partir de la constatación de que la LGSS no impone el abono de intereses moratorios respecto de las prestaciones de la Seguridad Social, con la salvedad de la previsión del art. 295.3 LGSS, trata de examinar si cabría exigirlos en virtud de la aplicación supletoria de los mencionados preceptos del Código Civil.

La Sala concluye que los intereses moratorios del CC no son aplicables a las prestaciones de la Seguridad Social porque la LGSS es una *lex specialis* que no tiene ninguna laguna en esta materia que determine la aplicación de los arts. 1108 y 1100 del CC. Además, tienen en cuenta que la propia naturaleza de los intereses moratorios del CC propios del ordenamiento privado, impide su aplicación a estas prestaciones públicas, puesto que estos preceptos exigen que haya una obligación líquida, vencida y exigible y que el acreedor intime la mora mediante la reclamación judicial o extrajudicial porque es el momento en que el deudor se constituye en mora.

Considera la Sala que, teniendo en cuenta que el reconocimiento de las prestaciones de Seguridad Social no es inmediato, la aplicación supletoria de los artículos 1108 y 1100 del CC en este ámbito conduciría a que en todos los reconocimientos de prestaciones de la Seguridad Social se devengarían intereses moratorios a cargo de la Administración de la Seguridad Social, lo cual no casa con la voluntad de la ley.

De otro lado, recuerda que, en aplicación de la STJUE de 14 de septiembre de 2023 (C-113/22), la sentencia del Pleno de la Sala Social del TS 977/2023, de 15 de noviembre (rcud 5547/2022) condenó al abono de una indemnización de 1.800 euros que compensa los daños sufridos por el varón discriminado por la negativa de la Entidad Gestora a reconocerle el complemento, lo que repara en su integridad el perjuicio sufrido con relación al derecho fundamental vulnerado y el derivado de tener que acudir a los órganos de la jurisdicción social. Se trata de una cantidad a tanto alzado que correspondería en todos los casos en que los que exista una controversia sobre la cuantía de la referida indemnización y teniendo presente la solicitud de la parte demandante de la presunta discriminación de la aludida compensación.

En cambio, la Sala afirma que el ordenamiento jurídico interno no prevé la condena al pago de intereses como consecuencia del tardío abono del complemento, pero sí la reparación reseñada. Ahora bien, la solución al caso queda condicionada por la circunstancia de que en la presente litis la parte actora no ha reclamado el pago de dicha indemnización de daños y perjuicios, sino el pago de intereses moratorios.

En definitiva, habida cuenta los términos en los que se suscita en debate este recurso de casación unificador, centrado exclusivamente en si procede condenar al abono de los referidos intereses, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (en Pleno) considera que no puede condenar al pago de la indemnización de daños y perjuicios que no ha sido reclamada por la parte actora en la presente litis ni tampoco al pago de los intereses moratorios solicitados, al no estar previsto en nuestro ordenamiento el abono de aquellos en relación con las prestaciones de la Seguridad Social.

La citada sentencia contiene un extenso Voto particular que formulan el Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer y la Excmo. Sra. D^a María Luz García Paredes, al que se adhiere la Excmo. Sra. D^a Concepción Rosario Ureste García, el Excmo. Sr. D. Juan Manuel Sancristobal Villanueva y las Excmas. Sras. D^a Ana María Orellana Cano y D^a Isabel Olmos Parés. Estos seis magistrados consideran que la Sala debería haber desestimado el recurso y confirmado la sentencia recurrida, al estimar que no existe obstáculo jurídico alguno para entender que los intereses aquí discutidos, en cuanto a intereses moratorios que resarcen íntegramente el derecho del actor a percibir el

correspondiente complemento por aportación demográfica al monto de su pensión de jubilación, deberían ser aplicados en la cuantía del interés legal vigente en la fecha en que se devengaron y, consecuentemente, deberían ser abonados por la entidad gestora.

X. Apunte final

Compartimos el fallo de la Sentencia, y solo nos queda lamentar que una medida de acción positiva como la prevista en el artículo 60 LGSS, que trata de corregir la brecha en materia de pensiones que sufren las mujeres, esté teniendo un coste tan enorme para las arcas públicas (multas al Estado español por parte de la UE, indemnizaciones a los “varones discriminados”, etc.), a raíz de las citadas sentencias del TJUE que consideran que hay una discriminación de los varones, contraria a la Directiva 79/7/CEE, cuando dicha medida de acción positiva puede encontrar fundamento en otras normas posteriores de la UE, como son el TFUE y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 14 de diciembre de 2007 (art. 23).

§ 45 El dilema de la persona teletrabajadora: ¿Dónde demandar? Centro de trabajo adscrito vs. lugar real de prestación de la actividad.

Magdalena Nogueira Guastavino

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

Resumen: La competencia territorial en el ámbito de la jurisdicción social es aquella donde se presta el trabajo efectivo de conformidad con lo establecido en el acuerdo de teletrabajo cuando en el mismo se ha establecido que se realizará desde el domicilio del trabajador.

Palabras clave: Teletrabajo. Competencia territorial. Lugar de prestación de servicios.

Abstract: Territorial jurisdiction in the field of labor courts is the one where the work is effectively performed, in accordance with the terms set out in the telework agreement.

Keywords: Territorial jurisdiction. Labor courts. Place of service delivery.

I. Introducción

Se aborda la problemática de la determinación de la competencia territorial en un caso de despido de un teletrabajador que está adscrito a un centro de trabajo de una determinada provincia pero que, de acuerdo con lo establecido en el acuerdo de teletrabajo, desarrolla su trabajo habitual en otro lugar. En definitiva, se dirime si la persona trabajadora debe demandar por despido en el lugar del centro de trabajo al que se le ha adscrito o, por el contrario, la competencia territorial la determina el lugar habitual de ejecución real del trabajo, es decir, el lugar donde se localice el domicilio de la persona trabajadora en el caso examinado.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo Sala de lo Social. Pleno.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 365/2025, de 24 de abril.

Tipo y número de recurso: RCUd núm. 1219/2024.

ECLI:ES:TS:20025:1995

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El trabajador fue contratado por la Fundación Universitaria Internacional de Canarias, con domicilio social en Las Palmas de Gran Canaria. En el contrato de trabajo consta que el centro de trabajo al que está adscrito está radicado en El Fondillo de Las Palmas de Gran Canaria. Pero el trabajador teletrabaja en su propio domicilio situado en Madrid.

Se debate si la competencia territorial le corresponde al Juzgado de lo Social del lugar donde teletrabaja (su domicilio, radicado en Madrid) o el que consta en los contratos laborales (Las Palmas de Gran Canaria).

La demanda de despido fue interpuesta ante el Juzgado de lo Social del lugar donde teletrabajaba el actor: su domicilio radicado en Madrid. Pero el Juzgado de lo Social de Madrid dictó auto declarando su incompetencia territorial. Argumenta a tal efecto que, para determinar cuál es el Juzgado de lo Social competente en los litigios relativos al trabajo a distancia, debe aplicarse la disposición adicional 3ª de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (en adelante LTD), que considera como domicilio de referencia a efectos de determinar cuál es la autoridad laboral competente, en el trabajo a distancia, aquel que figure en el contrato de trabajo y, en su defecto, el domicilio de la empresa o del centro o lugar físico de trabajo.

La parte actora interpuso recurso de suplicación. La STSJ de Madrid de 15 de diciembre de 2023, recurso 836/2023, estimó el recurso. El TSJ interpreta el art. 10 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS) y la disposición adicional 3ª de la LTD. La Sala argumenta que la denominada autoridad laboral es un órgano administrativo y no judicial, por lo que la citada disposición adicional 3ª de la LTD no afecta a las normas de atribución de competencia territorial de los órganos jurisdiccionales. En consecuencia, aplica el art. 10 de la LRJS y declara la competencia territorial del Juzgado Social de Madrid. 3

La empresa demandada interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina que es el que ahora resuelve el TS. El TS confirma la sentencia de suplicación y entiende que la competencia territorial viene determinada por las normas procesales y, en consecuencia, en este caso por el lugar de prestación de servicios (el domicilio del teletrabajador en Madrid) decidido por las partes en el acuerdo de teletrabajo.

IV. Posición de las partes

1. De la empresa recurrente

Denuncia la infracción del art. 10 de la LRJS. Alega que debe aplicarse la disposición adicional 3ª de la LTD pues el centro de trabajo del actor está radicado en Las Palmas de Gran Canaria. Por ello solicita que se desestime la demanda y se declare la caducidad del despido. Invoca de contraste la STSJ de Cataluña 611/2023, de 2 de febrero (recurso 4863/2022).

2. Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal informó en contra de la estimación del recurso.

V. Normativa aplicable al caso

Art. 10.1 Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la jurisdicción social (en adelante LRJS): "La competencia de los Juzgados de lo Social se determinará de acuerdo con las siguientes reglas: 1. 1º Con carácter general será juzgado competente el del lugar de prestación de los servicios o el del domicilio del demandado, a elección del demandante. 2º Si los servicios se prestaran en lugares de distintas circunscripciones territoriales, el trabajador podrá elegir entre aquél de ellos en que tenga su domicilio, el del contrato, si hallándose en él el demandado pudiera ser citado, o el del domicilio del demandado. (...)"

Art. 7.f) la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (en adelante LTD) contempla como contenido mínimo del acuerdo de trabajo a distancia el "lugar de trabajo a distancia elegido por la persona trabajadora para el desarrollo del trabajo a distancia"

Disposición adicional 3ª de la LTD, titulada «Domicilio a efectos de considerar la Autoridad Laboral competente y los servicios y programas públicos de fomento de empleo aplicables» y que dispone: «En el trabajo a distancia, se considerará como domicilio de referencia a efectos de considerar la Autoridad Laboral competente y los servicios y programas públicos de fomento del empleo aplicables, aquel que figure como tal en el contrato de trabajo y, en su defecto, el domicilio de la empresa o del centro o lugar físico de trabajo.»

VI. Doctrina básica

La competencia territorial no exige sentencia de contradicción en el recurso de casación para la unificación de doctrina y se determina en casos de teletrabajo siguiendo las normas generales establecidas en la LRJS. No es aplicable la competencia atribuida a la "autoridad laboral" en la normativa sobre Ley de Trabajo a Distancia al no ser equiparable dicha autoridad a "autoridad judicial". El contenido mínimo obligatorio del acuerdo de trabajo a distancia incluye el "lugar de trabajo a distancia elegido por la persona trabajadora para el desarrollo del trabajo a distancia [art. 7.f) de la LTD] por lo que el lugar donde se haya determinado que se realizará la prestación de servicios constituye una de las posibles circunscripciones en las que la persona trabajadora puede demandar a su empresa.

VII. Parte dispositiva

Desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Fundación Universitaria Internacional de Canarias. Se confirma la sentencia recurrida, declarando la firmeza de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de diciembre de 2023, recurso 836/2023.

VIII. Pasajes decisivos

- "Cuando el ordenamiento jurídico menciona la autoridad laboral, en todos los casos se refiere a un órgano administrativo. Puede ser un órgano administrativo de la Unión Europea [la Autoridad Laboral Europea, creada por el Reglamento (UE) 2019/1149], estatal, autonómico o provincial. Son órganos administrativos que tienen atribuidas competencias relevantes en el ámbito laboral. Los órganos jurisdiccionales, que tienen la condición de autoridad judicial, no forman parte de la autoridad laboral, la cual está integrada por órganos administrativos. La competencia territorial de los órganos judiciales está residenciada en la LRJS, no en la LTD"

- "Aunque la LTD reformó la LRJS, no modificó los arts. 10 y 11 de la LRJS, que regulan la competencia territorial. Ello significa que no introdujo ninguna norma específica que regule el fuero territorial de los trabajadores a distancia. Por ello, debemos aplicar las reglas generales del art. 10 de la LRJS, cuya redacción no ha variado. Si el legislador hubiera querido que la competencia territorial del trabajo a distancia se regulara por sus propias normas, la LTD hubiera reformado esos preceptos. El art. 138 bis de la LRJS, que establece un plazo de 20 días hábiles para presentar la demanda ante el Juzgado de lo Social, debe interpretarse en el sentido de que se remite al art. 10 de la LRJS"

- "El art. 10.1 de la LRJS establece un fuero territorial electivo. Como regla general, el demandante elige si presenta la demanda ante el Juzgado del lugar de prestación de los servicios o el del domicilio del demandado. Ese precepto atiende a la realidad del lugar de prestación de servicios laborales, no a la previsión formal que consta en el contrato de trabajo. En el caso de los teletrabajadores, el lugar de prestación de los servicios es aquel donde teletrabajan. En muchas ocasiones es su domicilio. Ello facilita el ejercicio de las acciones judiciales contra su empleador".

- "La aplicación literal del art. 10.1 de la LRJS, de conformidad con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución, obliga a concluir que el trabajador pudo elegir entre presentar la demanda de despido ante los Juzgados de lo Social del lugar de prestación de servicios (Madrid) o del domicilio del demandado (Las Palmas de Gran Canaria). Al presentar la demanda en los Juzgados de lo Social de Madrid, no ha vulnerado la citada norma.

- "Desde el momento en que el empleador pacta el teletrabajo en el domicilio del trabajador, el empresario debe ser consciente de que ello permitirá al trabajador interponer las demandas laborales en los Juzgados de lo Social de su domicilio y el empleador deberá prever la posibilidad de tener que ejercitar su derecho de defensa en esos órganos judiciales"

- "Esta doctrina jurisprudencial puede tener como consecuencia que el domicilio que determina cuál es la autoridad laboral competente (el domicilio del contrato de trabajo y, en su defecto, el domicilio de la empresa o del centro o lugar físico de trabajo) puede ser distinto del lugar que determina la competencia territorial (el lugar de prestación de los servicios o el del domicilio del demandado). Pero ello es consecuencia de la diferente regulación de la LTD y de la LRJS, en atención a las diferencias entre la autoridad laboral y la autoridad judicial, lo que justifica esa distinción".

IX. Comentario

La sentencia que se comenta presenta gran interés por resolver una cuestión que estaba generando posiciones judiciales y académicas divergentes.

Comienza recordando que cuando se discute la competencia territorial, no es exigible el presupuesto procesal de contradicción del art. 219.1 de la LRJS para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina y debe examinarse de oficio. Asimismo, reproduce los preceptos cuestionados, los procesales (opción del trabajador entre el lugar de prestación de servicios o el domicilio del demandado del art. 10 LRJS) y la regla más específica contenida en la Disposición Adicional 3ª de la LTD que determina cuál es el domicilio a efectos de la "autoridad laboral competente" y los servicios y programas públicos de fomento de empleo. Precisamente, esta última norma es la que venía generando posiciones judiciales diferentes, ya que algunos Tribunales Superiores consideraban que era la aplicable en caso de teletrabajo pues se trataba de una norma especial preferente frente a la procesal de la LRJS. Clarificar cuál es la norma aplicable es el objetivo de la decisión judicial que ahora se comenta.

La respuesta, en breve, es que se aplica la LRJS y no la LTD. El Pleno rechaza que la Disposición especial contenida en la LTD sea aplicable para la determinación de la jurisdicción competente, porque cuando el ordenamiento jurídico alude a "autoridad laboral" siempre hace referencia a un órgano administrativo y no a un órgano jurisdiccional, que son los que ostentan la condición de autoridad judicial y que no forman parte de la autoridad laboral integrada por órganos administrativos. De este modo, la competencia territorial viene determinada por la LRJS y no así por la LTD. Es decir, la norma de la LTD sería especial (*Lex specialis*) pero para determinar la autoridad laboral competente a otros efectos, no a los procesales que son a los refiere la determinación de la competencia territorial judicial. La diferenciación entre autoridad competente y autoridad judicial resulta, así pues, esencial y, por otro lado, bastante natural al ser suficiente una interpretación literal y común del término contenido en los textos jurídicos. Ciertamente, como advierte la Sala, ello puede aparejar que rijan lugares o circunscripciones diversas para enjuiciar los distintos conflictos que puedan surgir en el marco de un contrato laboral con una persona teletrabajadora. La competencia administrativa (el domicilio del contrato de trabajo y, en su defecto, el domicilio de la empresa o del centro o lugar físico de trabajo) puede ser distinta al lugar que determina la competencia territorial (el lugar de prestación de los servicios o el del domicilio del demandado). Pero tal disparidad es consecuencia de que ambas normas (LTD y LRJS) responden a reglas diferentes, regulando la DA 3 LTD la relación con la administración laboral y la LRJS la relación con la autoridad judicial. De este

modo, por ejemplo, si el despido fuera colectivo y la empresa tuviera su centro de trabajo y sede en Madrid, la autoridad laboral a quien el empresario debiera comunicar dicho despido es la de Madrid, aunque la persona trabajadora concretamente despedida podría presentar la demanda en Madrid o donde se haya previsto en el acuerdo de trabajo a distancia que va a prestar sus servicios teletrabajando, por ejemplo, Valencia; y ello a pesar de que en dicho acuerdo se hubiera previsto expresamente que el contrato de trabajo al que la persona ha sido asignada expresamente sea el de Madrid.

Despejada la cuestión sobre la normativa aplicable, de modo totalmente solvente, la solución del caso se contiene en la normativa procesal y en concreto, en el art. 10.1 LRJS en lo relativo a la determinación de la competencia territorial. Para el TS la regla contenida en el art. 10.1. 1º LRJS parte de ofrecer un fuero electivo que pone de manifiesto que cuando el legislador permite interponer la demanda en el juzgado del “lugar de prestación de los servicios” o en el del “domicilio del demandado” persigue atender a la “realidad del lugar de prestación de servicios laborales” y no a la previsión formal que pudiera constar en el contrato de trabajo. Lo más relevante de la sentencia es que manifiesta que “en el caso de los teletrabajadores, el *lugar de prestación de los servicios es aquel donde teletrabajan*” porque lo que busca la norma procesal es o que facilita el ejercicio de las acciones judiciales contra el empleador.

Para la Sala de lo Social, el hecho de que en la LTD contemple como contenido mínimo del acuerdo de teletrabajo la adscripción de la persona teletrabajadora a un determinado centro de trabajo de la empresa “donde, en su caso, desarrollará la parte de la jornada de trabajo presencial” (art. 7.e LTD) no constituye un criterio determinante de la competencia jurisdiccional territorial cuando el empleado no presta servicios presenciales ya que la asimetría y desigualdad negociada existente entre las partes negociadoras podría llevar al empresario a predeterminar la futura competencia territorial adscribiendo a la persona que teletrabaja a cualquiera de sus centros de trabajo dificultando el ejercicio de acciones judiciales por parte de la persona trabajadora, vulnerando con ello la tutela judicial del art. 24 CE. Por el contrario, en la medida en que el acuerdo de teletrabajo es voluntario para ambas partes, el hecho de que pacten que el lugar de trabajo va a ser el domicilio del trabajador permite desde el inicio que el empresario sea consciente de que el lugar pactado de ejecución efectiva de los servicios puede ser uno de los lugares donde quien teletrabaja le puede demandar, por lo que el empresario en tales casos desde el inicio debe prever la posibilidad de tener que ejercitar su derecho de defensa en dichos órganos judiciales.

La sentencia del Pleno clarifica, así pues, los supuestos de competencia territorial de los tribunales en el orden social y cierra un debate en cierto modo artificial. Asimismo, la sentencia aporta solventa *obiter dicta* la cuestión de la competencia territorial en casos de teletrabajo parcial, es decir, cuando la persona trabajadora presta servicios en parte en su domicilio algunos días de la semana y otros días lo hace presencialmente en el centro de trabajo de la empresa. Para tales supuestos declara que se aplicará el art. 10.1 párrafo 2º de la LRJS que le permite elegir entre el Juzgado de lo Social en cuya circunscripción territorial tenga su domicilio, el del contrato si hallándose en él el demandado pudiera ser citado, o el del domicilio del demandado.

Pero dos cuestiones quedan todavía en el aire.

La primera es la de resolver qué ocurriría si en el acuerdo de teletrabajo se hace constar un lugar concreto de prestación de servicios, pero la persona teletrabajadora los presta de modo efectivo en otro lugar diferente al pactado. En el caso examinado por la sentencia si, por ejemplo, constara el domicilio del trabajador (en Madrid) como lugar de prestación de servicios pactado, pero en la práctica la persona trabajadora desarrollara su prestación efectiva y real de trabajo en su segunda casa o en un resort situados en circunscripciones diferentes a la pactada. El Pleno del Tribunal declara que la regla del art. 10.1.1 LRJS establece un fuero territorial electivo que atiende “a la realidad del lugar de prestación de servicios laborales, no a la previsión formal que consta en el contrato de trabajo”. Literalmente ello aboca a que en estos casos la

persona teletrabajadora pudiera demandar desde el lugar real de prestación de servicios (su segunda casa o resort en el ejemplo propuesto), con independencia de que se hubiera pactado otro lugar de prestación. De hecho, inmediatamente a continuación, la misma sentencia afirma que “en el caso de los teletrabajadores el lugar de prestación de los servicios es aquél donde teletrabajan”, reforzando que la clave reside en el lugar real de prestación de servicios, aunque fuera uno no pactado con el empresario, incumpliendo el acuerdo de teletrabajo. Sin embargo, a mi juicio, en estos casos el lugar previsto en el acuerdo de teletrabajo debiera tener alguna repercusión pues, como también apunta el Pleno en los casos de teletrabajo, debe también partirse de que el trabajo a distancia es voluntario para ambas partes (art. 5 LTD) y dentro de su contenido mínimo obligatorio se encuentra el de incluir el lugar de trabajo a distancia elegido por la persona trabajadora para el desarrollo del trabajo a distancia (art. 7.f LTD) porque es en este lugar pactado donde el empleador debe ser consciente de que va a tener que defenderse (y no en un lugar distinto unilateralmente decidido por el trabajador incumpliendo los términos del acuerdo de teletrabajo). El establecimiento de una norma específica por parte del legislador (como existe en los tripulantes aeronáuticos respecto a la base operativa) sería más que conveniente para adaptar la competencia territorial a la particular realidad del teletrabajo. En estos casos lo natural sería que la competencia territorial fuera además de la del domicilio del demandado, la del lugar donde se ha pactado la prestación de servicios y no el de prestación efectiva de los mismos. Sería en dicha circunscripción donde debiera dirimirse si la prestación “real” de servicios constituye un incumplimiento del acuerdo de teletrabajo o, por el contrario, presenta alguna justificación debida a situaciones familiares urgentes, emergencias sanitarias o contextos de fuerza mayor. De momento, no obstante, y dado el carácter imperativo de las normas competenciales y la prohibición en el ámbito social de las cláusulas de sumisión (STS de 26-11-2004, rec. 362/2003; STJ Cantabria 13-12-2024, rec. 868/2024), lo cierto es que incluso en casos de incumplimiento del acuerdo de teletrabajo, la competencia territorial vendría determinada por el lugar de prestación efectiva de servicios si en tal lugar se hubieran prestado de modo estable y única de la prestación. Si, por el contrario, la prestación se hubiera realizado inicialmente en el lugar pactado y, posteriormente el trabajo se ejecutase en lugares de distintas circunscripciones territoriales por decisión unilateral del trabajador lo cierto es que, en tal caso, el teletrabajador solo podría elegir de entre esos lugares aquél de ellos en que tenga su domicilio, el del contrato, si hallándose en él el demandado pudiera ser citado, o el del domicilio del demandado. Es decir, se aplicaría la regla del segundo párrafo del art. 10.1 LRJ, y no la del primero. Por lo tanto, si el teletrabajador realiza su prestación en un lugar diferente al pactado y este no coincide con su domicilio, no podría demandar en ese lugar de prestación real (aunque no parece que esta sea la solución adoptada por la STSJ Asturias 10-5-2013, rec. 695/2013).

La segunda cuestión se vincula con la anterior y plantea si la doctrina derivada del Pleno de la Sala de lo Social es aplicable a supuestos en que el acuerdo de teletrabajo permite al trabajador prestar servicios desde cualquier lugar, tal y como ocurre con los denominados “nómadas digitales”. A mi juicio, esta doctrina no es extrapolable. En la sentencia objeto de análisis se aplicaba el art. 10.1.1 LRJS, puesto que en el acuerdo se había fijado expresamente el domicilio del trabajador como lugar de prestación, lo que implica una prestación “predeterminadamente estable”. En cambio, en los casos de nómadas digitales, o en otros en los que el acuerdo prevé múltiples lugares de prestación, se deberá aplicar el segundo párrafo del art. 10.1 LRJS. Dado que la competencia territorial se determina en el momento de interponer la demanda (arts. 411 LEC), y no respecto del momento en que ocurrieron los hechos litigiosos, la persona teletrabajadora podrá entonces elegir entre las siguientes opciones: (i) el Juzgado social correspondiente a su domicilio, siempre que en esa circunscripción efectivamente preste servicios (no basta su domicilio, es preciso que allí exista una actividad real, esto es, que el criterio del domicilio confluya con el lugar de prestación de servicios por mediar coincidencia en ambos: STS 4-2-2025, rec. 2178/2024); (ii) el correspondiente al lugar de celebración del contrato, cuando en él se encuentre el demandado y pueda ser citado (por poseer allí delegación, centro de trabajo o

desarrollar actividades); (iii) el del domicilio de la empresa, incluso si no se prestan allí servicios efectivos.

En fin, terminar señalando que la sentencia clarifica de manera definitiva que, en materia de teletrabajo, la competencia territorial corresponde al régimen general de la LRJS (art. 10.1), y no a la Disposición Adicional 3ª de la LTD, al distinguir entre “autoridad laboral” administrativa y “autoridad judicial”. Solución que resuelve el debate doctrinal, pero deja al descubierto lagunas prácticas -como en el caso de nomadismo laboral o cambios de lugar no autorizados-, que permiten demandar desde el lugar real de prestación y pueden provocar incertidumbre jurídica. Por ello, resultaría útil la introducción de una norma específica que reconozca el lugar pactado en el acuerdo como factor determinante de competencia y con flexibilidad para situaciones justificadas, lo que reforzaría la seguridad jurídica y protegería mejor a la persona trabajadora.

§ 46 **Pensión de viudedad de pareja de hecho. Estimación del recurso de revisión en aplicación de jurisprudencia del TEDH.**

Eduardo Rojo Torrecilla

Catedrático (jubilado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona.

Resumen: La sentencia estima el recurso de revisión interpuesto por quien fue demandante ante el JS en procedimiento de reclamación por viudedad (pareja de hecho), en cumplimiento de la jurisprudencia sobre esta materia del TEDH, acuerda la rescisión de la resolución judicial dictada por la Sala Social del TSJ de Cataluña y le devuelve las actuaciones para su remisión al JS que dictó la sentencia en instancia.

Palabras clave: Recurso. Revisión. Pareja de hecho. Viudedad. TEDH.

Abstract: The judgment upholds the appeal for review filed by the plaintiff before the SC in a claim for widowhood (domestic partnership), in compliance with the case law on this matter of the ECHR, agrees the rescission of the judicial decision issued by the Social Chamber of the SCJ of Catalonia and returns the proceedings to be sent back to the SC that issued the judgment in the first instance.

Keywords: Appeal. Review. Unmarried couple. Widowhood. ECHR.

I. Introducción

Es objeto de comentario en este artículo la sentencia dictada por STS-SOC (Pleno) el 23 de abril (rec. 32/2024).

La resolución judicial estima, en los mismos términos que la propuesta formulada por el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe, la demanda de revisión interpuesta por quien fue demandante en instancia en procedimiento de reclamación por viudedad, acuerda la rescisión de la sentencia dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 31 de octubre de 2018 (rec 3911/2018), ordena “la expedición de certificado con el tenor de la presente sentencia a fin de que las partes hagan el uso del mismo que convenga a su derecho”, y acuerda que los autos recibidos “sean devueltos a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña a los efectos de su toma en consideración” y posterior remisión al JS que dictó la sentencia en instancia.

La Sala autonómica había estimado el recurso de suplicación interpuesto por el INSS contra la sentencia dictada el 21 de marzo de 2018 por el Juzgado de lo Social núm. 11 de Barcelona, que había estimado la demanda antes referenciada.

El interés de la sentencia del TS radica en la confirmación de la línea marcada por su anterior sentencia de 3 de abril de 2024 (rec.14/2023), aceptando la revisión de la sentencia del TSJ por aplicación de la jurisprudencia del TEDH sobre la vulneración del derecho de propiedad reconocido en el art. 1 del Protocolo adicional núm.1 al

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

Además, y tal como se recoge en el resumen oficial de la sentencia^[1], se añade una “novedosa reflexión sobre agotamiento de los recursos previos cuando la revisión se basa en el art. 510.1 LEC”. Recordemos que el citado precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil encuentra su redacción actual en la modificación del texto anterior llevada a cabo por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en cuya exposición de motivos se expone que

“Se incluye, también, una previsión respecto de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que declaren la vulneración de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y en sus Protocolos, estableciéndose que serán motivo suficiente para la interposición del recurso de revisión exclusivamente de la sentencia firme recaída en el proceso «a quo». Con ello se incrementa, sin lugar a dudas, la seguridad jurídica en un sector tan sensible como el de la protección de los derechos fundamentales, fundamento del orden político y de la paz social, como proclama el artículo 10.1 de nuestra Constitución” (la negrita es mía).

Cabe enfatizar, en definitiva, y la sentencia del TS lo confirma, la importancia de la jurisprudencia del TEDH en el ámbito laboral y de protección social ^[2].

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala Social TS (Pleno).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 359/2025, 23 de abril.

Tipo y número recurso o procedimiento: demanda de revisión núm. 32/2024.

ECLI: ECLI:ES:TS:2025:1830

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El litigio que ha llegado hasta el TS se inicia con la citada demanda, tras la denegación por parte del INSS de la pensión de viudedad en los términos solicitados. Se recogen los argumentos del JS para dar respuesta estimatoria a la tesis de la parte demandante y consiguiente rechazo de los motivos de denegación de la pensión. Inmediatamente, se pasa al recordatorio de la sentencia del TSJ, en la que conocemos que la resolución del INSS por la que se desestimó la pretensión de la actora se fundamentaba en tres causas: “la primera por no haber constituido formalmente pareja de hecho con el fallecido al menos dos años antes del fallecimiento, segundo por no haber acreditado documentalmente mantener convivencia ininterrumpida de al menos cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento de la pareja y tercero por no acreditar no ser sus ingresos durante el año natural anterior al fallecimiento en la cuantía que legalmente se exige”. En la sentencia del TS se transcribe gran parte de la fundamentación de la sentencia de instancia para la estimación de la demanda.

Reproduzco la fundamentación de la sentencia del TSJ para estimar el recurso de suplicación, con revocación de la sentencia de instancia y absolución de la recurrente.

“Que respecto de ... la necesidad de haberse constituido en pareja de hecho mediante la inscripción registro o mediante escritura notarial, se invoca por la

sentencia de instancia resolviendo la alegación formulada por la representación letrada de la actora, que la circunstancia de que la precitada STC de 11-3-2014, que declara la inconstitucionalidad del párrafo quinto del art. 174.3 LGSS, que es muy próxima en el tiempo al hecho causante de la prestación de viudedad reclamada, pues se dictó ocho meses antes del fallecimiento del Sr. Salvador y ello ha de tener un efecto beneficioso para la demandante en los términos que se recogen en el fundamento de derecho tercero.

Ahora bien, ello no puede suponer que el caso de la recurrente no esté afectado por esa reciente declaración del TC. Pues **esa declaración de inconstitucionalidad, por próxima que sea al fallecimiento del causante, es eficaz en relación con nuevos supuestos (caso de autos) o con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme**, debiendo recordarse, tal como señalan las sentencias de la Sala de fechas 3-6-16, 10-5-17, 10-7-17, 21-11-17, 11-12-17, 12-2-18 y 8-5-18 entre otras, que los Jueces y Tribunales deben interpretar y aplicar las leyes según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación que de los mismos resulte de las resoluciones dictadas por el TC en todo tipo de procesos (art. 5.1 LOPJ). Dicha STC 11-3-2014 produce efectos generales desde su publicación en el BOE, siendo de obligado cumplimiento por este Tribunal. En definitiva, **si bien las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales (art. 40 LOTC), sí resultan de aplicación a los nuevos supuestos y a los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme**" (la negrita es mía).

Tras la sentencia del TSJ, la demandante en instancia interpuso recurso de amparo ante el TC, con alegación de vulneración de su derecho a la no discriminación y a la seguridad jurídica, sintetizando el TS que el recurso se basaba en que "si su pensión se hubiera reconocido antes de la STC 40/2014 percibiría la pensión de viudedad". Fue inadmitido por no apreciarse la especial transcendencia constitucional requerida por el art. 50.1. b) de la LOTC.

El paso jurídico siguiente fue la interposición de demanda ante el TEDH (solicitud 37119/2019), con alegación del art. 1 del Protocolo núm. 1, en relación con el art. 6.1 del CEDH, que reconoce el derecho de toda persona a que "... su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley...". Se interpuso al amparo del art. 34 del CEDH, que dispone que "El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho".

El TEDH estimaría la demanda, encontrando una amplia síntesis de su sentencia en el apartado 4 del fundamento de derecho primero de la sentencia del TS. resolución del TEDH se basa esencialmente en los principios sentados en su sentencia anterior de 26 de enero de 2023, Caso Valverde Digón c. España. El TEDH, procede primeramente a un recordatorio de sus "principios generales" sobre los derechos cuya aplicación se discute, y subraya que el art. 1 del Protocolo es aplicable cuando se trate de prestaciones sociales y de bienestar, si bien se mantiene inalterada la libertad de los Estados miembros para configurar sus regímenes de Seguridad Social y, en su caso, si reconoce determinadas prestaciones, como por ejemplo las pensiones a las parejas de hecho, de tal manera que en esos supuestos el tribunal considera que dicha legislación "genera un interés patrimonial comprendido en el ámbito de aplicación del art. 1 del Protocolo". En suma, para el TEDH "... a falta de un período transitorio para cumplir los nuevos requisitos tuvo como consecuencia práctica que se impidiera a la demandante, de una vez por todas, obtener una pensión de supervivencia... de la que podría haber esperado legítimamente beneficiarse. La

demandante no tuvo la posibilidad de cumplir el nuevo requisito, ya que no lo conocía de antemano. El requisito de formalizar la sociedad al menos dos años antes del fallecimiento de uno de los socios simplemente resultó ser, en el caso de la demandante, de imposible cumplimiento”

IV. Posición de las partes

Plenamente delimitada ya la problemática objeto del litigio, el fundamento de derecho segundo de la sentencia del TS está dedicado a los términos del juicio de revisión, es decir en primer lugar la presentación de la demanda, el 17 de mayo de 2023, con petición de rescisión de la sentencia del TSJ al haber transgredido el derecho de propiedad de la parte actora según la sentencia del TEDH, “lo que justifica la reapertura del caso”.

En segundo término, conocemos que la parte demandada en instancia y recurrente en suplicación, el INSS, alegó que, de rescindirse la sentencia, deberían devolverse los autos al JS “... a efectos de que las partes hagan uso de sus derechos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 516 LEC, pero no puede resolverse el asunto en cuanto al fondo”. Recordemos que el apartado 1 del citado artículo dispone que “Si el tribunal estimare procedente la revisión solicitada, lo declarará así, y rescindirán la sentencia impugnada. A continuación, mandará expedir certificación del fallo, y devolverá los autos al tribunal del que procedan para que las partes usen de su derecho, según les convenga, en el juicio correspondiente. En este juicio, habrán de tomarse como base y no podrán discutirse las declaraciones hechas en la sentencia de revisión”.

Por parte del Ministerio Fiscal se interesó la estimación de la demanda, con apoyo en el art. 510.2 LEC y la doctrina sentada en la sentencia antes referenciada de TS-SOC de 3 de abril de 2024, por lo que los autos deberían devolverse al TSJ “a los efectos legales oportunos”. El art. 510.2 dispone que “... se podrá interponer recurso de revisión contra una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión, sin que la misma pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas”.

Por último, por parte de la Abogacía del Estado, que intervino al amparo de lo dispuesto en el párrafo quinto del apartado 1 del art. 236 de la Ley reguladora de la jurisdicción social (“En los supuestos del apartado 2 del artículo 510 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, salvo en aquellos procedimientos en que alguna de las partes esté representada y defendida por el Abogado del Estado, el letrado o letrada de la Administración de Justicia dará traslado a la Abogacía General del Estado de la presentación de la demanda de revisión, así como de la decisión sobre su admisión. La Abogacía del Estado podrá intervenir, sin tener la condición de parte, por propia iniciativa o a instancia del órgano judicial, mediante la aportación de información o presentación de observaciones escritas sobre cuestiones relativas a la ejecución de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”) se manifestó estar de acuerdo con la procedencia de la revisión, a partir de las tesis de la sentencia del TEDH, “con devolución de los autos a los órganos jurisdiccionales competentes”.

V. Doctrina básica

Con prontitud centra la Sala cuál es el contexto del debate suscitado en revisión, señalando que el origen mediato de la demanda de revisión es la sentencia dictada por el TSJ, y que el asunto litigioso encuentra su razón de ser en que “el fallecimiento de la pareja de la demandante se produjo antes de que transcurriesen dos años desde la STC 40/2014, pero se le denegó la pensión como consecuencia de su declaración de inconstitucionalidad respecto de la regulación autonómica de las parejas de hecho”.

Dedica la sentencia el fundamento de derecho tercero al examen del cumplimiento de los presupuestos procesales de admisibilidad, pasando revista al cumplimiento de las reglas sobre depósito, plazo de interposición de la demanda, y agotamiento de los recursos previos, dando respuesta positiva a todos ellos respecto a su cumplimiento por la parte recurrente.

Es especialmente interesante a mi parecer la argumentación sobre la aceptación de la demanda de revisión aun cuando no se hubiera interpuesto con anterioridad recurso de casación para la unificación de doctrina, ya que, recuerda, “en el momento de dictarse la STSJ Cataluña 5693/2018 nuestra jurisprudencia era la recogida y aplicada por ella misma. **Y no consta la existencia de sentencia firme alguna que albergase doctrina que hubiera podido fundamentar la contradicción necesaria** a los efectos de interponer el recurso de casación para la unificación de doctrina” (la negrita es mía). Tampoco considera que fuera necesaria la interposición del incidente de nulidad de actuaciones, remitiéndose a su sentencia anterior de 3 de abril de 2024, subrayando que el mismo “... por su naturaleza, no constituye un vehículo adecuado para obtener la nulidad de un procedimiento fundamentada en cuestiones de fondo pues, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 241 de la LOPJ, tal remedio se constituye para reponer los autos al momento anterior a cometerse una vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución (el art. 14 CE y los de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I), siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario”.

El fundamento de derecho cuarto está dedicado a recordar, y enfatizar, el carácter “excepcional” del remedio de revisión. Por ello, se indica en primer término cuál es su regulación básica, el art. 236.1 LRDJ en relación con los arts. 510.1 y 511 LEJ. A continuación, se sintetiza la doctrina de la “numerosísima” jurisprudencia de la Sala sobre esta materia, con una amplia transcripción de la sentencia de 16 de septiembre de 2015 (rec.19/2014). Finalmente, repasa la jurisprudencia constitucional, para subrayar, con apoyo en la sentencia núm. 216/2009 de 14 de diciembre, que “desde la perspectiva constitucional, una sentencia firme (sea sobre despido, sea sobre sobre calificación de una situación psicofísica profesionalmente invalidante, sea sobre pensión de supervivencia, sea sobre cualquier otra materia) no puede ser dejada sin efecto, fuera de los estrictos límites legales, ya que se incurriría en una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE en relación art. 9 CE), en su vertiente de derecho a la inmodificabilidad y la intangibilidad de las situaciones jurídicas declaradas en resoluciones judiciales firmes”.

En el fundamento de derecho quinto se aborda la revisión de una sentencia firme como consecuencia de resoluciones del TEDH que declaren la vulneración de algún derecho reconocido en el CEDH y sus protocolos, y acude a su propia sentencia de 16 de enero de 2024 (rec. 7/2022). Concurren los requisitos para estimar la demanda). Se rescinden tanto de suplicación como la de instancia”. para recordar cuales son los presupuestos necesarios para la “operatividad” del art. 510.2 LEC, que examinará en el siguiente fundamento de derecho y que le llevarán finalmente al fallo estimatorio de la demanda de revisión.

En efecto, el examen de la demanda de revisión se realiza en el fundamento de derecho sexto, anticipando de entrada que se estimará esta, “puesto que concurren en el caso todos y cada uno de los requisitos establecidos al efecto por el art. 510.2 LEC”.

Se cumple, y remito a las explicaciones realizadas con anterioridad para no ser reiterativo, el primer requisito de que la resolución cuya revisión se solicita “hubiera motivado una demanda ante el TEDH”. Igualmente, el segundo, cual es que una sentencia del TEDH “declare que la resolución había sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos”. También el tercero, consistente en que la violación, “por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión”, y el cuarto, en concreto que con la revisión “no se perjudiquen derechos

adquiridos por terceros de buena fe”, poniendo de manifiesto la sentencia que “no aparecen tales perjuicios en nuestro caso, pues ni siquiera el INSS, en su contestación a la demanda, ha argumentado acerca de los mismos”.

VI. Parte dispositiva

Por todo lo anteriormente expuesto, se estima la demanda de revisión, por lo que se anula la sentencia del TSJ, de tal manera que se concluye que la sentencia del JS “no llevó a cabo vulneración alguna y, por tanto, los efectos de la estimación no deben proyectarse sobre ella pues resultaría contradictorio no ya con lo pedido por la actora sino con la propia finalidad de la institución rescisoria”. Respecto a la forma de reparación del daño causado, al haber sido rescindida la sentencia de suplicación, “debe dar lugar a que el propio Tribunal que la dictó arbitre el modo que considere preferible a fin ajustar su tarea jurisdiccional a las exigencias del referido Convenio y de la interpretación acogida por el TEDH”.

Al respecto, el TS efectúa unas “precisiones adicionales” de indudable importancia, que pasan en síntesis por declarar, y así se plasma en la exposición efectuada en el párrafo anterior, que le corresponde al TSJ adoptar las decisiones que considere apropiadas “para ajustarlas a la sentencia del TEDH”, y lo fundamenta en estos términos: **“Es cierto que el art. 516.1 LEC contempla un “juicio” respetuoso con lo declarado en revisión, pero se trata de término que no debemos aplicar de forma literal sino adaptada tanto a las características del proceso social en el segundo grado (suplicación) cuanto al momento en que se ha producido la vulneración de derechos (al dictarse la sentencia por el TSJ, no antes).**

Y concluye que “de ahí la avanzada decisión, en línea con lo propuesto por la Fiscalía y la Abogacía del Estado: rescindimos la sentencia vulneradora del derecho protegido por el Convenio Europeo y **ponemos en manos del Tribunal que la dictó el modo de conciliar con ella el derecho de las partes**” (la negrita es mía).

Referencias:

1. [^] “Demanda de revisión con fundamento en la STEDH 20 julio 2023 (Del Pino Ortiz y otros contra España) que declaró vulnerado el derecho de propiedad (art. 1 del Protocolo nº 1 al CEDH). Residente en Cataluña que solicita pensión de viudedad, habiendo fallecido su pareja meses después de la STC 140/2014 pero antes de que transcurran dos años; se le deniega por no haber llegado a formalizar la constitución de la pareja e incumplir, por tanto, su acreditación durante al menos dos años. Aplica doctrina previa, con novedosa reflexión sobre agotamiento de los recursos previos cuando la revisión se basa en el art. 510.1 LEC. De acuerdo con la posición subsidiaria del Ministerio Fiscal, estima demanda en línea con STS 525/2024 y otras análogas”.
2. [^] Remito a mi artículo “La importancia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ámbito laboral y de protección social (V). Notas a la sentencia de 26 de enero de 2023, Caso Valverde Digón c. España. Vulneración del derecho de propiedad (art. 1 del Protocolo núm. 1 al Convenio de Derechos Humanos). No reconocimiento de pensión de viudedad a parejas de hecho (con tres votos discrepantes)” <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2024/04/la-importancia-de-la-jurisprudencia-del.html> (consulta: 16 de junio)

§ 47 Libertad de empresa: no ampara decisiones unilaterales discriminatorias o contrarias a derechos fundamentales y legales. ¿Está realmente afectado el derecho fundamental a la libertad de empresa?

María Emilia Casas Baamonde

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Presidenta Emérita del Tribunal Constitucional

Resumen: *El reparto de una paga excepcional de beneficios, decidido unilateralmente por los accionistas de la empresa y condicionado por esta a la exigencia, para su devengo y percepción por los trabajadores, de no haber superado un número máximo de ausencias al trabajo durante el año de su devengo, está sometido a la Constitución y a las leyes. No puede la libertad contractual empresarial computar como ausencias del trabajo las relacionadas con el ejercicio de los derechos fundamentales y legales de los trabajadores de libertad sindical (disfrute del crédito horario sindical), a la no discriminación por sexo y de conciliación de la vida laboral y familiar (excedencias por cuidado de hijos e hijas y ascendientes y “permisos” de maternidad y paternidad). Son tiempo de presencia efectiva en el trabajo.*

Palabras clave: *Procedimiento de conflicto colectivo. Interrupción de la prescripción. Recurso de casación. Paga excepcional de beneficios. Libertad contractual empresarial. Libertad de empresa. Derechos fundamentales. Ausencias del trabajo. Presencia efectiva en el trabajo.*

Abstract: *The distribution of an exceptional profit-sharing bonus, unilaterally decided by the company’s shareholders and made conditional upon employees not having exceeded a maximum number of absences from work during the year in which it was accrued, is subject to the Constitution and the law. Entrepreneurial contractual freedom cannot classify as absences from work those related to the exercise of employees’ fundamental and statutory rights—such as the right to trade union freedom (use of union leave), the right to non-discrimination based on sex, and the right to work-life balance (parental and family care leave, as well as maternity and paternity leave). These periods must be regarded as effective presence at work.*

Keywords: *Collective dispute procedure, Interruption of prescription. Appeal by cassation. Exceptional profit-sharing payment. Business contractual freedom. Freedom of enterprise. Fundamental rights. Work absence. Actual presence at work.*

I. Introducción

La autonomía contractual de las empresas, como fuente de derechos y obligaciones laborales, ha de ejercerse de conformidad con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. La sentencia 383/2025 de la Sala de lo Social de Tribunal Supremo ha confirmado que el hecho de que la concesión de una paga extraordinaria

de beneficios no tenga origen en una fuente formal vinculante para la empresa, sino que derive de su libre decisión -de sus empresas accionistas-, no asegura el poder empresarial de libre configuración de su régimen jurídico. Esa configuración empresarial ha de respetar los derechos fundamentales, legales y convencionales colectivos de los trabajadores, por lo que resulta incompatible con el marco constitucional y legal cualquier criterio de discriminación, exclusión o minoración del devengo y percepción de esa retribución extraordinaria, que penalice el ejercicio legítimo de derechos de los trabajadores constitucional y legalmente protegidos. El núcleo del debate se sitúa en la calificación por la empresa como ausencias al trabajo, con repercusión en el no devengo y percepción de la paga extraordinaria, o en la minoración de su cuantía, de las debidas al ejercicio del crédito horario para actividades sindicales, al disfrute de excedencias por cuidados de hijos e hijas y de familiares y a los “permisos” (suspensiones contractuales) por maternidad y paternidad. La sentencia 26/2023, de 6 de marzo, de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, había fundamentado su decisión parcialmente estimatoria de las demandas de UGT-FICA y de CCOO de exclusión de esas ausencias del cómputo para causar derecho al reparto de beneficios en una interpretación conjunta de varios preceptos constitucionales (arts. 14, 28 y 39 CE), del ET [arts. 46.3, 45.1.a) y 48.4] y de la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES (cláusulas 1, 5.2 y 5.4 del Acuerdo marco), después derogada por la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, entre otras normas; así como en la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo y en otras decisiones propias. El Alto Tribunal ha ratificado esa lectura sistemática, subrayando que la empresa no puede invocar su derecho fundamental de libertad de empresa para configurar libremente los criterios de devengo de paga de beneficios y descartar como equiparables al trabajo efectivo las ausencias debidas a causas como las expuestas.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 383/2025, de 6 de junio.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de casación núm. 149/2023

ECLI: ES:TS:2025:2001

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

Votos Particulares: carece

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El problema suscitado se refiere a la libertad de las empresas accionistas de la empresa *B.A. Glass Spain* de realizar un reparto excepcional de beneficios a una gran parte de sus empleados, correspondiente al año 2020 por los buenos resultados de aquel ejercicio, de una cantidad global de 2.600.000 €, .

La cuestión litigiosa trae causa del cómputo por la empresa *B.A. Glass Spain*, como ausencias del trabajo, a efectos del devengo y reducción del importe de la paga de beneficios, devengada en 2020 y abonada en 2021, de las debidas al disfrute de crédito horario sindical, a incapacidad temporal por cualquier clase de contingencia, a la excedencia por cuidado de hijo/a o ascendiente que no puede valerse por sí mismo, y a las suspensiones contractuales por maternidad y paternidad. Ese reparto excepcional de beneficios, decidido por sus empresas accionistas, se sujetaba a una serie de criterios obligatorios, entre ellos, no haber tenido ausencias laborales por más

de 90 días durante 2020, calculándose los importes a pagar en función de los días de ausencia: los trabajadores que no hubieran tenido disponibilidad para realizar la prestación efectiva de trabajo durante 10 días o menos, percibirían la totalidad del importe, mientras que los que no hubieran trabajado durante más de 10 días y hasta 90 días, recibirían la parte proporcional, sin tenerse en cuenta únicamente las ausencias debidas a la pandemia de la COVID-19.

1. Hechos

Es hecho no controvertido que para el cómputo de los días de ausencia correspondientes al año 2020 para percibir el reparto extraordinario de beneficios, la empresa computa como tales: a) la ausencia por disfrute de crédito horario sindical; b) la ausencia por disfrute de permisos de paternidad y maternidad; c) la ausencia por disfrute de excedencia por cuidado de hijo o ascendiente; y d) la ausencia por incapacidad temporal por contingencias comunes y profesionales.

La empresa tiene con dos centros de trabajo (León y Badajoz).

2. Antecedentes

UGT Extremadura interpuso demanda frente a la empresa, solicitando la declaración de nulidad de pleno derecho de la práctica de la empresa por discriminatoria y antisindical y la condena al abono bonus a los trabajadores que no lo hubieran percibido en la cuantía que le hubiese correspondido de no existir ese absentismo y la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios sufridos por la discriminación. La demanda fue ampliada posteriormente frente a CCOO Badajoz, CSIF Extremadura y Comité de empresa de B.A Glass Spain S.A.

La sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Badajoz, 88/2022, de 8 de marzo, estimó parcialmente la demanda y declaró nula la práctica empresarial de excluir del pago del bonus anual a los trabajadores que se hubieran encontrado en situación de baja por paternidad o maternidad, baja por accidente laboral, por ejercicio de labores sindicales (horas sindicales) y como consecuencia de excedencia por cuidado de menores o ascendientes, con pago inmediato a los mismos. Rechazó la falta de competencia territorial, alegada por la empresa con base en la afectación del conflicto a los trabajadores del centro de trabajo de León. Recurrida la sentencia en suplicación por la empresa, la Sala de lo social del TSJ de Extremadura, en sentencia 592/2022, de 7 septiembre, estimó el recurso y anuló la sentencia de instancia por falta de competencia objetiva del Juzgado de lo Social, previniendo a la parte actora la posibilidad de hacer valer su pretensión ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional conforme al art. 8.1 de la LRJS.

La Federación de Industria, Construcción y Agro de la Unión General de Trabajadores (UGT-FICA) y Comisiones Obreras de Industria interpusieron demanda de conflicto colectivo contra la empresa, siendo parte interesada la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF).

La sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional 26/2023, de 6 de marzo^[1], desestimó las excepciones de inadecuación de procedimiento, falta de legitimación activa, prescripción y falta de legitimación pasiva, opuestas por la empresa. Estimó en parte la demanda, declarando que, para el devengo y el importe de la paga, la empresa no podía computar como días de ausencia los atribuidos al crédito horario sindical; a la excedencia por cuidado de hijo o ascendiente que no puede valerse por sí mismo; y los de permiso de maternidad y paternidad.

La empresa recurrió en casación dicha sentencia, acogiéndose a tres motivos procesales (inadecuación de procedimiento, prescripción, revisión de hechos) y a la vulneración de su derecho la libertad de empresa.

IV. Posición de las partes

Las demandantes UGT-FICA y CCOO sostuvieron en su demanda que las ausencias por disfrute de crédito horario sindical, incapacidad temporal por contingencias comunes o contingencias profesionales, excedencia por cuidado de hijo o ascendiente que no puede valerse por sí mismo, y permiso de maternidad y paternidad, no podían ser computados por la empresa para no reconocer el devengo de la paga excepcional de 2020 o para reducir su importe, debiendo tenerse por días de presencia efectiva en el trabajo para causar derecho al devengo de la paga y a percibir su importe íntegro.

La empresa defendió que la paga de beneficios constituía un regalo "extraordinario, unilateral y voluntario" y que la decisión adoptada por sus socios debía aceptarse necesariamente en sus propios términos. Sostuvo la inadecuación del procedimiento del conflicto colectivo al ser el conflicto plural, pues no todos los trabajadores estaban afectados, sino trabajadores con intereses individuales y concretos, lo que hacía necesario examinar cada jornada individual. Solicitó la revisión del HP 6º por error de valoración probatoria, y propuso acotar su alcance territorial a Extremadura (al centro de trabajo de Villafranca de los Barros), excluyendo a León, ya que los trabajadores de esta provincia no formularon reclamación ni demanda, sin que se haya interrumpido el plazo de prescripción del artículo 59 ET. En efecto, consideró que habían prescrito los derechos de las personas afectadas por el conflicto que prestan sus servicios en León, pues no los habían reclamado en el transcurso de un año desde que la empresa aplicó su criterio al abonar la paga de beneficios (mayo de 2021), sin que la prescripción resultase afectada por el hecho de que la empresa hubiese alegado la incompetencia territorial del Juzgado de Badajoz. Recalcó que ni el comité de Badajoz ni UGT pudieron accionar con efectos interruptivos de la prescripción respecto de quienes prestan servicios en el centro de trabajo de León. Finalmente, por la vía del art. 207.e) de la LRJS, denunció la infracción del art. 38 de la CE, argumentando que su derecho a la libertad de empresa ampara la concesión unilateral de su "regalo" a unas personas si y a otras no y su decisión de no considerar las ausencias, ninguna ausencia, como equiparables a trabajo efectivo, con independencia de su causa. Subsidiariamente, adujo que no podría ser obligada a repartir más de los 2.600.000 euros, lo que comportaría un enriquecimiento injusto.

UGT, CCOO y CSIF formalizaron su impugnación del recurso de casación de la empresa, argumentando en contra de todos sus motivos.

El Ministerio Fiscal solicitó la desestimación íntegra del recurso.

V. Normativa aplicable al caso

Constitución

"Artículo 38"

"Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación".

Ley Orgánica del Poder Judicial

"Artículo 5"

[...]

"4. En todos los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. En este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional".

[...]

Estatuto de los Trabajadores

“Artículo 59. Prescripción y caducidad.

“1. Las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial prescribirán al año de su terminación.

A estos efectos, se considerará terminado el contrato:

a) El día en que expire el tiempo de duración convenido o fijado por disposición legal o convenio colectivo.

b) El día en que termine la prestación de servicios continuados, cuando se haya dado esta continuidad por virtud de prórroga expresa o tácita.

[...]

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social

“Artículo 8. Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.”

“1. La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional conocerá en única instancia, de los procesos sobre las cuestiones a que se refieren las letras f), g), h), j), k) y l) del artículo 2 cuando extiendan sus efectos a un ámbito territorial superior al de una Comunidad Autónoma [...]

[...]

“Artículo 153. Ámbito de aplicación.”

“1. Se tramitarán a través del presente proceso las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o a un colectivo genérico susceptible de determinación individual y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, pactos o acuerdos de empresa, o de una decisión empresarial de carácter colectivo [...]”.

“Artículo 154. Legitimación activa.”

“Estarán legitimados para promover procesos sobre conflictos colectivos:

a) Los sindicatos cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto.”

[...]

“Artículo 160. Celebración del juicio y sentencia”.

[...]

“5. La sentencia firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto o en relación de directa conexidad con aquél, tanto en el orden social como en el contencioso-administrativo, que quedarán en suspenso durante la tramitación del conflicto colectivo. La suspensión se acordará aunque hubiere recaído sentencia de instancia y estuviere pendiente el recurso de suplicación y de casación, vinculando al tribunal correspondiente la sentencia firme recaída en el proceso de conflicto colectivo, incluso aunque en el recurso de casación unificadora no se hubiere invocado aquélla como sentencia contradictoria”.

“6. La iniciación del proceso de conflicto colectivo interrumpirá la prescripción de las acciones individuales en igual relación con el objeto del referido conflicto”.

“Artículo 207. Motivos del recurso de casación”.

[...]

"d) Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios".

"e) Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate

Artículo 210. Interposición del recurso".

[...]

"2. En el escrito se expresarán por separado, con el necesario rigor y claridad, cada uno de los motivos de casación, por el orden señalado en el artículo 207, razonando la pertinencia y fundamentación de los mismos y el contenido concreto de la infracción o vulneración cometidas, haciendo mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas, así como, en el caso de invocación de quebranto de doctrina jurisprudencial, de las concretas resoluciones que establezcan la doctrina invocada y, en particular, los siguientes extremos:

[...]

"b) En los motivos basados en error de hecho en la apreciación de la prueba deberán señalarse de modo preciso cada uno de los documentos en que se fundamenta y el concreto extremo a que se refiere, ofreciendo la formulación alternativa de los hechos probados que se propugna".

[...]

VI. Doctrina básica

Advierte la sentencia, en su respuesta al primer motivo del recurso de casación de la empresa a propósito de la inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo, que no puede examinar las consideraciones preliminares o "Antecedentes" que el recurso formula al margen de sus motivos. En esas consideraciones previas hizo valer la empresa que la paga de beneficios constituye un regalo "extraordinario, unilateral y voluntario" y que la decisión de sus socios de concederla debe aceptarse necesariamente en sus propios términos. La inadecuada técnica procesal empleada por la empresa recurrente conduce a la exclusión de tales alegaciones del enjuiciamiento casacional, por no haber sido canalizadas a través de un motivo de recurso procesalmente válido.

La sentencia expone su doctrina en torno a cada uno de los motivos del recurso, y lo hace sujetándose sistemáticamente al mismo modelo de análisis en cada uno de ellos: de la sentencia recurrida, del motivo del recurso, de la doctrina de la Sala y de su aplicación al caso.

1. Adecuación del procedimiento de conflicto colectivo

Sobre la adecuación del proceso de conflicto colectivo recuerda su doctrina sobre sus elementos característicos, con cita de numerosas sentencias, que no es necesario reiterar aquí. En este caso, como había considerado la sentencia recurrida, el litigio afecta a trabajadores con derecho a optar a la paga especial de beneficios, pero con ausencias motivadas por el uso del crédito sindical, el ejercicio de permisos (suspensiones contractuales) de paternidad o maternidad, el acogimiento a la excedencia por cuidado de ascendientes o descendientes y la situación de incapacidad temporal. Con independencia de su número, se trata de un grupo homogéneo, genérico, integrado por las personas trabajadoras a quienes la interpretación empresarial ha perjudicado, con un mismo interés en devengar y percibir íntegramente dicha paga, aunque sean distintas las razones de las ausencias de cada trabajador o trabajadora. Obviamente, dictada la sentencia colectiva estimatoria de la demanda, es necesario acudir al ejercicio de demandas individuales para su

satisfacción, lo que no altera la adecuación del procedimiento colectivo (art. 160.5 LRJS). Ni obstaría a esa adecuación procesal la posible acumulación de demandas o autos, ni la extensión de efectos de una sentencia individual ya dictada. Desestima el motivo casacional.

2. Improcedencia de la revisión de hechos probados

Desestima también la revisión de hechos probados interesada por la empresa, en concreto del HP 6º de la sentencia de la Audiencia Nacional por carecer de efecto útil, limitarse a recoger antecedentes procesales y reproducir una resolución previa. Añade que la pretendida delimitación territorial de la sentencia al centro de Villafranca de los Barros, con exclusión del de León, implica una valoración jurídica impropia de los hechos probados y resulta contradictoria con la postura sostenida por la propia empresa recurrente ante el Juzgado de lo Social nº 3 de Badajoz y la Sala de lo social del TSJ de Extremadura, donde precisamente alegó que el conflicto afectaba también al centro de León para cuestionar la competencia del órgano judicial de instancia.

3. La interrupción de la prescripción de los derechos de los trabajadores del centro de León por acto propio de la empresa atributivo de dimensión empresarial al conflicto colectivo

La misma suerte adversa corre el motivo del recurso empresarial relativo a la prescripción de la acción de los trabajadores del centro de León, que exige un análisis más detenido. La sentencia recoge con detalle la doctrina de la Sala en torno a la legitimación de los sindicatos representativos para promover conflictos colectivos en el ámbito empresarial, siempre que su representatividad se proyecte sobre el ámbito objetivo y territorial del conflicto (principio de correspondencia). Asimismo, se remite a la interrupción de la prescripción mediante cualquier acto de reconocimiento de la deuda por parte del deudor, entendiendo dicho reconocimiento en sentido extensivo, también conforme a la doctrina civilista. Y precisa que el recurso, en este tercer motivo, se funda en la sentencia de la Sala 843/2019 de 5 diciembre^[2], sobre "los efectos jurídicos que debe desplegar, en orden a la prescripción de las acciones individuales de reclamación de cantidad, la demanda de conflicto colectivo interpuesta por la representación legal de los trabajadores de otros centros de trabajo de la misma empresa situados en provincias distintas a aquellas en las que prestan servicios los demandantes". La doctrina de esta resolución es que si el conflicto colectivo se promueve por representantes de centros de trabajo ubicados en determinadas provincias, no se interrumpe la prescripción respecto de trabajadores de otros centros no comprendidos en ese ámbito territorial. En la aplicación de esta doctrina al caso, la sentencia aquí comentada descartará su aplicación por razón de "las peculiaridades [...] de la conducta procesal de la empleadora".

La sentencia admite que la demanda promovida por UGT de Extremadura ante el Juzgado de lo Social de Badajoz no podía, por sí sola, interrumpir la prescripción de los derechos correspondientes a los trabajadores del centro de León. Pese a que el sindicato demandante estaba legitimado para interponerla conforme al principio de correspondencia, y la eventual incompetencia territorial del órgano judicial no excluye, por sí misma, el efecto interruptivo de la prescripción, la reclamación presentada por UGT en 2021 se había limitado material y territorialmente al centro de Extremadura, siendo dirigida exclusivamente frente a los sujetos implicados en ese ámbito — además de la empleadora, Comisiones Obreras de Extremadura y el comité de empresa—. En consecuencia, la interrupción inicial de la prescripción quedó circunscrita a ese ámbito.

Sin embargo, fue la propia empresa, en el acto del juicio y antes de que transcurriera el plazo anual de prescripción, quien sostuvo que el conflicto afectaba también al centro de León, cuestionando la competencia del órgano judicial. Este *acto propio*, en el que la mercantil atribuyó al conflicto su dimensión de empresa, **produjo** efectos interruptivos también respecto de los trabajadores del centro leonés. Además, el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, al resolver el recurso de suplicación, determinó el verdadero ámbito del conflicto, lo que conllevó la anulación de la

sentencia de instancia y el inicio de un nuevo plazo de prescripción desde la firmeza de su resolución.

La sentencia reitera que la finalidad del conflicto colectivo es garantizar una solución homogénea para todo el ámbito afectado, sin que el demandante pueda restringir arbitrariamente su alcance. Subraya que la buena fe procesal impide que la parte que amplía el ámbito del conflicto se beneficie de los límites que inicialmente pretendía fijar. Su argumentación culmina en la afirmación de que toda duda razonable sobre la concurrencia de la prescripción debe resolverse en favor de la efectividad del derecho a reclamar, máxime cuando la conducta procesal de la empresa contribuyó a generar una expectativa legítima sobre el ámbito objetivo del conflicto.

4. En el fondo, la libertad de empresa

Ante la vulneración sostenida por la empresa de su derecho constitucional a la libertad de empresa (art. 38 CE), la sentencia del Tribunal Supremo responde a ese motivo del recurso de casación. Siguiendo su propia sistemática interna, hace suya la fundamentación de la sentencia de la Audiencia Nacional y las razones que impedían a la empresa computar como ausencias, para el devengo y el cálculo del importe de la paga de beneficios, las debidas al ejercicio de actividades sindicales con cargo al crédito horario –la vulneración del derecho fundamental de libertad sindical del art. 28.1 CE–, a las excedencias por cuidados de hijos e hijas y de ascendientes y suspensiones contractuales por maternidad y paternidad –el incumplimiento de la Directiva 2010/18 sobre el permiso parental y de la obligación de interpretación conforme del Derecho interno–, y a las suspensiones contractuales por maternidad o paternidad – el quebrantamiento de sus fines de corresponsabilidad y de protección de la salud de la madre biológica y de “importantes derechos constitucionales (art. 39.2 CE)”–.

En sus propias consideraciones, la sentencia no deja de volver sobre la criticable técnica de defensa procesal de la empresa y advierte que es más propia de un debate de fondo sobre la cuestión planteada que de un recurso de casación dirigido contra la resolución de instancia. Frente a los razonamientos detallados y fundamentados de la Audiencia Nacional, que estimaron parcialmente la demanda de los sindicatos, la argumentación discrepante formulada por la empresa recurrente no acredita la existencia de infracción normativa alguna en la sentencia impugnada.

El Tribunal Supremo recuerda que el artículo 5.4 de la LOPJ establece que para fundamentar el recurso de casación es suficiente alegar la infracción de un precepto constitucional, pero que esta exigencia implica justificar adecuadamente la relevancia y pertinencia de dicha infracción en el caso concreto. La empresa recurrente omite que la sentencia recurrida ha fundamentado buena parte de su decisión en preceptos constitucionales que limitan su libertad, “sea con el mismo nivel de protección (respecto de la familia: art. 39), sea incluso con una superior (sobre la no discriminación; art. 14; sobre la libertad sindical: art. 28)”. Ningún derecho es ilimitado, debiendo la libertad de decisión de los accionistas desenvolverse dentro de los límites que imponen la Constitución y los derechos fundamentales y la doctrina constitucional y jurisprudencial consolidada.

Las decisiones unilaterales del empresario han de respetar los derechos legales y constitucionales de las personas trabajadoras, sin que la inexistencia de regulación legal y convencional colectiva le otorgue plena libertad para configurar sus condiciones. El artículo 17.1 del ET declara nulas las decisiones unilaterales de la empresa que supongan discriminación directa o indirecta en materia de empleo, retribuciones, jornada o condiciones de trabajo, por razones tales como sexo, estado civil, adhesión sindical o parentesco, existiendo numerosas normas destinadas a proteger a quienes ejercen sus derechos sindicales o de conciliación de la vida familiar y laboral.

Finalmente, el Tribunal Supremo precisa que las alegaciones relativas a la limitación global del importe del “regalo”, al posible enriquecimiento injusto o a la

afectación de derechos de los accionistas, no han sido objeto de recurso específico, ni han sido discutidas en instancia, por lo que quedan fuera del ámbito de su enjuiciamiento y decisión.

VII. Parte dispositiva

“[...] esta Sala ha decidido:

1º) Desestimar el recurso de casación interpuesto por BA Glass Spain S.A.U. [...]

2º) Confirmar y declarar firme la sentencia nº 26/2023 dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 6 de marzo, en autos nº 379/2022, seguidos a instancia de la Federación de Industria, Construcción y Agro de la Unión General de Trabajadores (UGT-FICA) y Comisiones Obreras de Industria, contra dicha recurrente, Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF), sobre conflicto colectivo.

3º) Acordar la pérdida del depósito constituido para recurrir.

4º) No adoptar decisión especial en materia de costas procesales, debiendo asumir cada parte las causadas a su instancia.

[...]”.

VIII. Pasajes decisivos

- “Si atendemos a lo suplicado en la demanda [...] se comprueba que la propia pretensión evidencia ya que el cauce adecuado para el enjuiciamiento es el articulado en ella y seguido por la Sala de instancia [el procedimiento de conflicto colectivo]. Combate una práctica empresarial que colisiona con lo pedido, por razones distintas para cada uno de los tipos de ausencia. El grupo genérico es el de las personas a quienes la interpretación empresarial les haya perjudicado. Si prospera la petición albergada en la demanda, la empresa no aplica voluntariamente la doctrina acuñada en la sentencia colectiva y resulta necesario acudir a demandas individuales, no por ello significa que el procedimiento originario fuese inadecuado. El artículo 160.5 LRJS dispone que en tales casos la sentencia firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto o en relación de directa conexidad con aquél” [FD 2º.4.D)].

- “Del mismo modo, el procedimiento colectivo seguiría siendo adecuado con independencia de que, antes o después, fuera posible la acumulación de demandas o de autos, así como la extensión de efectos de una sentencia individual ya dictada” [FD 2º.4.D)].

- “[...] carece de efecto útil la adición [fáctica] pretendida, pues su argumentación respecto de la eventual existencia de prescripción de la acción respecto del centro de trabajo leonés puede llevarse a cabo con directa apoyatura en el tenor de dicha resolución judicial, sin necesidad de que en los hechos probados aparezca una u otra materia” [FD 3º.4.A)].

- “[...] la propia mercantil recurrente argumentó ante el Juzgado de lo Social que el ámbito del conflicto superaba al del Juzgado y a la propia Sala del TSJ, al proyectarse sobre [el] territorio de más de una Comunidad Autónoma. [...] el Juzgado rechazó la falta de competencia territorial alegada por la empresa, la cual sostenía que el conflicto afectaba también a los trabajadores del centro de trabajo de León, por lo que la competencia correspondería a la Audiencia Nacional ex art. 8.1 LRJS. En su recurso de suplicación la empresa insistió en ese enfoque y la STSJ Extremadura 592/2022 acabó dándole la razón” [FD 3º.4.C)].

- “[...] ni cabe hablar de los efectos de una sentencia que ha sido anulada por otra posterior, ni posee sentido útil la rectificación pretendida, ni apreciamos un error manifiesto en la redacción dada por la SAN recurrida al HP Sexto” [FD 3º.4.D)].

- "Es un acto propio, de la mercantil demandada, el que reconoce que el conflicto posee ámbito de empresa. No lo hace para dar la razón a quienes reclaman, pero lo que se dilucida ahora es si ello posee repercusiones en materia de interrupción de la prescripción para reclamar. Y la respuesta ha de ser afirmativa" [FD 4º.4.C)].

- "[...] aunque el procedimiento de conflicto colectivo ante los Juzgados de Badajoz inicialmente solo interrumpió el plazo de prescripción de las acciones que pudieran ejercitarse por los trabajadores adscritos al centro de trabajo extremeño, la manifestación empresarial hizo extensivo ese efecto a los eventuales derechos de la plantilla de León. Al ganar firmeza la sentencia del TSJ comenzó a discurrir el nuevo plazo anual de prescripción para el personal de los dos emplazamientos" [FD 4º.4.D)].

- "[...] el artículo 5.4 LOPJ prescribe que en todos los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. [...]. Esa lógica previsión no exime, sin embargo, de razonar la pertinencia de la infracción constitucional invocada. [...] No existiendo derechos ilimitados y sí, por el contrario, un importante cuerpo doctrinal (en parte invocado por la propia sentencia recurrida) acerca del significado de la libertad sindical, o de la corresponsabilidad familiar, o de la no discriminación, se antojan poco consistentes las protestas acerca de que la libre decisión de los accionistas de la empresa ha de respetarse en sus propios términos" [FD 5º.3.B)].

- "Las decisiones unilaterales del empresario también están obligadas a respetar los derechos legales y constitucionales. Que se esté concediendo algo que no deriva de las leyes o de la negociación colectiva en modo alguno implica que existe libertad para configurar sus perfiles" [FD 5.3º.C)].

- "Las advertencias últimas de la recurrente sobre limitación global del importe del "regalo", el posible enriquecimiento injusto de algunas personas o la afectación de los derechos de los dos accionistas ni han sido objeto de un específico motivo de recurso, ni realmente se dirigen frente a la sentencia ni refieren a términos que se hayan debatido en la instancia, por lo que caen fuera de nuestra respuesta" [FD 5.3º.D)].

IX. Comentario

La sentencia del Tribunal Supremo está perfectamente sistematizada en torno a los tres motivos procesales del recurso de casación, que desestima con una argumentación sólida, coherente y jurídicamente bien trabada. Es una sentencia de aplicación de la doctrina de la Sala -que reproduce con profusión en su respuesta a cada uno de los motivos del recurso- sobre la adecuación del procedimiento de conflicto colectivo, la revisión de los hechos probados y, con matices, la interrupción de la prescripción respecto de derechos de trabajadores no incluidos en la demanda de conflicto colectivo inicialmente formalizada.

1. Sobre la interrupción de la prescripción y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva

Su argumentación sobre el ámbito del conflicto colectivo y la interrupción de la prescripción, en relación con los eventuales derechos de las personas trabajadoras del centro de León, merece especial reconocimiento por su claridad y rigor doctrinal. La empresa reconoció expresamente ante el Juzgado de lo Social de Badajoz que el conflicto era de ámbito empresarial e incluía a León, lo que constituyó un acto propio con efectos interruptivos del plazo de prescripción, un resultado que equilibra la protección del derecho a la defensa con la exigencia de la necesaria coherencia procesal de la conducta de la parte, evitando que la empleadora se beneficie indebidamente de sus propias acciones. Afirma el Tribunal Supremo: "cuando la empresa realiza esa manifestación ni siquiera ha prescrito el eventual derecho de los trabajadores de León, cobrando relevancia la manifestación empresarial en orden a su posible reclamación" [FD 4º.4.C)].

La confirmación del ámbito empresarial del conflicto por la sentencia del TSJ de Extremadura tuvo el efecto de reiniciar el plazo de prescripción para todos los afectados, confirmación reiterada por la SAN recurrida.

La doctrina invocada por la empresa (STS 843/2019, de 5 de diciembre^[3]) resulta inaplicable debido a su propia conducta procesal y a la finalidad del procedimiento de conflicto colectivo de homogeneizar las soluciones, siendo su ámbito indisponible por la parte demandante con el fin de acomodarlo a su legitimación procesal. La buena fe procesal exige que las manifestaciones empresariales tengan plenos efectos, también desfavorables, incluyendo la interrupción de la prescripción para quienes inicialmente no estaban en el conflicto.

Finalmente, de la conclusión de la sentencia que, partiendo del principio *pro actione*, prioriza la efectividad del derecho a reclamar frente a toda duda razonable sobre su finalización prescriptiva, resulta un firme respaldo de la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), especialmente en contextos donde la conducta procesal empresarial evidencia la falta de buena fe y genera legítimas expectativas sobre el alcance del conflicto.

2. ¿Afectación del derecho fundamental a la libertad de empresa?

El tema de fondo, relativo a la alegada vulneración por la empresa recurrente de su derecho fundamental a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38 CE), es el que justifica el interés mayor de la sentencia; su desestimación, basada en la fundamentación que ofrece, asumiendo” los razonados y detallados argumentos de la Audiencia Nacional”, conduce a concluir que su doctrina es que el citado derecho constitucional de la empresa no ampara decisiones discriminatorias, ni lesivas de derechos fundamentales y legales de los trabajadores. Que esto es así, es obvio, atendiendo a la amplísima doctrina de interpretación de la Constitución, a su unidad y a la limitación recíproca de los derechos que proclama: los derechos fundamentales no son ilimitados ni absolutos. La Constitución “no es la suma y el agregado de una multiplicidad de mandatos inconexos, sino precisamente el orden jurídico fundamental de la comunidad política, regido y orientado a su vez por la proclamación de su art. 1, en su apartado 1, a partir de la cual debe resultar un sistema coherente en el que todos sus contenidos encuentren el espacio y la eficacia que el constituyente quiso otorgarles” (STC 206/1992, FJ 3).

La cuestión es si en este caso está afectado, aunque no vulnerado, el contenido del derecho fundamental a la libertad de empresa, si la decisión de la empresa de repartir una paga extraordinaria de beneficios, libremente acordada por sus accionistas, condicionada al cumplimiento de determinados requisitos de libre configuración por la empresa, entre ellos “no superar ausencias por más de 90 días durante 2020”, se encuentra comprendida en el ámbito de protección del artículo 38 CE, pese a que deba ceder ante otros derechos fundamentales de los trabajadores.

Respondida positivamente esa inclusión, sería obligado, en consecuencia, efectuar un juicio de ponderación o de proporcionalidad entre los derechos fundamentales en conflicto, de la empresa a su libertad en el marco de la economía de mercado, y de los trabajadores al ejercicio de derechos fundamentales u otros bienes constitucionalmente protegidos en sus relaciones de trabajo.

La SAN 26/2023, recurrida, no menciona la libertad de empresa, introducida en el debate casacional por la empresa y no efectúa, consiguientemente, un juicio de ponderación de derechos constitucionales. Analiza autónomamente las consideradas ausencias al trabajo por la empresa, controvertidas frontalmente por los sindicatos, atendiendo al reconocimiento legal de su justificación causal por nuestro Derecho y por el de la Unión Europea y a su vinculación con el ejercicio de derechos fundamentales -de libertad sindical y de no discriminación por sexo- y de otros bienes constitucionalmente protegidos, como la garantía institucional de la familia, para concluir que las debidas al disfrute de crédito horario sindical, excedencia por cuidado de hijos o hijas o ascendientes que no puede valerse por sí mismos y permisos de maternidad y paternidad, no pueden ser consideradas tales, sino períodos de

presencia efectiva en el trabajo, “tanto a los efectos de causar derecho al devengo de la paga, como a los efectos de percibir su importe íntegro, condenando a la empresa a abonar a todos los trabajadores afectados la cantidad indebidamente impagada por computar como ausencia tales situaciones o por la exclusión de su derecho a percibirla, pudiendo los trabajadores reclamar individualmente su efectivo abono” (FD 4º, *in fine*). La sentencia de instancia se había cuidado de negar que el reparto extraordinario de beneficios en cuestión, en atención a los términos literales de su concesión, fuese un “regalo” de la empresa, “cuando lo cierto y verdad es que responde a una prestación real y efectiva de servicios por parte de los trabajadores, conectada con los buenos resultados que por dicho trabajo ha obtenido la empresa en el año 2020. De ningún modo puede considerarse, como así sostiene la demandada, ni que dicho reparto de beneficios se circunscriba únicamente a la prestación de servicios durante la pandemia por COVID ni que se corresponda con una respuesta unilateral por parte de la empresa, sin prestación sinalagmática asociada, proveniente de los trabajadores. Y ello, aun cuando de forma evidente, la decisión de abono provenga de los accionistas de la empresa y se materialice por esta última, mediante su pago en nómina (FD 4º).

La sentencia del Tribunal Supremo reprocha a la empresa la defectuosa articulación de su motivo de casación, que no defiende la infracción constitucional que denuncia combatiendo la fundamentación de la sentencia impugnada, sino que se limita a sostener su derecho a la libertad de empresa en la configuración de una concesión unilateral retributiva y a invocar, subsidiariamente, la imposibilidad de obligarla a repartir una suma superior a los 2.600.000 euros decidida por sus accionistas, lo que comportaría un enriquecimiento injusto. Acepta el Tribunal Supremo -quizás por razones estrictamente procesales- que la decisión empresarial no resulta jurídicamente ajena al contenido de su derecho fundamental a la libertad de empresa, pues la deficiencia procesal advertida no le exime “de razonar la pertinencia de la infracción constitucional invocada” [FD 5º.3.B)]. Adopta una visión claramente ponderativa a partir de la argumentación de la SAN 26/2023, que, fundamentó “buena parte de su decisión en la virtualidad de otros preceptos incorporados a la Ley Fundamental, sea con el mismo nivel de protección (respecto de la familia: art. 39)^[4], sea incluso con una superior (sobre la no discriminación; art. 14; sobre la libertad sindical: art. 28). No existiendo derechos ilimitados y sí, por el contrario, un importante cuerpo doctrinal (en parte invocado por la propia sentencia recurrida) acerca del significado de la libertad sindical, o de la corresponsabilidad familiar, o de la no discriminación, se antojan poco consistentes las protestas acerca de que la libre decisión de los accionistas de la empresa ha de respetarse en sus propios términos” [FD 5º.3.B)].

Justamente lo que es cuestionable es que aquí esté afectada la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, ni en su vertiente institucional ni individual, y no únicamente la libertad contractual o autonomía individual de la voluntad, amparada en el valor superior de libertad que la Constitución consagra (arts. 1.1), en la libertad de desarrollo personal (art. 10.1 CE), en la “libertad a secas” a que se ha referido el Tribunal Constitucional en varias sentencias -los derechos fundamentales de libertad o inmunidad no pueden tener como contenido concreto cada una de las manifestaciones de esa libertad-. Es este un tema discutido en la jurisprudencia constitucional según sus propias evoluciones, como muestran las sentencias y sus votos particulares, que, como expresión de esas dinámicas interpretativas disarmónicas, califican la libertad de empresa en el marco del sistema económico de nuestra sociedad, bien como garantía institucional, bien como derecho fundamental, con un distinto alcance material. El debate ha proseguido y prosigue en la doctrina científica. La doctrina constitucionalista ha llamado la atención sobre la necesidad de separar el “contenido típico de un derecho fundamental, de cualquier derecho”, “de su ámbito existencial de realización, concepto del todo diferentes”, y advertido frente a “la pérdida de identidad del genuino derecho” en el camino de su “paradójica relativización ... en sus contenidos mas propios”^[5], y frente a la posición en que quedaría el legislador, sometido a la exigencia del artículo 53.1 CE, con la consecuencia inexorable de reducción de sus márgenes de actuación, lo que “no está

claro que hubiera que celebrar como un éxito para la democracia constitucional, a no ser que se creyera [...] que “todo está en la Constitución”” (J. JIMÉNEZ CAMPO, “Artículo 10.1”, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y M. E. CASAS BAAMONDE (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, XL Aniversario^[6], Madrid, 2018, t. I, págs. 228-229).

Que, en mi opinión, sea controvertida la acotación del contenido esencial del derecho a la libertad de empresa en condiciones de igualdad mediante la determinación de acciones y facultades concretas –libertades de ejercicio de la actividad económica, de contratación, de organización y de inversión en el marco de ordenación de cada actividad económica-, y sea seguro –siempre en mi criterio- que su radio de acción no es coextenso con cualquier interés empresarial, con un interés empresarial como el aquí debatido, no significa que la sentencia del Tribunal Supremo comentada no tenga apoyatura en la jurisprudencia constitucional. Al contrario, su supuesto de hecho tiene su correspondencia mas estrecha con el resuelto por la STC 208/1993. Se discutía allí sobre unas gratificaciones extraordinarias temporales y un plus de productividad introducidos unilateralmente por la empresa, aunque con la perspectiva del derecho de libertad sindical y la supuesta conducta antisindical de la empresa al marginar con su actuación el poder sindical y de negociación colectiva, y el Tribunal Constitucional dijo, como de sobra es conocido, que operaban “en un espacio libre de regulación legal o contractual colectiva, y por ello abierto **al ejercicio de la libertad de empresa**” (FJ 4). Podría entenderse que esa referencia a la libertad de empresa no era precisa y no se identificaba con el derecho fundamental a la libertad del empresa, pero un poco mas adelante la propia sentencia recuerda que “ni la negociación colectiva supone negar virtualidad a la **libertad de empresa reconocida en el art. 38 C.E., y por ello, a un ámbito de ejercicio de poderes y facultades para la gestión de la empresa, incluidas medidas referentes a la llamada gestión de personal que afectan al desarrollo del contrato de trabajo**, ni la negociación colectiva puede anular la autonomía individual, **“pues ésta, garantía de la libertad personal**, ha de contar con un margen de actuación incluso en unos ámbitos como los de la empresa en los que exigencias de índole económica, técnica o productiva reclaman una conformación colectiva de condiciones uniformes” (STC 58/1985)” (FJ 4).

Por lo demás, es doctrina constitucional de muy largo recorrido, desde sus inicios hasta la actualidad, con la que se ha construido el juicio ponderativo o de proporcionalidad de límites recíprocos del ejercicio de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras en las relaciones de trabajo y de otros derechos de igual naturaleza de las empresas “reconocidos en los arts. 33 y 38 CE” (STC 196/2004, 3) -que, además, carecen de la protección del recurso de amparo al sobrepasar su ámbito material fijado en el art. 53.2 CE-, que “la **libertad de empresa** (art. 38 CE) no legitima que los trabajadores hayan de soportar limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas” (STC 88/1985, FJ 2), que “el ejercicio de las facultades organizativas del empleador no puede traducirse en la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, ni en la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos” (STC 41/2006, FJ 4), que de la libertad de empresa no puede deducirse “una absoluta libertad contractual” (STC 192/2003, FJ 4); afirmaciones con las que, como es patente, solo se puede estar de acuerdo y en las que se entronca la STS 383/2025 en la realización del escrutinio de proporcionalidad a partir de la fundamentación de la Audiencia Nacional.

Sin embargo, la “**distonía** de la libertad de empresa y la protección del trabajador” (STC 123/1992, FJ 1) y las exigencias del recurso de amparo han supuesto la petición de principio de la jurisprudencia constitucional de presuponer que toda actuación empresarial en el ámbito laboral afecta necesariamente al derecho fundamental de libertad de empresa, sin una definición previa y rigurosa de su contenido, como si la eventual vulneración de otros derechos fundamentales no pudiera originarse también en decisiones empresariales adoptadas en el marco de la legalidad y de la autonomía colectiva o, precisamente, ante la ausencia de uno y otra. El resultado ha sido una innecesaria operación de ensanchamiento y “laboralización” del contenido del derecho

a la libertad de empresa, en que se incluyen poderes de decisión autónoma y de organización que el ordenamiento jurídico, la ley y, en su caso, los convenios colectivos, atribuyen al empresario para la gestión de la empresa o de los que aquel dispone en ausencia de exigencias legales y convencionales colectivas. En una jurisprudencia constitucional tan consolidada y que tantos avances ha propiciado en la proyección de los derechos fundamentales sobre el contrato de trabajo y las relaciones laborales, es difícil la separación en la línea intentada por la STC 192/2003, FJ 4. Pero recuérdese que la determinación de la condición de empresa o empresario pertenece, naturalmente, a la legalidad ordinaria (STC 46/1983, FJ 6), con la misma naturalidad que la decisión libre empresarial, producto de su autonomía privada, de reconocer una paga excepcional de beneficios a sus trabajadores.

En este plano de la legalidad ordinaria, que es donde se sitúa la libertad empresarial de fijación unilateral de condiciones de trabajo en los espacios libres de regulación legal y convencional colectiva, en los términos del art. 3.1.c) del ET, el Tribunal Supremo introduce su propio desarrollo argumental, recordando que las decisiones voluntarias del empleador, que afectan a las retribuciones, la jornada y a las demás condiciones de trabajo, están sujetas al respeto del ordenamiento constitucional y legal, como no podía ser de otra manera. La libertad empresarial de concesión no entraña la libertad de configuración jurídica. Así, la sentencia invoca, “por ejemplo”, el art. 17.1 del ET, para afirmar que, aunque se trate de derechos reconocidos por la empresa y no exigidos por norma o convenio colectivo, esas decisiones unilaterales empresariales no pueden generar efectos discriminatorios, ni directos ni indirectos, entre otras causas por sexo, estado civil, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, o vínculos de parentesco. Y si lo hacen, como en el caso sucede, son nulos. A lo que añade: “Otras muchas normas protegen a quienes ejercen sus derechos sindicales o de conciliación de la vida familiar y laboral, sin que sea necesario ahora traerlas a colación” [FD 5º.3.C)].

Finalmente, el Tribunal Supremo rechaza entrar a valorar los alegatos finales de la empresa relativos a un posible enriquecimiento injusto o al menoscabo de los derechos de los accionistas, por entender que tales cuestiones ni constituyen motivos específicos del recurso, ni guardan relación directa con el objeto procesal definido en la instancia. Con ello, reafirma el principio de congruencia del recurso de casación y su carácter excepcional, así como la imposibilidad de reabrir el debate fáctico o introducir cuestiones nuevas en esta sede procesal.

La sentencia comentada ofrece una lectura constitucionalmente comprometida del ordenamiento laboral, que rechaza de forma clara cualquier intento de trasladar los costes del ejercicio de sus derechos fundamentales y legales a las personas trabajadoras, y reafirma que la libertad de empresa no puede operar como cobertura de actuaciones empresariales que, en la práctica, penalizan -el mismo resultado habría de seguirse si siquiera desincentivaran o desalentaran, el ejercicio de aquellos derechos. Se trata, en definitiva, de una decisión que consolida una línea jurisprudencial coherente con los principios estructurales del Estado social y democrático de Derecho.

X. Apunte final

En su demanda, los sindicatos solicitaron la exclusión de la consideración de “ausencias”, a efectos del devengo en 2020 de la paga extraordinaria de beneficios, y de su percepción en 2021, también de las debidas a IT por contingencias profesionales y comunes. La sentencia de la Audiencia Nacional desestimó la pretensión sindical, quedando esa desestimación, naturalmente, fuera del recurso de casación de la empresa. Razonó la Audiencia Nacional que, en el momento fáctico relevante para el enjuiciamiento, la única situación de IT que causaba discriminación a la persona trabajadora que la padecía era la “discapacitante”, conforme a la jurisprudencia del TJUE interpretativa de la Directiva 2000/78/CE (SSTJUE de 18 marzo 2014, Z, C-363/12 ; 18 diciembre 2014, FOA, C-354/13; 1 diciembre 2016 , *Daouidi*, C-395/15; 9 marzo 2017, *Milkova*, C-406/15; 18 enero 2018, *Ruiz Conejero*, C-270/16; y 11 septiembre 2019 , *DW*, C-397/18), seguida por la jurisprudencia

nacional. Y que la posterior Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que prohíbe la discriminación "por enfermedad o condición de salud" (art. 2.1), no había entrado en vigor en el momento de los hechos.

Referencias:

1. ^ *Conflictos colectivos 379/2022, ECLI:ES:AN:2023:1082. La STS la fecha el 22 de febrero de 2023, fecha del juicio, pero consultada la sentencia en el CENDOJ su fecha es 6 de marzo de 2023.*
2. ^ *Rcud. 236/2016, ECLI:ES:TS:2019:4301.*
3. ^ *Rcud. 236/2016*
4. ^ *O se trata de una errata, pues el "nivel de protección" de los arts. 38 y 39 CE no es el mismo, o el Tribunal Supremo está optando aquí por la calificación del derecho a la libertad de empresa como garantía institucional, a la que enseguida me referiré en el texto, calificación, que es la que conviene al instituto de la familia, aunque del lenguaje de la sentencia no parezca deducirse tal conclusión.*
5. ^ *Con la excepción de la doctrina constitucional sobre el contenido adicional del derecho fundamental de libertad sindical (art. 28.1 CE).*
6. ^ *Fundación Wolters Kluwer España, BOE, TC, Ministerio de Justicia.*

§ 48 Nuevo pronunciamiento sobre retribución del permiso parental en el marco del empleo público.

Susana Rodríguez Escanciano

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

Resumen: *El silencio de la norma interna debe integrarse entendiendo que el permiso parental de los empleados públicos debe ser retribuido, no en vano los mandatos de la Directiva 2019/1158 en tal sentido son incondicionales, suficientemente claros y precisos.*

Palabras clave: *Conciliación de la vida laboral y familiar. Corresponsabilidad. Efecto vertical.*

Abstract: *The silence of the internal regulation must be integrated with the understanding that parental leave of public employees must be paid, not in vain the mandates of Directive 2019/1158 in this regard are unconditional, sufficiently clear and precise.*

Keywords: *Reconciliation of work and family life. Co-responsibility. Vertical effect.*

I. Introducción

Dentro del amplio catálogo de previsiones incorporadas al Real Decreto Ley 5/2023, de 28 de junio, se encuentran las dedicadas a la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE. A tal fin, procede a modificar tanto el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), como el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), para regular, entre otras cuestiones, el permiso parental.

Así, por lo que hace a la primera de las normas mencionadas, se introduce una nueva causa de suspensión del contrato de trabajo en el art. 45 o) ET en referencia al “disfrute del permiso parental”, cuyo régimen jurídico se desarrolla en el art. 48 bis ET. A la luz de este último precepto, el régimen jurídico de este “permiso” en el trabajo por cuenta ajena pivota sobre los siguientes extremos:

1.-Se configura como un derecho individual de las personas trabajadoras, hombres o mujeres, sin que pueda transferirse su ejercicio. Como es fácilmente apreciable, este diseño entronca perfectamente con el concepto de corresponsabilidad familiar tendente a eliminar el rostro femenino de las tareas de cuidado familiar.

2.-Su finalidad es el cuidado de hijo, hija o menor acogido por tiempo superior a un año.

3.-El ámbito temporal que habilita para su disfrute se extiende hasta que el menor cumpla los ocho años de edad.

4.- Su duración no será superior a ocho semanas, continuas o discontinuas, sin que exista un tope mínimo.

5.- No está prevista una ampliación de la duración en determinados supuestos como pudieran ser la discapacidad del hijo o hija, discapacidad de alguno de los progenitores, parto o adopción múltiples, condición de familia numerosa o monoparentalidad.

5.- Las modalidades de disfrute pueden ser, bien a tiempo completo, bien en régimen de jornada a tiempo parcial conforme a lo establecido reglamentariamente, estando pendiente de promulgación tal norma reglamentaria.

6.- Corresponde a la persona trabajadora especificar la fecha de inicio y fin del disfrute o, en su caso, de los períodos de disfrute, debiendo comunicarlo a la empresa con una antelación de diez días o la concretada por los convenios colectivos, salvo fuerza mayor, teniendo en cuenta la situación de aquella y las necesidades organizativas de la empresa.

7.-En caso de que dos o más personas trabajadoras generasen este derecho por el mismo sujeto causante o en otros supuestos definidos por los convenios colectivos en los que el disfrute del permiso parental en el período solicitado altere seriamente el correcto funcionamiento de la empresa, ésta podrá aplazar la concesión del permiso por un período razonable, justificándolo por escrito y después de haber ofrecido una alternativa de disfrute igual de flexible.

A la luz de tal regulación, el permiso parental va a implicar la posibilidad de sumar ocho semanas más a la suspensión del contrato por cuidado de hijo o hija, de manera que podrá alcanzar un total de veinticuatro semanas, de las cuales dieciséis serán atendidas con una prestación de Seguridad Social y las otras ocho, esto es, las correspondientes al permiso parental, a falta de previsión expresa en materia de protección social, no queda claro si tienen que ser retribuidas por la empresa o no.

Entender que tal asueto carece de remuneración, a falta de mejora convencional, no deja de ser criticable, pues conlleva una desprotección de la persona trabajadora, así como la perpetuación de los sesgos de clase y género que ya se advierte en el uso de excedencias y reducciones de jornada, dado que en la práctica conllevará un disfrute mayoritariamente femenino. Considerar, sin embargo, que debe ser la empresa quien asuma las cargas económicas puede implicar para las corporaciones de escasas dimensiones, mayoritarias en el tejido empresarial español, una dificultosa asunción de costes, capaz de provocar un indeseado efecto boomerang perjudicial para personas trabajadoras con responsabilidades familiares.

En todo caso, no cabe olvidar que la Directiva, en su art. 8.3, en relación con el art. 5, exige que dicho período sea retribuido, teniendo en cuenta que la definición de los emolumentos debe hacerse “de manera que facilite el que ambos progenitores puedan disfrutar del permiso parental”, lo cual parece apuntar al reconocimiento de una compensación adecuada no muy alejada de los ingresos ordinarios.

Teniendo en cuenta el tenor de la norma comunitaria, la disposición final 8ª Real Decreto Ley 5/2023 reconoce de forma expresa que la transposición de la Directiva es parcial, habida cuenta que no abarca la regulación de la compensación económica del permiso parental. Sobre esta circunstancia incide posteriormente el Real Decreto Ley 2/2024, que ha modificado el permiso por lactancia para los trabajadores por cuenta ajena, cuyo disfrute de forma acumulada ya no queda condicionado a las previsiones de la negociación colectiva o al acuerdo a que llegue con la empresa, sino que todas las modalidades abiertas (hora de ausencia con posibilidad de división en dos fracciones, reducción de la jornada en media hora o, como ya consta, la acumulación de las horas retribuidas de ausencia) se convierten en un derecho generalizado. Con ello, se avanza, según señala el nuevo tenor del art. 37.4 ET, en la mejora y se

incrementa el nivel de reconocimiento y protección de los permisos de conciliación, “entendiéndose cumplida la exigencia de un permiso parental retribuido”, tal y como aparece en el art. 8.3 en relación con el art. 20.2 de la Directiva 2019/1158. Ahora bien, pese a este tenor literal, lo cierto es que la retribución del permiso parental solo se extiende al período de disfrute acumulado de la lactancia, que suele extenderse aproximadamente a dos semanas, quedando el resto (las otras seis) desprotegidas. Como último hito en esta evolución normativa, cabe señalar que la Dirección General de la Seguridad Social ha reconocido que durante dicho permiso la persona ha de estar en situación de alta y cotizando a la Seguridad Social.

Por otra parte, en el marco del empleo público, la evolución normativa sigue un esquema parecido aunque no totalmente coincidente. Así, el Real Decreto Ley 5/2023 introduce un nuevo apartado g) en el art. 49 EBEP, señalando que el permiso parental está desinado al “cuidado de hijo, hija o menor acogido por tiempo superior a un año, hasta el momento en que el menor cumpla ocho años”, teniendo “una duración no superior a ocho semanas, continuas o discontinuas” y pudiendo “disfrutarse a tiempo completo, o en régimen de jornada a tiempo parcial, cuando las necesidades del servicio lo permitan y conforme a los términos que reglamentariamente se establezcan”. Aclara igualmente que “este permiso, constituye un derecho individual de las personas progenitoras, adoptantes o acogedoras, hombres o mujeres, sin que pueda transferirse su ejercicio”, centrándose después en regular la dinámica de este permiso: comunicación con una antelación de quince días; disfrute por semanas completas; y especificación por la persona empleada pública de la fecha de inicio y fin de disfrute, que quedará, en todo condicionado, a que las necesidades del servicio lo permitan. En fin, tampoco existe un pronunciamiento expreso sobre la retribución o no del permiso, sin que haya habido intervención normativa posterior.

La sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de Murcia de 25 de marzo de 2025, objeto del presente comentario, ofrece una respuesta positiva, reconociendo el derecho de una persona funcionaria pública a la retribución del permiso parental, reiterando doctrina vertida en las Sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Cuenca de 27 de enero de 2025 y número 1 de Barcelona de 28 de noviembre de 2024.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de Murcia.

Número de resolución judicial y fecha: 76/2025, 25/03/2025.

Tipo y número recurso o procedimiento: rec. 205/2024, Procedimiento abreviado.

ECLI: ES:JCA:2025:128.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilmo. Sr. Lucas Osvaldo Giserman Liponetsky

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El relato fáctico puede resumirse en el siguiente extremo:

Se impugna la Orden de 16 de febrero de 2024 de la Consejería de Educación, Formación profesional y Empleo de la Dirección General de Recursos Humanos, Planificación Educativa e Innovación de la Región de Murcia, por la que se desestima la solicitud formulada por el demandante de un permiso parental de 8 semanas para el cuidado de su hija menor de 8 años.

IV. Posición de las partes

La parte actora solicita en su demanda que se dicte Sentencia por la que: "se declare nula de pleno derecho, y sin valor jurídico, la resolución recurrida, declarando como situación jurídica individualiza el derecho del recurrente al permiso parental solicitado, y ello con todas las consecuencias inherentes a dicha declaración, y con expresa condena en costas".

La Administración demandada se opuso a las pretensiones de la parte actora solicitando la desestimación de la demanda, alegando, en síntesis, la conformidad a Derecho del acto administrativo impugnado (la Orden de 16 de febrero de 2024), argumentando que la denegación del permiso solicitado no se funda en necesidades del servicio, sino únicamente en la falta de previsión normativa, esto es, del desarrollo reglamentario al que alude el art. 49 g) EBEP.

V. Normativa aplicable al caso

Los preceptos analizados en la presente sentencia son los siguientes:

El art. 49 g) EBEP, en virtud del cual se alude a: "Permiso parental para el cuidado de hijo, hija o menor acogido por tiempo superior a un año, hasta el momento en que el menor cumpla ocho años, tendrá una duración no superior a ocho semanas, continuas o discontinuas, podrá disfrutarse a tiempo completo, o en régimen de jornada a tiempo parcial, cuando las necesidades del servicio lo permitan y conforme a los términos que reglamentariamente se establezcan. Este permiso constituye un derecho individual de las personas progenitoras, adoptantes o acogedoras, hombres o mujeres, sin que pueda transferirse su ejercicio".

La disposición adicional 8ª Real Decreto Ley 5/2023, conforme a la cual "el libro segundo traspone parcialmente la Directiva 2019/1158, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores... salvo su artículo 5 y su artículo 8, apartado 3, respecto de la remuneración o la prestación económica del permiso parental".

El art. 5.1 y 2 Directiva 2019/1158, según los cuales "1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que cada trabajador tenga un derecho individual a disfrutar de un permiso parental de cuatro meses que debe disfrutarse antes de que el hijo alcance una determinada edad, como máximo ocho años, que se especificará por cada Estado miembro o por los convenios colectivos. Los Estados miembros o los interlocutores sociales determinarán dicha edad de modo que se garantice que cada progenitor pueda ejercer efectivamente su derecho a un permiso parental de manera efectiva y en condiciones equitativas. 2. Los Estados miembros se asegurarán de que dos de los meses de permiso parental no puedan ser transferidos".

En fin, el art. 8.3 Directiva 2019/1158, señala que "en lo que respecta al permiso parental a que se refiere el art. 5.2, el Estado miembro o los interlocutores sociales definirán dicha remuneración o prestación económica, y lo harán de manera que se facilite el que ambos progenitores puedan disfrutar el permiso parental".

VI. Doctrina básica

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo entiende que el permiso parental debe ser remunerado, no en vano el Estado Español no ha traspuesto íntegramente la Directiva -que otorga derechos a los particulares- al derecho interno en el plazo establecido, máxime teniendo en cuenta que la concesión del permiso era obligada, al establecer el art. 49 EBEP un mandato taxativo en el sentido siguiente: "en todo caso se concederán los siguientes permisos...", incluyendo el que había solicitado la persona actora.

VII. Parte dispositiva

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo estima el recurso contencioso administrativo formulado por la parte actora, concluyendo que el permiso parental debe de ser retribuido, como en general lo son otros permisos que se incluyen en el artículo 49 EBEP. Teniendo en cuenta que ha sido necesario acudir al Juzgado para diseccionar la relevancia jurídica de los argumentos impugnatorios, se desprende la existencia de serias dudas de hecho y derecho "ab initio" del proceso, lo que impide la aplicación del criterio de vencimiento objetivo en materia de costas.

VIII. Pasajes decisivos

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo realiza un razonamiento secuenciado en los siguientes hitos:

En primer lugar, considera que las disposiciones de la Directiva 2019/1158 son incondicionales, suficientemente claras y precisas, y atribuyen derechos a los particulares.

En segundo término, señala que es innegable que el Estado Español no ha traspuesto la Directiva antes de la finalización del plazo correspondiente (2 de agosto de 2024).

En tercer lugar, argumenta que es evidente que deviene necesario un desarrollo reglamentario que concrete los aspectos relacionados con el disfrute del permiso, dado que el art. 49 g) EBEP señala que " podrá disfrutarse, cuando las necesidades del servicio lo permitan y conforme a los términos que reglamentariamente se establezcan". Sin embargo, es importante recordar que el Estado Español no ha traspuesto la Directiva -que otorga derechos a los particulares- al derecho interno en el plazo establecido.

En cuarto término, la concesión del permiso era obligada, al establecer el art. 49 EBEP que "en todo caso se concederán los siguientes permisos...", incluyendo el que había solicitado la persona actora, estableciendo un mandato taxativo.

En quinto lugar, en aplicación de lo expuesto, el Juzgado concluye que el permiso parental debe de ser retribuido, como en general lo son otros permisos que se incluyen en el artículo 49 EBEP, todos ellos permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, por razón de violencia de género o de violencia sexual y para las víctimas de terrorismo y sus familiares directos, a pesar de que el art. 49.g) EBEP no establece expresamente tal carácter.

En fin, recuerda que en idéntico sentido se ha pronunciado el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de Barcelona, en sentencia de 28 de noviembre de 2024, y el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de Cuenca, en sentencia de 27 de enero de 2025.

IX. Comentario

Cierto es que el legislador interno tenía de plazo hasta el 2 de agosto de 2024 para transponer los aspectos retributivos del permiso parental cumpliendo las exigencias de la Directiva 2019/1158, cuyo art. 8.3 establece: "en lo que respecta al permiso parental a que se refiere el artículo 5, apartado 2, el Estado miembro o los interlocutores sociales definirán dicha remuneración o prestación económica, y lo harán de manera que se facilite el que ambos progenitores puedan disfrutar el permiso parental".

No menos verdad resulta que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el efecto de las Directivas no transpuestas o incorporadas erróneamente establece que los justiciables pueden invocar disposiciones incondicionales y suficientemente precisas de una norma de tal naturaleza no solo frente a un Estado miembro y a todos los órganos de su Administración, sino también frente a organismos o entidades sometidos a la autoridad o al control del Estado o que dispongan de facultades exorbitantes en relación con las que se deriven de las normas aplicables en las

relaciones entre particulares [entre muchas, Sentencias de 6 de septiembre de 2018 (asunto Hampshire, C-17/1719) y de diciembre de 2019 (asunto Pensions-Sicherungs-Verein, C-168/18)].

También resulta incontrovertido que las disposiciones de la Directiva 2019/1158 son incondicionales, suficientemente claras y precisas, y atribuyen derechos a los particulares, sin que –permítase la reiteración– se haya producido transposición en plazo por el Estado español.

Y tampoco plantea ninguna duda entender que el permiso parental debe de ser retribuido, al igual que lo son con carácter general los otros permisos que se incluyen en el artículo 49 EBEP, esto es, permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, por razón de violencia de género o de violencia sexual y para las víctimas de terrorismo y sus familiares directos.

En fin, aun cuando es necesario el desarrollo reglamentario del permiso parental, no en vano el art. 49.g) EBEP señala que "podrá disfrutarse, cuando las necesidades del servicio lo permitan y conforme a los términos que reglamentariamente se establezcan", lo cierto es que el Estado Español no ha traspuesto en el plazo establecido la Directiva que otorga derechos a los particulares, que resultan de aplicación directa.

X. Apunte final

La Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Murcia de 25 de marzo de 2025, junto a sus precedentes (del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de Barcelona de 28 de noviembre de 2024 y del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de Cuenca de 27 de enero de 2025), acogen una línea interpretativa, en virtud de la cual se debe de completar el silencio de la normativa interna reconociendo el carácter retribuido del permiso parental. Surge, por tanto, la expectativa de extender tal tesis a otros supuestos en el sector público y también en el sector privado.

Cabe recordar, empero, que un trabajador por cuenta ajena (a diferencia de un funcionario público) no puede alegar ante su empleador la aplicación directa de la Directiva porque la eficacia vertical solo opera en las relaciones con la Administración pública. No obstante, puede utilizar el principio de interpretación conforme, que obliga a los tribunales nacionales a analizar si es posible interpretar y aplicar el derecho interno de forma adecuada a las previsiones de la Directiva de forma que quede preservado su efecto útil, siempre y cuando, tal y como sucede en este caso, los mandatos de la Directiva no se hayan transpuesto y los términos de la norma comunitaria sean claros y precisos.

Además, el criterio fijado por la Dirección general de Ordenación de la Seguridad Social (publicado en el Boletín de Noticias RED 2/2024) conforme al cual "durante el disfrute del permiso parental a tiempo completo deberá mantenerse el alta y la cotización respecto de la persona trabajadora" parece apostar también por la retribución del permiso parental.

Con todo, deviene necesaria una intervención del legislador para dar cumplimiento expreso a la Directiva, que permite una doble garantía económica alternativa, bien a través de la vía salarial, bien a través de una prestación de Seguridad Social.

§ 49 **¿Movilidad funcional torpe o modificación sustancial dirigida a lesionar derechos fundamentales? Extralimitación en la dirección empresarial constitutiva de acoso laboral.**

Fermín Gallego Moya

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia.

Resumen: Pretendida la resolución contractual en supuestos de acoso laboral, por la vía del art. 50 ET, una vez concretados y probados los hechos constitutivos de aquel, hay que relacionar la conducta empresarial lesiva con la vulneración de derechos fundamentales de la persona trabajadora (dignidad e integridad moral, principalmente), no resultando siempre fácil trazar la línea que separa una extralimitada y torpe movilidad funcional de una modificación sustancial prohibida y dirigida a dañar. La sentencia comentada clarifica alguna de estas cuestiones y ofrece valiosas reglas de carácter general

Palabras clave: Extinción del contrato. Incumplimiento empresarial grave. Acoso laboral. Tratos degradantes. Falta de ocupación efectiva. Dignidad e integridad.

Abstract: In the event of workplace harassment, where termination of a contract is sought under Article 50 of the ET (Spanish Workers' Association), once the facts constituting the harassment have been established and proven, the harmful corporate conduct must be linked to the violation of the worker's fundamental rights (primarily dignity and moral integrity). It is not always easy to draw the line between excessive and clumsy functional mobility and a prohibited substantial modification intended to cause harm. The commented judgment clarifies some of these issues and offers valuable general rules.

Keywords: Termination of contract. Serious breach of contract. Workplace harassment. Degrading treatment. Lack of effective employment. Dignity and integrity.

I. Introducción

El Tribunal Superior de Justicia insular aborda, en la sentencia comentada, la siempre compleja cuestión de determinar si un comportamiento empresarial amparado supuestamente en la movilidad funcional, traspasa o no los límites del poder de dirección empresarial para convertirse en una conducta constitutiva de acoso y, como tal, capaz de legitimar la extinción causal que el art. 50 prevé por alguna sus vías; en este caso, las que atienden a la modificación sustancial prohibida o al más genérico incumplimiento grave y culpable con trascendencia resolutoria.

Cualquier resolución en este ámbito, y la presente es un buen ejemplo, exige la previa determinación del panorama fáctico (que dependerá de la habilidad probatoria de los litigantes), tras la cual dar paso al debate acerca del encaje normativo de

aquellos hechos que hayan resultado acreditados. Siendo muy pocas las ocasiones en que dicho análisis concluye con la identificación de un fenómeno de acoso que permita la extinción indemnizada del contrato.

En el supuesto comentado la acción extintiva sí tuvo éxito, siendo la resolución judicial que analizamos muy clara en la exposición, tanto del citado panorama fáctico, como de las razones que permiten considerar la actuación empresarial como una conducta de acoso (vaciamiento funcional, trato degradante) que violenta el derecho a la dignidad e integridad física y moral del trabajador demandante. Muchos de sus pasajes tienen vocación de generalidad, al tiempo que repasan la doctrina constitucional en la materia.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Superior de Justicia de Canarias – Santa Cruz de Tenerife

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 169/2024, de 28 de febrero.

Tipo y número recurso: recurso de suplicación núm. 232/2024.

ECLI:ES:TSJICAN:2025:591

Fuente: CENDOJ

Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Carmen García Marrero.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La redacción que el Juez de instancia hace de los hechos probados (trasladada luego a la suplicación, ya que no triunfa el intento revisorio empresarial por la vía del art. 193.b LRJS) es ciertamente extensa, detallando, con precisión, tanto el contenido previo del puesto de trabajo del demandante, como los distintos acontecimientos que, atendidos en su secuencia cronológica, pero interpretados en su conjunto, conformarían una acción empresarial continuada tendente a la desatribución funcional del trabajador.

Redacción prolija del contexto fáctico que, en este caso, no solo es acertada sino necesaria para poder luego diferenciar un cambio funcional lícito de una modificación sustancial prohibida. Por ello, debemos trasladar a estas líneas el citado panorama fáctico, si bien que, de manera resumida, para respetar la necesaria concisión del comentario. Y así, podemos destacar los siguientes datos relevantes:

- El trabajador, con quince años de antigüedad en la empresa y un salario superior a cuatro mil euros, está adscrito al Departamento de mantenimiento y proyectos de instalaciones industriales, teniendo como inmediato superior jerárquico al jefe de obra que, a su vez, reporta al jefe de instalaciones industriales.
- En el organigrama de la empresa, el demandante figura con la categoría de encargado responsable técnico de surtidores, en la misma posición jerárquica que otros cuatro trabajadores más, todos, con la categoría profesional de encargados. Y, por debajo, tanto, del encargado responsable técnico de surtidores como de estos encargados, están los oficiales.
- El cometido funcional del demandante era la supervisión de los trabajos de mantenimiento y obras, bajo las directrices del jefe de obra y el cumplimiento de las normas de seguridad establecidas.

- Entre las funciones que comporta dicho puesto de trabajo (que exige conocer los riesgos del entorno de trabajo, de las tareas a realizar y de la maquinaria y equipos de trabajo a utilizar), se encuentran: informar de incidencias al superior directo; cumplir con las reglas de oro y con el decálogo de seguridad de la compañía; supervisar, controlar y distribuir a los operarios asignados, velando por el cumplimiento de las instrucciones para realizar el trabajo eficazmente; organizar y programar los trabajos de mantenimiento contratados así como el seguimiento y coordinación de los trabajos administrativos que se deriven; supervisar las herramientas y equipos de todo el personal destinado en el taller, así como del material del almacén; supervisar los trabajos realizados en obra y mantenimiento; dar apoyo técnico a oficiales en momentos puntuales de gran demanda de trabajo; conocer la tarea a realizar por su equipo de trabajo; rellenar los partes de trabajo, diariamente; y vigilar que se obtengan los estándares de calidad, productividad y plazos previstos para los productos o servicios de su responsabilidad
- Para realizar tales cometidos, el demandante contaba (hasta el mes de febrero de 2020) con cuatro oficiales a su mando, uno de ellos, Julio, sobrino suyo.
- En el mes de noviembre de 2019, el actor consultó en el INSS el importe que le correspondería en caso de jubilarse voluntariamente, comentando con la empresa, tras la citada consulta, que su intención era seguir trabajando, al no convencerle el importe de la pensión informado por la Entidad Gestora.
- En enero de 2020 el actor solicitó y obtuvo permiso para disfrutar de sus vacaciones, siendo sustituido durante el mes reglamentario de descanso por su sobrino Julio, a quien aquel entregó el móvil facilitado por la empresa para el desempeño de tales funciones.
- Pese a la reincorporación tras las vacaciones, Julio continuó desempeñando las funciones de mantenimiento y de oficina relacionadas con aquéllas (control de albaranes, de jornada y supervisión del equipo de trabajo, elaboración de informes relativos a las obras, etc.), recibiendo la noticia, en una reunión celebrada en febrero de 2020, de que, desde ese momento se encargaría de las funciones de “mantenimiento”, mientras que el actor (su tío) se ocuparía de las de “obra”.
- Con efectos desde el 1 de enero de 2023, Julio fue nombrado oficialmente Encargado de obra, mientras que, a su tío, el actor, le fue asignada la supervisión de algunas obras, no contando para ello con teléfono móvil de empresa ni equipo de trabajo. Desde ese momento, pasa la mayor parte del tiempo “sin hacer nada, en la oficina ubicada en la planta superior de la nave ...y baja a la planta baja para dar paseos, de un lado a otro por la nave y, en ocasiones, acude por propia voluntad y sin que reciba encargo alguno, al lugar donde tiene conocimiento de que se está realizando alguna obra en una estación de servicio”.
- Desde ese momento, los trabajadores que otrora integraban su equipo de trabajo reciben órdenes de Julio, el cual reconoce los permisos y vacaciones de aquellos, así como del propio actor.
- Durante las vacaciones de Julio en 2021, sus funciones fueron asumidas por una subordinada, en lugar de habérselas encomendado al actor.
- Consta la remisión, por el actor, de correos electrónicos de trabajo, sin respuesta por la empresa.
- En octubre de 2021, presentó telemáticamente, a través del Portal de la empresa, una denuncia en materia de acoso laboral, la cual fue archivada,

tras tomarle declaración, “por no existir evidencias de hechos calificados como acoso laboral”

- El trabajador comenzó a generar síntomas de depresión en el marco de un trastorno de adaptación (bajo estado de ánimo, falta de concentración, aislamiento social), iniciando un proceso de incapacidad temporal con fecha 1 de diciembre de 2021, con el diagnóstico de "depresión neurótica", recibiendo, desde entonces, tratamiento por parte de psicólogo y psiquiatra.
- Con fecha 5 de diciembre de 2022, el trabajador presentó papeleta de conciliación en materia de extinción de contrato y vulneración de derechos fundamentales, sin que se llegase a celebrar el preceptivo acto conciliatorio.
- El proceso de baja médica finalizó por acuerdo de alta médica en fecha de 29 de marzo de 2023, demorándose su reincorporación a la empresa durante varias semanas, durante las que disfrutó vacaciones acumuladas pendientes.
- En el mes de agosto de 2023, le fue facilitado un teléfono móvil, con correo habilitado y un pc, recibiendo encargos propios de su categoría con ocasión del período del disfrute de vacaciones de don Julio (en el mes de agosto de 2023) en tanto que fue designado por la empresa para su sustitución.
- En julio de 2023, el actor presentó una nueva denuncia ante la empresa por presunto acoso laboral, en la que relataba las dificultades que había tenido para realizar sus funciones tras el alta médica (falta de asignación de cometidos precisos y equipos facilitados deficitarios), la falta de comunicación hacia él por parte del jefe, y el mantenimiento de una situación que consideraba ilegal al no ser repuesto en las funciones que desempeñaba antes -dice- de rechazar la oferta de prejubilación que le hizo la empresa^[1].
- La empresa también archivó este segundo expediente al no poder “constatar de manera suficiente la existencia de una situación de acoso laboral u otra figura contemplada en el actual procedimiento de prevención contra el acoso, sexual y/o por razón de sexo”.

IV. Posición de las partes

En coherencia con la tensión dialéctica propia del proceso, las posturas encontradas de empresa y trabajador enfatizan, respectivamente, la inocuidad de las medidas adoptadas frente al carácter antijurídico y lesivo de las mismas.

El empleado, afectado por un cúmulo de decisiones empresariales que interpreta como hostiles, considera factible accionar el mecanismo extintivo del art. 50 ET, en la medida en que, con tales medidas, la empresa habría incumplido gravemente sus obligaciones, modificando de manera sustancial e ilícita sus condiciones de trabajo, con menoscabo de su dignidad. En la medida en que la tesis del trabajador demandante es la que se impone en vía judicial, el análisis de su posición quedará englobado en los siguientes apartados que analizan la respuesta del órgano de suplicación.

Sí procede, en cambio, analizar, en el presente apartado, la posición empresarial, la cual, intenta relativizar la trascendencia y el efecto de sus decisiones sobre el empleado, enmarcándolas en el derecho a gestionar y dirigir su actividad de forma eficiente, negando, en consecuencia, que con su actuación haya incumplido grave y/o culpablemente sus obligaciones, modificado sustancialmente las condiciones laborales del empleado o menoscabado su dignidad. Al contrario, su actuar se integraría -dice- en el legítimo ejercicio de la movilidad funcional que al empresario compete en el seno de la empresa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 ET, siempre que se

respeten los derechos económicos y profesionales del trabajador, y sin otras limitaciones que las exigidas por las titulaciones académicas o profesionales precisas para el ejercicio de la prestación laboral, así como por la pertenencia al grupo profesional.

Desde este punto de vista, no todo incumplimiento empresarial es susceptible de determinar la resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador, sino sólo los expresamente previstos en los apartados a) y b) del número 1 del art. 50 ET y aquellos otros a los que se remite de forma genérica su apartado c). A lo que debe añadirse que la gravedad del incumplimiento ha de vincularse a la manifestación de una voluntad empresarial deliberadamente rebelde al cumplimiento de las obligaciones o a un hecho obstativo suficientemente significativo dentro de la economía del contrato que impida su continuidad.

Concretando su argumento, señala la empresa que en el presente supuesto el actor ha pasado de desempeñar sus funciones de gestión y supervisión de mantenimiento y obras, a realizar solo la gestión y supervisión de obras de estaciones de servicio, sin que tal modificación resulte lesiva ni para la formación profesional ni para la dignidad del demandante pues no se le han dejado de encomendar tareas de su categoría profesional, ni se le asignan funciones de grupos inferiores, ni se le ha impedido la adquisición de conocimientos precisos para su desarrollo profesional, sin olvidar que el propio trabajador reconoció que estaba valorando la posibilidad de jubilarse de manera anticipada.

Destaca, igualmente, en relación con los medios para desarrollar su actividad, que el trabajador disponía de correo electrónico, de medios materiales adecuados, móvil de empresa y ordenador. Y aclara que, durante las situaciones de baja laboral, el demandante es sustituido por otro trabajador, que fue promocionado a la misma categoría profesional de encargado, que desempeñaba sus funciones en el área de mantenimiento.

Incorporando argumentos organizativos, afirma la empleadora que a partir de febrero de 2020 se produce un desdoblamiento funcional, distinguiéndose entre “mantenimiento” y “obras”, asumiendo el demandante sólo estas últimas, sin que conste acreditada la realización de funciones diferentes a su categoría profesional o el vaciamiento de contenido de su tarea como encargado.

En definitiva, los hechos relatados, no implicarían una “falta de ocupación efectiva o una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, sino un cambio organizativo interno que afecta a todo el departamento, que forma parte del poder de dirección, sin que conste ánimo deliberado de incumplir sus obligaciones contractuales ni situación de hostigamiento o persecución”. Consecuentemente, no existe base jurídica ni para activar la vía extintiva, ni para indemnizar daños morales que, ni concurren, ni se han acreditado.

V. La normativa aplicable al caso

Es de aplicación “inmediata” el art. 50 ET, que posibilita la extinción causal en supuestos de incumplimiento grave y culpable de obligaciones empresariales, resolución contractual que, en este caso, puede articularse a través del apartado 1.a (“Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador”) y del 1.c. (“Cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor,...”).

En conexión “mediata” con el precepto, y de aplicación al caso en sus aspectos “materiales”, el art. 20.1 ET recuerda que “el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien este delegue”; permitiéndose por el art. 39.1 ET “la movilidad funcional en la empresa... de acuerdo a las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral”, lo cual ha de hacerse “con respeto a la dignidad del trabajador”, en

consonancia con los derechos, ex art. 4.2.e ET, que todo trabajador tiene “al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad”.

Derechos que conectan con la esfera constitucional que representan los arts. 10.1 CE (respeto a la dignidad de la persona), 15 (derecho a la integridad física y moral y prohibición de tratos degradantes) y 18 (derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen).

VI. Doctrina básica

El Tribunal visita la doctrina constitucional (SSTC 9 de marzo de 2009 y 6 de mayo de 2019) para recordarnos que los conceptos constitucionales de “integridad moral” y “trato degradante”, directamente violentados mediante conductas de acoso laboral, “son lo suficientemente estrictos como para impedir la banalización del derecho fundamental reconocido y también lo suficientemente flexibles como para ajustarse a los problemas y condiciones de la vida actual”.

Desde este prisma, para valorar si se ha vulnerado el derecho fundamental a la integridad moral de un empleado hay que determinar, atendiendo a las circunstancias del caso, si la conducta enjuiciada es deliberada o, al menos, está adecuadamente conectada al resultado lesivo (elemento intención); si ha causado a la víctima un padecimiento físico, psíquico o moral o, al menos, encerraba la potencialidad de hacerlo (elemento menoscabo) y si respondió al fin de vejear, humillar o envilecer o era objetivamente idónea para producir o produjo efectivamente ese resultado (elemento vejación). De tal forma que “solo podrá descartarse la vulneración del art. 15 CE si la conducta enjuiciada halla cobertura legal (legalidad), responde a un fin constitucionalmente legítimo (adecuación), constituye la alternativa menos restrictiva (necesidad) y produce más beneficios sobre otros bienes o valores que perjuicios en el derecho fundamental a la integridad moral (proporcionalidad en sentido estricto)”.

VII. Parte dispositiva

El órgano de suplicación tinerfeño desestima el recurso de suplicación empresarial frente a la sentencia de instancia, confirmando íntegramente esta última, dictada por el Juzgado de lo Social 2 de Santa Cruz, que accedió a la resolución contractual con fecha de efectos de 18 de diciembre de 2023, condenando a la mercantil demandada a abonar, en concepto de indemnización, la cantidad de 68.351,94 euros y, como indemnización por daños y perjuicios, la cantidad de 4.331 euros, todo ello, con la responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial, en los términos y límites legalmente previstos

VIII. Pasajes decisivos

Consideramos pasajes decisivos de esta sentencia, no los que elucubran teóricamente, pese a hacerlo de manera muy solvente, sobre la figura del acoso laboral, sino, precisamente, aquellos otros, de contenido más “material” que nos sirven para diferenciar, en la práctica, una conducta de acoso de otra actuación vil del empresario que no admita tal catalogación; y es que, en realidad, toda la protección que el ordenamiento jurídico otorga a las víctimas de esta lacra no se despliega si, previamente, la conducta empresarial no pasa por el “filtro” de esta categorización.

Desde esta perspectiva, son destacables los siguientes dos pasajes contenidos en los párrafos antepenúltimo y penúltimo del -larguísimo- Fundamento de Derecho Segundo:

- “En el presente caso del relato de hechos probados se constata que la empresa encomendó las funciones que el actor venía realizando de mantenimiento y de supervisión de personal a otro trabajador, al que finalmente en diciembre de 2021 también se le asignan las funciones de encargado de obra. Si bien se atribuyó al demandante la supervisión de ejecución de algunas obras, no se le proporcionó teléfono móvil de la empresa, ni equipo de trabajo, por lo que el actor pasaba la mayoría de la

jornada sin hacer nada, en la oficina ubicada en la planta superior de la nave. Los trabajadores que habían integrado su equipo de trabajo pasaron a recibir las órdenes del otro trabajador de quien paso a depender la solicitud de vacaciones y/o permisos y también las del demandante. En los supuestos en que dicho trabajador disfrutaba de las vacaciones sus funciones fueron asumidas, temporalmente por una oficial y subordinada y no por el actor. El actor ha remitido correos a la empresa relativos a temas laborales y no ha obtenido respuesta. El demandante continuó en su puesto de trabajo y presentó síntomas de depresión en el marco de un trastorno de adaptación, acudió a consulta de psicología siendo derivado a psiquiatría una por sintomatología caracterizada por un bajo de estado de ánimo la mayor parte del día, falta de concentración y aislamiento social. El 1 de diciembre de 2021 el demandante inicia un proceso de incapacidad temporal con el diagnóstico de depresión neurótica con fecha de alta médica el 29 de marzo de 2023. Tras el alta médica se incorpora a su puesto y no se le facilita móvil ni correo habilitado ni un pc hasta agosto de 2023, el actor solo ha recibido encargos en agosto cuando sustituyó durante las vacaciones al otro trabajador que ha continuado asumiendo las funciones de mantenimiento de obra. El actor el 5 de octubre de 2021 presentó a través del portal de la empresa denuncia en materia de acoso y nuevamente el 10 de julio de 2023”.

- “Como pone de manifiesto la sentencia de instancia, el archivo de las denuncias de acoso por la empresa no constando que iniciara un expediente de investigación más allá de la mera declaración al propio trabajador, la eliminación del móvil, la demora injustificada en la instalación de los medios técnicos para el desempeño de su trabajo, la no asignación de órdenes de trabajo, la eliminación de su equipo de trabajo, la falta de respuesta a las consultas dirigidas a la empresa para el disfrute de días de asuntos propios y la necesidad de contar con el "visto bueno" de otro trabajador con la categoría de encargado, denotan un comportamiento dirigido a menoscabar la dignidad del trabajador utilizando como instrumento la falta de ocupación que constituye un acoso laboral por su incidencia directa y lesión del derecho fundamental a la salud e integridad física. Efectivamente la empresa procedió a un vaciamiento de funciones del demandante, incumplió su obligación de dar ocupación efectiva al trabajador y no solo privó al demandante del ejercicio de sus tareas de supervisión, organización y control del personal a su cargo, sino que el demandante pasó de supervisar a que sus solicitudes de permiso fueran autorizadas por el otro trabajador. Se trata de unos incumplimientos graves; como consecuencia del comportamiento empresarial el actor sufrió una enfermedad psíquica que determinó incluso una incapacidad temporal, y de una conducta empresarial persistente a pesar de los escritos presentados por el demandante denunciando dicha situación”.

IX. Comentario

Un valor añadido de la sentencia es el “listado” que, con vocación de generalidad, contiene, de hasta veinte conductas potencialmente constitutivas de acoso, ejemplificación muy útil para cualquier operador jurídico que quiera anticipar una cierta “certidumbre” a su petición extintiva; entre ellas: 1) la persecución del trabajador mediante órdenes caprichosas; 2) la imposición de sanciones infundadas; 3) la asignación al trabajador de un entorno desproporcionadamente incómodo para realizar su trabajo; 4) la encomienda de trabajos impropios de la categoría profesional o de imposible realización; 5) la utilización selectiva de comunicaciones para reprender o amonestar sin motivo; 6) el establecimiento de diferencias de trato (determinados

controles selectivos, desigualdad remunerativa, satisfacer el salario con un retraso injustificado); 7) la modificación de jornada aduciendo motivos técnicos y organizativos que no han sido acreditados; 8) la modificación arbitraria y sin sentido del sistema de organización del trabajo; 9) la denegación injustificada de las fechas de disfrute de vacaciones pretendidas; 10) la intensificación de los controles sobre las actividades cotidianas del trabajador y sobre su rendimiento; 11) el llevar a cabo amonestaciones frecuentes; 12) proferir expresiones denigrantes y ofensivas para el trabajador con ánimo de dañar la consideración del mismo; 13) el realizar comentarios desfavorables a terceros ante el trabajador; 14) la alteración de las funciones atribuidas al trabajador; 15) la congelación del salario; 16) la denegación injustificada de permisos; 17) el cambio de horario injustificado; 18) el trato laboral despectivo y degradante; 19) el hostigamiento empresarial y de sus compañeros; o 20) el menoscabo de la intimidad o dignidad con finalidad discriminatoria.

X. Apunte final

Sabemos que es relativamente sencillo, para cualquier empleador mínimamente asesorado, enmascarar decisiones abusivas en contextos de reorganización organizativa o productiva. Decisiones disfrazadas que esconden auténticos ataques a la dignidad e integridad de las personas, muchas de ellas con consecuencias dañinas para la salud. El camino judicial que deben recorrer quienes reúnen el valor necesario para intentar romper el vínculo con su acosador es empinado y pocas veces culmina con éxito. Nuestro sistema judicial, hastiado y sobrecargado, no está siempre en condiciones de prestar, a cada caso, la atención, el tiempo y el esfuerzo intelectual que exige, pero el ciudadano-trabajador confía en que los profesionales que lo sirven realicen ese esfuerzo necesario para entender su verdad. Para ello, el primer paso, como recalca la sentencia comentada, es no “banalizar” los derechos fundamentales básicos de respeto a la dignidad e integridad moral, y de no ser tratados de manera degradante que toda persona trabajadora debería tener garantizados.

Referencias:

1. [^] *La sentencia no se pronuncia de manera expresa sobre ello, pero el contexto en que se producen los cambios funcionales apuntaría, efectivamente, a una represalia empresarial ante la negativa del trabajador de aceptar una oferta de jubilación anticipada.*

- § 50 **Proceso de incapacidad temporal por enfermedad común que, tras agotar el plazo de duración de 365 días, finaliza por alta de la inspección médica del INSS. ¿Quién tiene competente para emitir una nueva baja médica dentro de los 180 días naturales posteriores? Depende, ¿de qué depende? De si la nueva baja médica está causada o no por la misma o similar patología. ¿Y cómo determinar si la patología es o no la misma o similar?**

María Areta Martínez

Secretaria de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos

Resumen: El artículo 170.2.párrafo 1º de la LGSS dispone que una vez agotado el plazo de duración de 365 días del proceso de incapacidad temporal (IT), la inspección médica del INSS es la única competente para emitir tanto el alta médica como una nueva baja médica por la misma o similar patología dentro de los 180 días naturales posteriores. La STSJ de Castilla y León-SOC núm. 737/2025, de 28 de abril, examina qué se entiende por “la misma o similar patología” a efectos del artículo 170.2.párrafo 1º de la LGSS. La Sala dictamina que hay que comparar el diagnóstico recogido en los respectivos partes de baja, es decir, hay que examinar si la patología que produce la nueva baja médica es igual o similar que la causante de la baja en el proceso de IT primario. En el caso ahora examinado, la primera baja es por tendinitis del hombro derecho, mientras que la segunda lo es por síndrome del túnel carpiano. Por tanto, la competencia para emitir el nuevo parte médico de baja por enfermedad común es del Servicio Público de Salud (médico de familia de atención primaria) y no de la inspección médica del INSS; y ello es así porque la patología que figura en el parte de la nueva baja (síndrome del túnel carpiano) no es igual ni similar que la recogida en el parte de baja del proceso de IT anterior (tendinitis de hombro derecho). La Sala también clarifica si cabe afirmar que la patología de la nueva baja médica es igual o similar cuando, no siendo la causante del proceso de IT primario, fue diagnosticada e incluso tratada como enfermedad concurrente, esto es, durante el proceso de IT primario. La Sala concluye que la patología causante de la nueva baja podría considerarse de manera excepcional igual o similar si su diagnóstico y tratamiento se hubieran solapado en el tiempo con los de la patología causante del proceso de IT primario, lo cual no sucede en el caso ahora examinado.

Palabras clave: Incapacidad temporal que agota el plazo de duración de 365 días. Contingencias comunes. Competencia para emitir nuevo parte médico de baja dentro de los 180 días naturales posteriores al alta médica. Recaída. Inspección médica del INSS. Servicio Público de Salud.

I. Introducción

Las páginas que siguen a continuación tienen por objeto comentar los Antecedentes de Hecho, los Fundamentos de Derecho y el Fallo de la STSJ de Castilla y León-SOC núm. 737/2025, de 28 de abril, que resuelve el recurso de suplicación núm. 955/2024, interpuesto contra la sentencia del JS núm. 2 de Ponferrada de 1 de febrero de 2024 (autos núm. 257/2023), que resuelve demanda sobre determinación de la contingencia de incapacidad temporal (IT), interpuesta por una trabajadora autónoma frente al INSS, la TGSS y la Mutua Ibermutua.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León/Valladolid.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 737/2025, de 28 de abril.

Tipo y número de procedimiento: recurso de suplicación núm. 955/2024.

ECLI:ES:TSJCL:2025:1811

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Emilio Álvarez Anllo.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El artículo 170.2.párrafo 2º de la LGSS dispone que una vez agotado el plazo de duración de 365 días del proceso de IT, *la inspección médica del Instituto Nacional de la Seguridad Social será la única competente para emitir el alta médica por curación, por mejoría que permita la reincorporación al trabajo, con propuesta de incapacidad permanente o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por dicha entidad gestora. De igual modo, la citada inspección médica será la única competente para emitir una nueva baja médica en la situación de incapacidad temporal producida, por la misma o similar patología, en los ciento ochenta días naturales posteriores a la citada alta médica*

La cuestión de fondo consiste en determinar si tras un proceso de IT, que finaliza por alta de la inspección médica del INSS una vez agotado el plazo de duración de 365 días, la competencia para emitir un nuevo parte médico de baja por enfermedad común dentro de los 180 días naturales posteriores es de la propia inspección médica del INSS o del Servicio Público de Salud. La cuestión última pasa por determinar si la patología que determina la nueva baja médica es o no igual o similar que la causante del proceso de IT anterior (primario). Si lo es, la competencia para emitir el parte de baja es exclusiva de la inspección médica del INSS, ex artículo 170.2 de la LGSS, y si no lo es, corresponde al Servicio Público de Salud.

En el caso ahora examinado, una trabajadora autónoma encuadrada en el RETA inicia un proceso de IT por tendinitis de hombro derecho (enfermedad común), tal y como se hace constar en el parte de baja médica expedido por el facultativo del Servicio Público de Salud. El proceso de IT finalizó tras agotar el plazo máximo de duración de 365 días, por el alta médica que expide la inspección médica del INSS, ex artículo 170.2 de la LGSS. Dentro de los 180 días naturales posteriores al alta médica, la trabajadora causa nueva baja por síndrome del túnel carpiano, según consta en el parte médico de baja expedido por el facultativo del Servicio Público de Salud. El caso tiene la particularidad de que la patología que causa la nueva baja médica (síndrome del túnel carpiano) fue diagnosticada durante el proceso de IT primario, tal y como consta en el informe médico que precedió al parte de alta médica que puso fin al mismo. Esta particularidad es la que precisamente lleva al INSS a revisar la nueva baja médica expedida por el Servicio Público de Salud, que termina anulando y

dejando sin efectos económicos. El INSS argumenta que el Servicio Público de Salud carece de competencia para emitir la baja médica porque está producida por igual o similar patología que en el proceso de IT precedente. El INSS concluye que la competencia para emitir la nueva baja médica por síndrome del túnel carpiano es suya, ex artículo 170.2 de la LGSS, y que no procede emitirla porque la trabajadora no está incapacitada para realizar su actividad profesional. Desestimada la reclamación administrativa previa, la trabajadora afectada interpone demanda sobre determinación de contingencia de IT, que es desestimada por el JS. La trabajadora interpone recurso de suplicación frente a la sentencia desestimatoria de su pretensión, que la STSJ de Castilla y León-SOC núm. 737/2025, de 28 de abril (recurso de suplicación núm. 955/2024), viene a resolver.

IV. Posiciones de las partes

1. La parte recurrente

La parte recurrente (trabajadora autónoma) formula un único motivo en el recurso de suplicación con amparo en el artículo 193.c) de la LRJS, denunciando la infracción de los artículos 169.2 y 170.2 de la LGSS, en relación con el artículo 174.3 de la LGSS.

2. La parte recurrida

La sentencia comentada se limita a señalar que la Mutua Ibermutua impugna el recurso de suplicación interpuesto, sin más precisión.

V. Normativa aplicable al caso

La STSJ de Castilla y León-SOC núm. 737/2025, de 28 de abril, fundamenta el Fallo en el artículo 170.2.párrafo 2º del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), cuyo tenor literal es el siguiente:

Agotado el plazo de duración de trescientos sesenta y cinco días indicado en el apartado anterior, la inspección médica del Instituto Nacional de la Seguridad Social será la única competente para emitir el alta médica por curación, por mejoría que permita la reincorporación al trabajo, con propuesta de incapacidad permanente o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por dicha entidad gestora. De igual modo, la citada inspección médica será la única competente para emitir una nueva baja médica en la situación de incapacidad temporal producida, por la misma o similar patología, en los ciento ochenta días naturales posteriores a la citada alta médica

VI. Doctrina básica

La Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León parte de lo dispuesto en el artículo 170.2.párrafo 1º de la LGSS para señalar que cuando se produce una nueva baja médica dentro de los 180 días naturales posteriores al alta médica que puso fin a un proceso de IT de 365 días de duración, la competencia para emitirla depende de si la enfermedad común que la motiva es o no la misma o similar:

- La competencia para emitir la nueva baja médica es de la inspección médica del INSS si está motivada por la misma o similar patología (recaída).
- La competencia para emitir la nueva baja médica es del facultativo del Servicio Público de Salud si no está motivada por la misma o similar patología.

Llegados a este punto la cuestión que surge es cómo determinar si la patología que produce la nueva baja médica es o no igual (la misma) o similar que la causante del proceso de IT primario. La Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León maneja dos criterios, uno general y otro excepcional:

Criterio general: la patología que determina la nueva baja médica es la misma o similar que la causante de la baja médica en el proceso de IT primario. La Sala señala que hay que comparar los diagnósticos que figuran en los respectivos partes de baja para comprobar si la patología que determina la nueva baja médica es igual o similar que la causante de la baja médica en el proceso de IT primario. La Sala argumenta que este es el criterio general aplicable porque el alta que pone fin a un proceso de IT únicamente puede predicarse sobre la causa (patología) por la que se inició, y que es la recogida en el parte de baja emitido en su día:

- La competencia para emitir la nueva baja médica es del Servicio Público de Salud, y no de la inspección médica del INSS, cuando la dolencia que figura en el parte de la nueva baja no es la misma ni similar que la recogida en el parte de la baja del proceso de IT primario. Así sucede en el caso ahora examinado: la patología que figura en el parte de la nueva baja médica es síndrome del túnel carpiano, mientras que la recogida en el parte de baja del proceso de IT primario es tendinitis de hombro derecho.
- La competencia para emitir la nueva baja médica es de la inspección médica del INSS, y no del Servicio Público de Salud, cuando la dolencia que figura en el parte de la nueva baja médica es igual o similar que la recogida en el parte de baja del proceso de IT primario.

Criterio excepcional: la patología que determina la nueva baja médica es la misma o similar que alguna enfermedad concurrente diagnosticada y tratada al mismo tiempo que la causante de la baja médica del proceso de IT primario. Puede suceder que durante el proceso de IT primario se haya diagnosticado y tratado alguna patología distinta de la que motivó la baja médica; es decir: la patología causante de la IT primaria ha concurrido con otra que no figura en el parte de baja médica, pero sí en informes médicos complementarios emitidos durante el proceso como, por ejemplo, el que acompaña al alta médica que pone fin a la IT. Por la vía de la excepcionalidad, la Sala admite la posibilidad de que la patología determinante de la nueva baja es la misma o similar cuando ha concurrido con la causante del proceso de IT primario. La puesta en marcha de esta vía excepcional exige la concurrencia de los dos requisitos siguientes:

- Primer requisito: la patología que figura en el parte de la nueva baja médica no es igual ni similar que la recogida en el parte de baja del proceso de IT primario, es decir, no fue la causante del proceso de IT primario.
- Segundo requisito: la patología que figura en el parte de la nueva baja médica ha sido diagnosticada y tratada al mismo tiempo que la causante del proceso de IT primario, es decir, ha concurrido con la causante del proceso de IT primario. Concretamente, el diagnóstico y tratamiento tanto de la patología causante de la IT primaria como de la patología concurrente han tenido que coincidir en el tiempo. Nótese que, según la Sala, no basta que la patología causante de la nueva baja médica haya sido diagnosticada y tratada durante el proceso de IT primario, siendo necesario que tal diagnóstico y tratamiento se hayan solapado en el tiempo con el diagnóstico y tratamiento de la patología causante de la IT primaria; es decir: que ambas patologías (la causante y la concurrente) han discurrido de forma paralela en todo momento.

La vía excepcional que articula la sentencia ahora comentada lleva a concluir que:

- La competencia para emitir la nueva baja médica es del Servicio Público de Salud, y no de la inspección médica del INSS, cuando la dolencia que figura en el parte de la nueva baja no ha concurrido con la recogida en el parte de baja del proceso de IT primario o, aun concurriendo con ella, el diagnóstico y tratamiento de ambas no se han solapado en el tiempo.

- La competencia para emitir la nueva baja médica es de la inspección médica del INSS, y no del Servicio Público de Salud, cuando el diagnóstico y tratamiento de la dolencia que figura en el parte de la nueva baja médica se han solapado en el tiempo con los de la patología recogida en el parte de baja del proceso de IT primario.

En el caso ahora examinado, la patología causante de la nueva baja médica es síndrome del túnel carpiano, que figura en el informe de alta de la IT primaria, es decir, que ha concurrido con la tendinitis de hombro derecho causante de la IT primaria. Sin embargo, la Sala concluye que el síndrome del túnel carpiano (causante de la nueva baja médica) no puede considerarse una patología igual o similar porque su diagnóstico y tratamiento no se han solapado en el tiempo con los de la tendinitis de hombro derecho, causante de la IT primaria. Por tanto, la baja por síndrome de túnel carpiano ha de ser emitida por el Servicio Público de Salud y no por la inspección médica del INSS.

VII. Parte dispositiva

La STSJ de Castilla y León-SOC núm. 737/2025, de 28 de abril (recurso de suplicación núm. 955/2024), estima el recurso de suplicación núm. 955/2024 interpuesto por la trabajadora contra la sentencia del JS núm. 2 de Ponferrada (autos núm. 257/2023), de fecha 1 de febrero de 2024, dictada en virtud de demanda sobre determinación de contingencia de IT, promovida por la referida recurrente contra al INSS, la TGSS y Mutua Ibermutua,

La Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León estima el recurso de suplicación, con revocación de la sentencia del JS y estimación de la pretensión formulada por la trabajadora en su demanda. Por tanto, el facultativo del Servicio Público de Salud tiene competencia para emitir la nueva baja médica porque, aunque tiene lugar dentro de los 180 días naturales posteriores al alta médica en un proceso de IT de más de 365 días de duración, está motivada por una patología (síndrome del túnel carpiano) que no es igual ni similar que la patología que causó el proceso de IT primario (tendinitis de hombro derecho). No obsta a ello el hecho de que la patología causante de la nueva baja médica figurase en el informe que acompañó al alta médica del proceso de IT precedente.

VIII. Comentario

La STSJ de Castilla y León-SOC núm. 737/2025, de 28 de abril, invita a reflexionar sobre dos cuestiones:

- **Primera cuestión:** ¿quién tiene competencia para expedir los partes médicos en los procesos de IT por enfermedad común? En particular: ¿quién tiene competencia para expedir un parte médico de baja por enfermedad común dentro de los 180 días naturales posteriores al alta médica que puso fin a un proceso de IT tras agotar la duración máxima de 365 días?
- **Segunda cuestión:** ¿cómo determinar si la nueva baja médica está producida o no por igual o similar patología?

1. ¿Quién tiene competencia para expedir los partes médicos en los procesos de IT por enfermedad común?

La gestión y el control de los procesos de IT por enfermedad común no es la misma durante los primeros 365 días de duración que a partir de este momento:

Cuando un proceso de IT por enfermedad común no dura más de 365 días, la competencia para expedir los partes médicos se ordena del modo siguiente:

- Parte de baja^[1]: se emite por el facultativo del Servicio Público de Salud que realice el reconocimiento médico a la persona trabajadora afectada; en la práctica es el médico de familia (Atención Primaria)^[2].
- Parte/s de confirmación de la baja^[3], en su caso^[4]: se emite por el facultativo del Servicio Público de Salud (médico de familia de Atención Primaria).
- Parte de alta: puede emitirse por: 1) el facultativo del Servicio Público de Salud (médico de familia de Atención Primaria)^[5], 2) el inspector médico del Servicio Público de Salud^[6] o 3) la inspección médica del INSS^[7].

Cuando un proceso de IT por enfermedad común agota el plazo de duración de 365 días, la competencia para expedir los partes médicos se ordena del modo siguiente:

- Parte de baja^[8]: se emite por el facultativo del Servicio Público de Salud que realice el reconocimiento médico de la persona trabajadora afectada; en la práctica es el médico de familia (Atención Primaria).
- Parte/s de confirmación de la baja^[9], en su caso^[10]: se emite por el facultativo del Servicio Público de Salud (médico de familia de Atención Primaria).
- Parte de alta^[11]: se emite en todo caso por la inspección médica del INSS^[12].

Cuando se inicia una nueva situación de IT por enfermedad común dentro de los 180 días naturales posteriores al alta médica que puso fin a un proceso de IT que agotó el plazo de duración de 365 días, la competencia para expedir el parte médico de baja difiere según que la nueva baja médica esté o no motivada por igual o similar patología (artículo 170.2 LGSS). La competencia para emitir el parte médico de baja es de:

- La inspección médica del INSS si la nueva baja está motivada por igual o similar patología.
- El facultativo del Servicio Público de Salud (médico de familia de Atención Primaria) si la nueva baja no está motivada por igual o similar patología.

2. ¿Cómo determinar si la nueva baja médica está producida o no por igual o similar patología?

La STSJ de Castilla y León-SOC núm. 737/2025, de 28 de abril, señala que cuando se emite una nueva baja médica dentro de los 180 días naturales posteriores al alta médica que puso fin a un proceso de IT tras agotar el plazo de duración de 365 días, hay que comparar los diagnósticos recogidos en los respectivos partes de baja; es decir, hay que comparar la patología causante de la nueva baja médica con la causante del proceso de IT primario con el fin de comprobar si son o no iguales o similares. En el caso ahora examinado, el diagnóstico recogido en el parte de la nueva baja médica es síndrome del túnel carpiano, mientras que el que figura en el parte de la baja médica que dio inicio al proceso de IT precedente es tendinitis de hombro derecho. Ambos diagnósticos, aun afectando a extremidad superior, no son iguales ni similares, de modo que es ajustado a Derecho que el parte de la nueva baja médica haya sido emitido por el facultativo del Servicio Público de Salud y no por la inspección médica del INSS. Nótese que el diagnóstico dado por el facultativo del Sistema Público de Salud en la nueva baja médica (síndrome del túnel carpiano) no ha sido cuestionado en ningún momento; lo cuestionado ha sido si el facultativo del Sistema Público de Salud tiene competencia para emitir el parte de baja.

En el caso ahora examinado, la persona trabajadora afectada es autónoma y está encuadrada en el RETA. Para procesos de IT por enfermedad común en los que se encuentre una persona trabajadora encuadrada en cualquiera de los regímenes del sistema público de Seguridad Social, incluido el RETA, el facultativo del Servicio

Público de Salud expide el parte de baja utilizando el modelo del Anexo I de la Orden ESS/1187/2015. El parte de baja, además de los datos personales de la persona trabajadora, debe incluir los siguientes (artículo 2.2.párrafo 2º Real Decreto 625/2014): 1) la fecha de la baja, 2) el tipo de contingencia causante, 3) el código de diagnóstico (Código CIE-9/10), 4) el código nacional de ocupación (CON) de la persona trabajadora, 5) la duración estimada del proceso (muy corta, corta, media, larga), 6) la aclaración de si el proceso de IT es o no recaída de uno anterior y 7) la fecha en la que se realizará el siguiente reconocimiento médico.

Llegados a este punto conviene detenerse en el **código de diagnóstico** por ser el que ha de tomarse en cuenta para determinar si la nueva baja está producida o no por una patología igual o similar que la causante del proceso de IT anterior. La enfermedad causante de la IT se identifica en el parte de baja con un código alfanumérico, que se corresponde con el de la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE). La CIE ha sido elaborado por la Organización Mundial de la Salud (OMS) con el fin de proporcionar *un lenguaje común que permite a los profesionales de la salud compartir información estandarizada en todo el mundo*; es decir, es un sistema común a nivel mundial que permite clasificar y codificar las distintas enfermedades. La CIE se utiliza en todo el mundo con distintos fines. En España, la CIE se utiliza en el sistema público de Seguridad Social para, entre otros fines, identificar la patología causante de una situación de IT. La última versión es la CIE-11, que fue aprobada por la 72ª Asamblea Mundial de la Salud reunida en Ginebra del 20 al 22 de mayo de 2019, y está en vigor desde el 1 de enero de 2022. No obstante, para cumplimentar los partes de baja en un proceso de IT, el personal sanitario no utiliza la CIE-11, sino la CIE-9 o la CIE-10, que están disponibles en versión electrónica en la página Web del Ministerio de Sanidad.

En el caso examinado por la STSJ de Castilla y León-SOC núm. 737/2025, de 28 de abril, hay que comparar dos códigos de diagnóstico para comprobar si son o no iguales o similares:

- **Código de diagnóstico recogido en el parte de baja del proceso de IT primario**, que finalizó con el alta médica expedida por la inspección médica del INSS tras agotar el plazo de duración de 365 días. La sentencia comentada señala que la patología causante del proceso de IT primario fue una tendinitis de hombro derecho, sin especificar tipo de tendinitis (tendinitis calcificante de hombro, tendinitis de bíceps). El código de diagnóstico (CIE-10) para la tendinitis de hombro derecho, en general, es M75.81.
- **Código de diagnóstico recogido en el parte de baja de la nueva situación de IT**, que se inicia dentro de los 180 días naturales posteriores al alta médica que puso fin al proceso de IT primario. La sentencia comentada señala que la patología causante de la nueva situación de IT es síndrome del túnel carpiano, sin precisar si afecta a la extremidad superior derecha, a la extremidad superior izquierda o a ambas extremidades superiores. El código de diagnóstico (CIE-10) para el síndrome del túnel carpiano cuando no se especifica la extremidad superior afectada es G56.00.

Si se comparan los dos códigos de diagnóstico (M75.81 y G56.00), se comprueba que ambos van referidos a enfermedades que afectan a extremidad superior. Sin embargo, más allá de ese elemento común (afección de extremidad superior), ambos códigos no son idénticos ni similares. Por tanto, la nueva baja médica no está producida por igual o similar patología. Las diferencias entre ambos códigos de diagnóstico son significativas:

- El **Código M75.81** se ubica dentro del Capítulo 13 de la CIE-10, que contiene enfermedades del aparato musculoesquelético y del tejido conectivo; concretamente en la sección M60-M79 (sobre trastornos de partes blandas) y más específicamente en la subsección M70-M79 (sobre

otros trastornos de partes blandas). El Código iniciado con M75 va referido a lesiones de hombro. Si la lesión de hombro diagnosticada no se corresponde con ninguna de las recogidas en los Códigos M75.0 a M75.5, se utilizará el Código M75.8, y más concretamente el Código M75.81 si se indica que afecta al hombro derecho.

- El **Código G56.00** se ubica dentro del Capítulo 06 de la CIE-10, que contiene enfermedades del sistema nervioso; concretamente dentro de la sección G50-G59 (sobre trastornos de los nervios, de las raíces y de los plexos nerviosos). El Código iniciado con G56 va referido a distintos tipos de mononeuropatías de extremidad superior, entre las que figura el síndrome del túnel carpiano, cuyo código se inicia con G-56.0. Dado que la sentencia no especifica la extremidad superior a la que afecta el síndrome del túnel carpiano (derecha, izquierda, ambas), el Código CIE-10 es G56.00.

Llegados a este punto conviene apuntar dos consideraciones:

Primera consideración: sobre la diferencia entre patologías iguales (mismas patologías) y patologías similares. La aplicación del artículo 170.2 de la LGSS se activa cuando la nueva baja médica está producida tanto por la misma (igual) patología como por otra patología similar que en el proceso de IT primario. En la práctica, la expresión “misma o similar patología” suele interpretarse en sentido unívoco, como si “misma” y “similar” fueran palabras sinónimas referidas a una única realidad. De hecho, en la práctica, el análisis suele centrarse en determinar si la patología que motiva la nueva baja médica es la misma. Sin embargo, no cabe ignorar que la norma jurídica también contempla la posibilidad de que la patología que produce la nueva baja médica no sea exactamente igual (la misma) sino otra similar. ¿Cuándo se considera que una patología es similar a otra? Cabe entender que dos patologías son similares cuando comparten síntomas y es preciso realizar un diagnóstico diferencial para distinguir una de la otra. Así, podría suceder que dos partes de baja referidos a sendas situaciones de IT incluyan códigos de diagnóstico diferentes y, sin embargo, identifiquen enfermedades similares. Con todo, conviene profundizar más en este aspecto para tenerlo en cuenta en la práctica y no ignorar las consecuencias jurídicas que lleva aparejado el significado de la expresión “similar patología”, no equivalente a “misma patología”.

Segunda consideración: sobre el grado de generalidad en el diagnóstico. El grado de generalidad en el diagnóstico puede conducir en determinados casos a concluir que la patología que motiva la nueva baja sea igual o similar que la causante del proceso de IT primario. En el caso ahora enjuiciado, a pesar de que tanto la primera baja como la segunda están motivadas por una dolencia de extremidad superior y de que en el diagnóstico de ambas bajas se aprecia cierto grado de generalidad, es posible afirmar que la segunda baja no se produce por la misma o similar patología que la anterior. En el diagnóstico de la primera baja (tendinitis de hombro derecho) se aprecia cierta generalidad porque no se especifica el tipo de tendinitis. En el diagnóstico de la segunda baja (síndrome del túnel carpiano) también se aprecia cierta generalidad porque no se precisa si afecta a la extremidad superior derecha, a la extremidad superior izquierda o ambas. No obstante, el grado de generalidad no es elevado y no impide afirmar que el diagnóstico de la segunda baja no es igual ni similar que el de la primera. La patología de la segunda baja (síndrome del túnel carpiano) afecta al sistema nervioso (neuropatía periférica), mientras que la patología de la primera baja (tendinitis de hombro derecho) alcanza al aparato musculoesquelético y al tejido conectivo.

IX. Apunte final: ¿qué sucede cuando en el transcurso del proceso de IT primario se modifica o actualiza el diagnóstico recogido en el parte de baja?

A modo de apunte final merece la pena abordar, siquiera sea brevemente, la cuestión siguiente: ¿qué sucede cuando en el transcurso del proceso de IT primario se modifica o actualiza el diagnóstico recogido en el parte de baja?

Si durante el proceso de IT tiene lugar una actualización o modificación del diagnóstico recogido en el parte de baja, se emitirá un parte de confirmación en el que consten los siguientes aspectos (artículo 2.4 Real Decreto 625/2014 y artículo 2.2 Orden ESS/1187/2015): 1) el diagnóstico actualizado, 2) la nueva duración estimada del proceso de IT y 3) la fecha de la siguiente revisión. Por tanto, la actualización o modificación del diagnóstico se realiza a través del parte de confirmación, manteniéndose el mismo proceso de IT. Tras la modificación o actualización, podrá constatar que el código de diagnóstico CNE-10 recogido en el parte de baja no coincide con el que figura en los posteriores partes de confirmación y alta.

En el caso ahora examinado, el proceso de IT primario ha agotado el plazo de duración de 365 días; es decir: se trata de un proceso de IT de duración larga (más de 61 días naturales). Esto supone que entre el parte de baja y el de alta se han ido emitiendo sucesivos partes de confirmación de la baja e informes médicos complementarios. Según los hechos probados que recoge la sentencia comentada, todo apunta a que el diagnóstico recogido en el parte de baja del proceso de IT primario (tendinitis de hombro derecho. Código M75.81) se ha mantenido sin cambios en los sucesivos partes de confirmación y de alta. Esta circunstancia resulta muy relevante en procesos de IT en los que, como sucede en el ahora examinado, la patología que motiva la baja (tendinitis de hombro derecho) ha concurrido a partir de un determinado momento con otra (síndrome de túnel carpiano) que, tras el alta médica, da lugar a una nueva baja médica. La concurrencia de otra patología no ha obligado a la actualización o modificación del diagnóstico recogido en el parte médico de baja. Llegados a este punto cabe plantearse si la solución dada por la STSJ de Castilla y León-SOC núm. 737/2025, de 28 de abril, hubiera sido la misma en caso de que durante el proceso de IT primario se hubiera producido una modificación o actualización del diagnóstico. En tal caso, para determinar si la nueva baja médica se produce por igual o similar patología que en el proceso de IT primario, no resulta suficiente comparar los diagnósticos recogidos en los respectivos partes médicos de baja. Todo parece indicar que el diagnóstico incluido en el parte de la nueva baja médica también tendría que compararse con el recogido en los demás partes emitidos durante el proceso de IT primario; a saber: 1) los sucesivos partes confirmación y 2) el parte de alta. Así, podría suceder que el código de diagnóstico que consta en el parte de la nueva baja médica sea distinto del que figura en el parte de baja del proceso de IT primario, pero igual o similar que el recogido en alguno de los ulteriores partes de confirmación y en el de alta.

En definitiva, y en aras de la seguridad jurídica, la correcta aplicación del artículo 170.2 de la LGSS pasa por comprobar si el código de diagnóstico recogido en el parte médico de la nueva baja es igual o similar que el recogido en todos los partes médicos (baja, confirmación, alta) del proceso de IT primario, no solo en el de baja; y es que puede haber sucedido que durante el proceso de IT primario se haya modificado o actualizado el diagnóstico inicial.

Llegados a este punto no está de más poner en valor la tarea que los médicos de familia (Atención Primaria) llevan a cabo en los procesos de IT de larga duración derivados de contingencias comunes. El médico de familia participa en el diagnóstico y tratamiento de la causa que motiva la IT, siendo necesaria en ocasiones la intervención interdisciplinar de otros especialistas. El médico de familia también realiza el seguimiento del estado de salud de la persona trabajadora afectada y cumplimenta en tiempo y forma los sucesivos partes médicos (baja, confirmación, alta) e informes complementarios, ajustándose a Derecho. El trabajo eficaz y eficiente de los médicos de familia y, en general, el de todos los profesionales que integran los equipos de Atención Primaria (EAP)^[13], facilita la gestión y el control de los procesos de IT

durante los primeros 365 días, contribuyendo con ello a que otros operadores que intervienen en el mismo proceso de IT (atención hospitalaria, INSS, TGSS, empresas, mutuas, etc.) puedan realizar su labor con igual eficacia y eficiencia. Esta tarea de los médicos especialistas en medicina familiar y comunitaria conduce al bienestar del paciente (persona trabajadora) y su entorno, y favorece el correcto funcionamiento del sistema público de Seguridad Social.

Referencias:

1. [^] Vid., artículo 2.1.párrafo 1º Real Decreto 625/2014 y artículo 3.1.párrafo 1º Orden ESS/1187/2015.
2. [^] El artículo 2.1.párrafo 1º del Real Decreto 625/2014 dispone que La declaración de la baja médica, en los procesos de incapacidad temporal, cualquiera que sea la contingencia determinante, se formulará en el correspondiente parte médico de baja expedido por el médico del servicio público de salud que haya efectuado el reconocimiento del trabajador afectado. En sentido similar, el artículo 3.1.párrafo 1º de la Orden ESS/1187/2015 señala que El parte médico de baja de incapacidad temporal, cualquiera que sea la contingencia determinante, se expedirá, inmediatamente después del reconocimiento médico de la persona trabajadora, por el facultativo del servicio público de salud que lo realice. Del tenor literal de ambas normas se desprende que el parte médico de baja será emitido por el médico especialista del Servicio Público de Salud que haya realizado el preceptivo reconocimiento médico previo a la persona trabajadora, ya sea en el ámbito hospitalario o en la atención primaria. A la vista de la normativa aplicable, la emisión de los partes médicos en un proceso de IT por contingencias comunes puede realizarse por el médico que realice el preceptivo reconocimiento médico que determine la imposibilidad temporal de trabajar, y que no tiene por qué ser de una determinada especialidad médica. Sin embargo, en la práctica, esta tarea queda circunscrita a un concreto médico especialista, que es el de Medicina Familiar y Comunitaria (médico de familia de Atención Primaria).
3. [^] Vid., artículo 2.3 del Real Decreto 625/20214 y artículo 4.1 de la Orden ESS/1187/2015.
4. [^] El parte de confirmación de baja se emite cuando la duración estimada del proceso de IT sea corta, media o larga.
5. [^] Vid., artículo 5.1.párrafo 1º del Real Decreto 625/2014 y artículo 6.1 de la Orden ESS/1187/20215.
6. [^] Vid., artículo 5.1.párrafo 2º del Real Decreto 625/2014, y artículo 7 de la Orden ESS/1187/2015.
7. [^] Vid., artículo 170.1 de la LGSS, artículo 5.1.párrafo 2º del Real Decreto 625/2014 y artículo 8 de la Orden ESS/1187/2015.
8. [^] Vid., artículo 2.1.párrafo 1º Real Decreto 625/2014 y artículo 3.1.párrafo 1º Orden ESS/1187/2015.
9. [^] Vid., artículo 2.3 del Real Decreto 625/20214 y artículo 4.1 de la Orden ESS/1187/2015.
10. [^] El parte de confirmación de baja se emite cuando la duración estimada del proceso de IT sea corta, media o larga.
11. [^] Vid., artículo 170.2 de la LGSS.

12. [^] El parte de alta médica que expide la inspección médica del INSS puede ser: a) por curación, b) por mejoría que permite la reincorporación al trabajo, c) con propuesta de incapacidad permanente o d) por incomparecencia injustificada de la persona trabajadora a los reconocimientos médicos.
13. [^] El equipo de Atención Primaria está integrado por un conjunto de profesionales sanitarios y no sanitarios: personal médico, personal de enfermería, farmacéuticos, trabajadores sociales, personal administrativo, personal de servicios generales, etc.

§ 51 Riesgo biológico y obligación de vacunación en el Derecho de la protección de la seguridad y salud de los trabajadores: una controversia de principio.

José Luis Monereo Pérez

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada.
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

Resumen: *Procedimiento prejudicial. Política de Derecho social. Protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores. Directiva 89/391/CEE, sobre medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo: artículos 5, 6 y 9. Directiva 2000/54/CE: artículo 14.2 y Anexo VII.1 y 2. Protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo. Control sanitario. Puesta a disposición de vacunas eficaces. Normativa nacional (Estonia) que permite al empresario someter al trabajador expuesto a un riesgo biológico a una obligación de vacunación. Virus SARS-CoV-2.*

Palabras clave: *Derecho Social comunitario de la protección de la seguridad y salud de los trabajadores. Riesgos laborales por agentes biológicos. Obligación de vacunación. Exigencia de consentimiento. Obligación de vacunación por razones de interés público o general.*

Abstract: *Preliminary proceedings. Social law policy. Protection of the safety and health of workers. Directive 89/391/EEC on measures to encourage improvements in the safety and health of workers at work: Articles 5, 6 and 9. Directive 2000/54/EC: Article 14.2 and Annex VII.1 and 2. Protection of workers from risks related to exposure to biological agents at work. Health surveillance. Provision of effective vaccines. National regulations (Estonia) allowing the employer to subject the worker exposed to a biological risk to a vaccination obligation. SARS-CoV-2 virus.*

Keywords: *Community social law on the protection of the safety and health of workers. Occupational risks due to biological agents. Vaccination obligation, Requirement of consent. Obligation to vaccinate for reasons of public or general interest.*

“La condición humana abarca más que las condiciones bajo las que se ha dado la vida al hombre. Los hombres son seres condicionados, ya que todas las cosas con las que entran en contacto se convierten de inmediato en una condición de su existencia. [...] Cualquier cosa que toca o entra en mantenido contacto con la vida humana asume de inmediato el carácter de

condición de la existencia humana. De ahí que los hombres, no importa lo que hagan, son siempre seres condicionados".

HANNAH ARENDT^[1]

I. Introducción

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 1, apartado 3, 6, apartados 1 y 2, letras a) y g), y 9, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (DO 1989, L 183, p. 1), de los artículos 1, apartado 1, 3, apartados 1 y 2, y 14, apartado 3, y del anexo VII, puntos 1 y 2, de la Directiva 2000/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo (Séptima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) (DO 2000, L 262, p. 21), en su versión modificada por la Directiva (UE) 2020/739 de la Comisión, de 3 de junio de 2020 (DO 2020, L 175, p. 11), y de los artículos 3, apartado 1, 31, apartado 1, y 52, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE)^[2].

Esta petición se presentó en el contexto de un litigio entre A y otros, que son varios miembros del personal operativo encargado de las intervenciones de emergencia en el seno de la Tallinna Kiirabi (Servicio de Ambulancias de Tallin, Estonia), y la Tallinna linn (Ayuntamiento de Tallin, Estonia), en relación con la resolución de sus contratos de trabajo debido a la falta de prueba de vacunación contra el virus SARS-CoV-2 o de una contraindicación para dicha vacunación.

La cuestión de fondo que se suscita en este procedimiento tiene relevancia en sí misma, pero cabe decir que la tiene de cara al presente y, acaso, en un horizonte de futuro. Dado que vivimos en "*sociedades de riesgo*" *permanente*, los riesgos biológicos (pandemias de toda índole), ecológicos (piénsese, cambios climáticos, en contaminaciones persistentes, la sociedad algorítmica y la Inteligencia Artificial es también una sociedad del riesgo y de la incertidumbre, etcétera)^[3], van a plantear el problema de tratamientos preventivos o de carácter reactivo, suscitándose el debate sobre la posible obligatoriedad o exigencia de consentimiento (sea en sistemas intermedios, o sea en sistemas que atienden a situaciones excepcionales o extraordinarias).

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Número de resolución judicial y fecha: STJUE (Sala Décima) de 12 de junio de 2025.

Tipo y número recurso o procedimiento: Procedimiento prejudicial (Asunto C-219/24).

ECLI:EU:C:2025:442.

Fuente: CURIA.

Ponente: Magistrado E. Regan.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El 4 de marzo de 2021, el Ayuntamiento de Tallin validó una evaluación de los riesgos en el lugar de trabajo, en cuyo plan de acción se preveía, entre otras medidas,

la vacunación de sus empleados a fin de reducir el riesgo de contagio de una enfermedad infecciosa peligrosa, como el virus SARS-CoV-2, y mitigar así los riesgos asociados.

El 16 de abril de 2021, el Ayuntamiento de Tallin modificó las normas profesionales aplicables a los conductores de ambulancia de manera que la vacunación contra las enfermedades infecciosas peligrosas fuera obligatoria para el ejercicio de la profesión. Concedió a los demandantes un plazo para presentar la prueba de vacunación contra el virus SARS-CoV-2 o un certificado de contraindicación de esta vacuna, advirtiéndoles de que la no presentación de dicha prueba podría derivar en la resolución de sus contratos de trabajo.

Los demandantes en el litigio principal y el Ayuntamiento de Tallin interpusieron recurso de apelación contra dicha resolución de instancia ante el Tallinna Ringkonnakohus (Tribunal de Apelación de Tallin, Estonia), que, mediante resolución de 26 de mayo de 2023, declaró, al tiempo que anulaba parcialmente la resolución del Harju Maakohus (Tribunal de Primera Instancia de Harju) en lo que se refiere al importe de la indemnización, que el Ayuntamiento de Tallin no podía imponer unilateralmente una obligación de vacunación, subrayando, en particular, a este respecto que ni el artículo 13, apartado 2, de la TTOS ni el artículo 6, apartado 2, punto 7, del Reglamento sobre riesgos biológicos le conferían la facultad de imponer tal obligación.

El Ayuntamiento de Tallin interpuso recurso de casación contra esa resolución ante el Riigikohus (Tribunal Supremo, Estonia), que es el órgano jurisdiccional remitente. El Riigikohus (Tribunal Supremo) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una serie de cuestiones prejudiciales. Destacando, entre otras cuestiones, la siguiente: El órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los artículos 6, apartados 1 y 2, y 9, apartado 1, de la Directiva 89/391; el artículo 14, apartado 3, de la Directiva 2000/54, en relación con el anexo VII, puntos 1 y 2, de esta, y los artículos 3, apartado 1, y 31, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional en virtud de la cual un empresario puede obligar a los trabajadores con los que ha celebrado un contrato de trabajo a vacunarse si están expuestos a un riesgo biológico.

IV. Posición de las partes

-Hay que tener en cuenta que este procedimiento jurisdiccional tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional remitente (Tribunal Supremo de Estonia).

-Se toman en consideración los escritos obrantes en autos; las observaciones presentadas en nombre de A y otros, por las Sras. J. Reilik-Bakhoff y K. Sööt, vandeadvokaadid; en nombre del Gobierno estonio, por la Sra. M. Kriisa, en calidad de agente; en nombre de la Comisión Europea, por las Sras. E. Randvere, D. Recchia y F. van Schaik, en calidad de agentes; oída la Abogada General.

- Recuérdese que el Ayuntamiento de Tallin modificó las normas profesionales aplicables a los conductores de ambulancia de manera que la vacunación contra las enfermedades infecciosas peligrosas fuera obligatoria para el ejercicio de la profesión. Concedió a los demandantes un plazo para presentar la prueba de vacunación contra el virus SARS-CoV-2 o un certificado de contraindicación de esta vacuna, advirtiéndoles de que la no presentación de dicha prueba podría derivar en la resolución de sus contratos de trabajo. Como los demandantes en el litigio principal no aportaron esa prueba, el Ayuntamiento de Tallin procedió a la resolución extraordinaria de sus contratos de trabajo, al considerar que la especificidad de la profesión de conductor de ambulancia exige y justifica la vacunación de las personas que la ejercen y que, dado que ninguna otra medida es suficiente para proteger la salud de los pacientes, de los demás trabajadores y del propio trabajador, el trabajo de conductor de ambulancias solo puede ser realizado por personas vacunadas.

-Recuérdese, asimismo, que los trabajadores impugnaron el despido y adujeron que no pueden ser despedidos legítimamente ante su negativa a que se les administre sin su consentimiento expreso la vacuna Covid-19.

-El Tribunal Supremo de Estonia: presenta la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia ante las dudas sobre una posible incompatibilidad entre el Derecho estonio y lo establecido en el Derecho comunitario tal y como es interpretado por el TJUE.

V. Normativa aplicable al caso

1. Derecho de la Unión Europea

-Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (con rango igual a los Tratados de la Unión Europea, en virtud del artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea [“tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”]; TUE).

-Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, artículo 153.1,a) (antiguo artículo 137 TCE).

- Directiva 89/391/CE, de 12 de junio de 1989

- Directiva 2000/54/CE, de 18 de septiembre de 2000 (Séptima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CE).

2. Derecho estonio

-El artículo 13 de la töötervishoiu ja tööohutuse seadus (Ley de Salud y Seguridad en el Lugar de Trabajo), de 16 de junio de 1999 (RT I 1999, 60, 616), en su versión aplicable al litigio principal (en lo sucesivo, «TTOS»), con el epígrafe «Derechos y obligaciones del empresario».

- Adoptado sobre la base de la TTOS, el artículo 6 del Vabariigi Valitsuse määrus nr 144 Bioloogilistest ohuteguritest mõjutatud töökeskkonna töötervishoiu ja tööohutuse nõuded (Reglamento n.º 144 del Gobierno de Estonia sobre exigencias en materia de salud y seguridad en el lugar de trabajo en un entorno laboral expuesto a riesgos biológicos), de 5 de mayo de 2000 (RT I 2000, 38, 234), en su versión aplicable al litigio principal (en lo sucesivo, «Reglamento sobre riesgos biológicos»), titulado «Reducción de los riesgos para la salud», dispone en su apartado 2, punto 7.

VI. Doctrina básica

Los artículos 6, apartados 1 y 2, y 9, apartado 1, de la Directiva 89/391 y el artículo 14, apartado 3, de la Directiva 2000/54, en relación con el anexo VII, puntos 1 y 2, de esta, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional en virtud de la cual un empresario puede obligar a los trabajadores con los que ha celebrado un contrato de trabajo a vacunarse si están expuestos a un riesgo biológico. En consecuencia, la legislación de un Estado miembro de la Unión puede establecer que, en principio, que un empresario pueda imponer una obligación de vacunación en determinadas circunstancias en la que esté en juego intereses públicos, yendo más allá de la obligación de la simple puesta a disposición de las vacunas para sus propios trabajadores, acompañándola de la información pertinente.

VII. Parte dispositiva

El Tribunal de Justicia (Sala Décima) de la UE declara que “Los artículos 6, apartados 1 y 2, y 9, apartado 1, de la Directiva 89/391/CE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, y el artículo 14, apartado 3, de la Directiva 2000/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo (Séptima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CE), en su versión modificada por la Directiva (UE) 2020/739 de la Comisión, de 3 de junio de 2020, en

relación con el anexo VII, puntos 1 y 2, de la Directiva 2000/54, en su versión modificada, *deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional en virtud de la cual un empresario puede obligar a los trabajadores con los que ha celebrado un contrato de trabajo a vacunarse si están expuestos a un riesgo biológico*".

VIII. Pasajes decisivos

Si bien el artículo 14, apartado 3, de la Directiva 2000/54/CE, en relación con los puntos 1 y 2 de su anexo VII, impone a los empresarios la obligación, cuando exista una vacuna eficaz, de ofrecer tal vacuna a los trabajadores afectados y, correlativamente, confiere a estos el derecho a acceder a esa vacuna, dicha Directiva no establece si los empresarios pueden imponer, y en su caso en qué circunstancias, tal vacunación para proteger a los trabajadores afectados o a otras categorías de personas ni, correlativamente, si puede imponérseles a tales trabajadores, y en su caso en qué circunstancias, la obligación de someterse a esa vacunación o si, por el contrario, estos trabajadores pueden rechazarla.

Una obligación de vacunación como la controvertida en el litigio principal, que, según el órgano jurisdiccional remitente, se deriva del artículo 13, apartado 2, de la TTOS, no está comprendida en el ámbito de aplicación de las Directivas 89/391/CEE y 2000/54/CE. No estando comprendida supone que, en principio, no se contraponen al Derecho comunitario. De manera que los artículos 6, apartados 1 y 2, y 9, apartado 1, de la Directiva 89/391/CEE y el artículo 14, apartado 3, de la Directiva 2000/54/CE, en relación con el anexo VII, puntos 1 y 2, de esta, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa de un Estado miembro en virtud de la cual un empresario puede obligar a los trabajadores con los que ha celebrado un contrato de trabajo a vacunarse si están expuestos a un riesgo biológico.

IX. Comentario

Hay que tener en cuenta –como premisa necesaria- que el derecho a trabajar en condiciones de seguridad, salud y dignidad se garantiza en el artículo 31.1 de la CDFUE (en relación sistemática y finalista necesaria con el artículo 15 de este instrumento de valor normativo fundamental)^[4]. La garantía efectiva del Trabajo Decente o digno del hombre comienza por asegurar que las condiciones de trabajo respeten la seguridad y salud del trabajo, así como su dignidad (la cual remite al respecto los derechos fundamentales genéricos o inespecíficos y a los sociales o específicos de la persona que trabaja; ya que la "dignada" adquiere un valor reconstructivo y de fundamentación del conjunto de los derechos fundamentales). El Preámbulo de la CDFUE declara que la Unión Europea "sitúa a la persona en el centro de su actuación". Aparte del artículo 31.1 de la CDFUE, debe atenderse al artículo 3 del mismo texto de valor jurídico fundamental, el cual lleva por título "Derecho a la integridad de la persona", cuyo primer apartado, de proyección más general, establece que "Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica". En un plano más concreto, el derecho a la seguridad y salud laboral encuentra un reconocimiento directo en el Sistema de los Tratados de la Unión. Así artículo 153.1,a) (antiguo artículo 137 TCE) del TFUE, establece que para la consecución de los objetivos del artículo 151, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros entre otros ámbitos, *en lo relativo a la mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores*. Significativamente, es ésta una de las materias sociales respecto de las cuales se podrá adoptar en el marco de competencias de la Unión Europea disposiciones mínimas a través de Directivas europeas, las cuales podrán ser aprobadas mediante el procedimiento ordinario, sin exigencia, pues, de unanimidad decisional, lo que, indudablemente, facilita su aprobación efectiva. En efecto, según el artículo 153.2, el Parlamento y el Consejo podrán adoptar, en este ámbito (letras a) del apartado 1), mediante *directivas, las disposiciones mínimas* que habrán de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y reglamentaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros. Tales directivas evitarán establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y

medianas empresas. Por otra parte, el Parlamento Europeo y el Consejo decidirán, con arreglo al procedimiento legislativo *ordinario* y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones.

Por su parte, el artículo 156 TFUE, establece que la Comisión Europea fomentará la colaboración entre los Estados miembros y facilitará la coordinación de sus acciones en los ámbitos de la política social, y en particular en las materias relacionadas con “la higiene del trabajo” (*rectius*, salud laboral) (es criticable que se utilice una denominación tan anticuada y de alcance formalmente limitado con la de “higiene del trabajo”, que, por cierto, también utiliza nuestro artículo 40.2 de la Constitución Española: “los poderes públicos [...] velarán por la seguridad e higiene en el trabajo”) y la protección contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales. Respecto al ámbito más amplio y general de la “Salud Pública” (Título XIV. Salud Pública, del TFUE), se establece que “al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana. La acción de la Unión, que complementará las políticas nacionales, se encaminará a mejorar la salud pública, prevenir las enfermedades humanas y evitar las fuentes de peligro para la salud física y psíquica [...]” (artículo 168.1 TFUE). Por otra parte, y en este marco jurídico, se indica que “el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, *podrán adoptar también medidas de fomento destinadas a proteger y mejorar la salud humana y, en particular, a luchar contra las pandemias transfronterizas [...]*” (artículo 168.5 TFUE).

En todo caso, cabe decir que las cuestiones sociales y jurídicas relativas a la salud y seguridad en el trabajo han venido gozando de una importante centralidad en la intervención legislativa en el marco del Derecho de la Unión, y muy especialmente a partir de la Directiva 89/391/CE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, a la cual le siguieron un amplísimo conjunto de Directivas de carácter específico. Tanto en el Sistema de los Tratados (Derecho comunitario originario), como en la Directiva-Marco y en las Directivas específicas se parte de una concepción moderna y amplia de la salud y seguridad en el ambiente de trabajo, en la dirección de otorgar una protección preventiva integral a los trabajadores e incluso abriendo la posibilidad de una mayor colaboración e integración entre las regulaciones legislativas y actuaciones públicas y sindicales entre los conjunto normativos diferenciadas del “medio ambiente interno” (prevención de riesgos profesionales) y el “medio ambiente externo” (medio ambiente y calidad ambiental general).

Se ha de tomar en consideración que la materia relativa a la prevención de riesgos laborales es una materia “*comunitarizada*”, de manera que actúa no sólo el principio de primacía del Derecho comunitario en cualquier controversia jurídica al respecto, sino también, en relación a ello, interviene el principio de interpretación conforme a la normativa comunitaria reguladora de esta materia.

Las directivas comunitarias en materia de prevención conforman un sistema normativo integrado en materia de seguridad y salud laboral de *armonización* (no identificable con la simple coordinación) de las legislaciones nacionales de los Estados miembros, conformando un estándar mínimo común y, como tal, mejorable^[5].

Ahora bien, del análisis de la normativa comunitaria aplicable se desprende que, mediante las Directivas 89/391/CE y 2000/54/CE, el legislador de la Unión Europea no pretendió definir las condiciones en las que los Estados miembros están legitimados para establecer una obligación de vacunación, como la controvertida en el litigio principal.

Una obligación de vacunación como la controvertida en el litigio principal, que, según el órgano jurisdiccional remitente, se deriva del artículo 13, apartado 2, de la TTOS, no está comprendida en el ámbito de aplicación de las Directivas 89/391/CE y 2000/54/CE. Por lo tanto, esta obligación de vacunación no constituye una «aplicación» del Derecho de la Unión en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la

CDFUE^[6]. De ello se deduce que una disposición nacional, como el artículo 13, apartado 2, de la TTOS no está comprendida en el ámbito de aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, por lo tanto, no puede apreciarse a la luz de las disposiciones de esta última, en particular de sus artículos 3, apartado 1, o 31, apartado 1.

En consecuencia, procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas que los artículos 6, apartados 1 y 2, y 9, apartado 1, de la Directiva 89/391 y el artículo 14, apartado 3, de la Directiva 2000/54, en relación con el anexo VII, puntos 1 y 2, de esta, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional en virtud de la cual un empresario puede obligar a los trabajadores con los que ha celebrado un contrato de trabajo a vacunarse si están expuestos a un riesgo biológico.

Respecto a la Directiva 89/391/C (conocida Directiva-Marco, atendiendo a su función y finalidad)^[7] debe destacarse que, con arreglo a su artículo 1, apartados 1 y 2, esta Directiva, con vistas a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, incluye principios generales relativos, en particular, a la prevención de los riesgos profesionales y a la protección de la seguridad y de la salud. Los artículos 5, apartado 1, y 6 de la referida Directiva dispone que los empleadores están obligados a evaluar y a prevenir los riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores vinculados a su entorno laboral [Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 2021, Radiotelevizija Slovenija (Período de disponibilidad no presencial en un lugar remoto), C-344/19, EU:C:2021:182, apartado 62 y jurisprudencia citada]. Por su parte, el artículo 6, apartados 1 y 2, de la Directiva 89/391/CE establece que el empresario está obligado, en el marco de sus responsabilidades, a adoptar las medidas necesarias para la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, incluida la prevención de los riesgos profesionales, tal como se define en el artículo 3, letra d), de dicha Directiva, con arreglo a principios generales de prevención. Según el artículo 6, apartado 2, letras a), b) y g), de la referida Directiva, estos principios generales consisten, en particular, en evitar los riesgos, evaluar los riesgos que no se puedan evitar y planificar la prevención buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo. Conforme al artículo 9, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 89/391/CE, el empresario deberá proceder a una evaluación de los riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores y determinar las medidas de protección que deberán adoptarse para evitar o reducir esos riesgos.

Con ser esta obligación preventiva general importante y capaz de abarcar todos los factores riesgos en el trabajo, cabe señalar que, sin embargo, la Directiva 89/391/CE no contiene ninguna disposición relativa a la vacunación de los trabajadores, de modo que no puede extraerse ninguna conclusión de dicha Directiva en cuanto a la posibilidad de que los Estados miembros establezcan una obligación de vacunación.

Resultado matizadamente distinto se obtiene analizando la regulación de la Directiva 2000/54/CE, puesto que esta Directiva tiene por objeto, según su artículo 1, apartado 1, párrafo primero, la protección de los trabajadores contra los riesgos para su salud y su seguridad, así como la prevención de tales riesgos, a los que están o pudieran estar expuestos en su trabajo por el hecho de una *exposición a agentes biológicos*, los cuales, por una parte, se definen en el artículo 2, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva y, por otra, se clasifican de conformidad con el párrafo segundo de ese artículo 2. En virtud del Anexo III de la Directiva 2000/54/CE, el SARS-CoV-2 se incluye como agente biológico en el grupo de riesgo 3, en el sentido del artículo 2, párrafo segundo, punto 3, de la referida Directiva.

Conforme al artículo 14, apartados 1 y 3, de la Directiva 2000/54/CE, para garantizar la oportuna vigilancia sanitaria de los trabajadores para los que dicha evaluación revele un riesgo relativo a su seguridad o la salud, esta evaluación debería identificar a los trabajadores a los que pueda ser necesario aplicar las medidas especiales de protección. El apartado 3 del referido artículo 14 precisa a este respecto,

a tenor, respectivamente, de sus párrafos segundo y tercero, que, por una parte, «llegado el caso, deberían ponerse a disposición de los trabajadores que no estén todavía inmunizados contra el agente biológico al que estén o puedan estar expuestos vacunas eficaces» y, por otra parte, «cuando los empresarios ofrezcan las vacunas deberán tener en cuenta las recomendaciones prácticas contenidas en el anexo VII [de dicha Directiva]».

Los puntos 1 y 2 del referido anexo VII especifican que, cuando se demuestre la existencia de riesgo para la seguridad y la salud de los trabajadores por su exposición a agentes biológicos contra los que existan vacunas eficaces, su empresario debería «ofrecerles» la vacunación, y que esta vacunación debería realizarse «de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales», debiendo informarse a los trabajadores sobre las ventajas e inconvenientes «tanto de la vacunación como de la no vacunación».

Para al TJUE de todo ello se infiere que, si bien el artículo 14, apartado 3, de la Directiva 2000/54/CE, en relación con los puntos 1 y 2 de su anexo VII, impone a los empresarios la obligación, cuando exista una vacuna eficaz, de ofrecer tal vacuna a los trabajadores afectados y, correlativamente, confiere a estos el derecho a acceder a esa vacuna, dicha Directiva *no establece si los empresarios pueden imponer*, y en su caso en qué circunstancias, tal vacunación para proteger a los trabajadores afectados o a otras categorías de personas ni, correlativamente, si puede imponérseles a tales trabajadores, y en su caso en qué circunstancias, la obligación de someterse a esa vacunación o si, por el contrario, estos trabajadores pueden rechazarla.

En definitiva, resulta obvio que mediante las Directivas 89/391/CE y 2000/54/CE, el legislador de la Unión Europea *no pretendió definir las condiciones en las que los Estados miembros están legitimados para establecer, con amparo legal, una obligación de vacunación*.

Pero es inherente a la posición de las Directivas en el sistema de fuentes de la Unión su carácter de normas mínimas. Efectivamente, de acuerdo con el artículo 153 TFUE, apartado 2, letra b), tanto la Directiva 89/391/, tal como se desprende del primer considerando de esta, como la Directiva 2000/54/CE, tal como dispone su artículo 1, apartado 1, párrafo segundo, establecen únicamente «*disposiciones mínimas*» en lo que se refiere a la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores. De este modo, una obligación de vacunación, en la medida en que se añade a la obligación que incumbe al empresario de ofrecer la vacunación, no puede, como tal, afectar o limitar la protección mínima garantizada por el artículo 14, apartado 3, de la Directiva 2000/54, en relación con los puntos 1 y 2 de su anexo VII, ni menoscabar otras disposiciones de dicha Directiva o la coherencia y los objetivos de esta última (véase, por analogía, la sentencia de 19 de noviembre de 2019, TSN y AKT, C-609/17 y C-610/17, EU:C:2019:981, apartado 51).

En la pretensión planteada se suscitaba la existencia de un conflicto jurídico entre la obligación de vacunación y el derecho a la integridad, salud y dignidad del trabajador. Al respecto, el Alto Tribunal comunitario observa, con contundencia, que los artículos 3, apartado 1^[8], y 31, apartado 1^[9], de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, relativos, respectivamente, al derecho a la integridad física y psíquica de la persona y al derecho de todo trabajador a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad, pero que procede recordar que el ámbito de aplicación de la CDFUE se define en su artículo 51, apartado 1^[10], a tenor del cual sus disposiciones se dirigen a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión.

En relación a ello, debe precisarse que el concepto de «aplicación del Derecho de la Unión», en el sentido de esta disposición, presupone la existencia de un vínculo de conexión entre un acto del Derecho de la Unión y la medida nacional en cuestión de un grado superior a la proximidad de las materias consideradas o a las incidencias

indirectas de una de ellas en la otra^[11]. Es así que, con arreglo a reiterada jurisprudencia del Alto Tribunal, que los derechos fundamentales garantizados en el ordenamiento jurídico de la Unión deben ser aplicados en todas las situaciones reguladas por el Derecho de la Unión, pero no fuera de ellas^[12]. Interpretación, ésta, que incorpora una afirmación ciertamente restrictiva y harto discutible, porque el TJUE está haciendo aquí referencia en su argumentación a “los derechos fundamentales garantizados en el ordenamiento jurídico de la Unión” en su conjunto e incluyendo – pues no hace ninguna distinción al respecto– a los derechos fundamentales expresamente consagrados y garantizados en el propio Sistema de los Tratados fundamentales (*sic.*). De ello resulta que la normativa nacional aprobada por un Estado miembro respecto a esa situación no está comprendida en el ámbito de aplicación de la Carta de la Unión y, por lo tanto, no puede apreciarse a la luz de las disposiciones de esta última^[13].

Con todo, señala el Tribunal de Justicia, una obligación de vacunación como la controvertida en el litigio principal, que, según el órgano jurisdiccional remitente, se deriva del artículo 13, apartado 2, de la TTOS, *no está comprendida en el ámbito de aplicación de las Directivas 89/391/CE y 2000/54/CE*. Por lo tanto, *esta obligación de vacunación no constituye una «aplicación» del Derecho de la Unión* en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta de la Unión^[14].

Esta conclusión, procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas que los artículos 6, apartados 1 y 2, y 9, apartado 1, de la Directiva 89/391 y el artículo 14, apartado 3, de la Directiva 2000/54, en relación con el anexo VII, puntos 1 y 2, de esta, deben interpretarse en el sentido de que *no se oponen a una normativa nacional en virtud de la cual un empresario puede obligar a los trabajadores con los que ha celebrado un contrato de trabajo a vacunarse si están expuestos a un riesgo biológico*.

Ni el carácter mínimo de las Directas comunitarias lo excluye, ni tampoco se opone a su compatibilidad con el Derecho de la Unión, el cual no entra a regular lo relativo a la problemática suscitada en el caso de autos de una “obligación de vacunación” para hacer frente a riesgos biológicos^[15]. Así, las Directivas comunitarias concernidas (aplicables) “no se oponen a una normativa nacional en virtud de la cual un empresario puede obligar a los trabajadores con los que ha celebrado un contrato de trabajo a vacunarse si están expuestos a un riesgo biológico”.

En España este debate sobre la posibilidad de una “vacunación obligatoria” por decisión unilateral se planteó en el plano doctrinal, pero sin que existiera un soporte legal inequívoco para autorizar o habilitar al empleador (público y privado) para que pudiera imponer unilateralmente al trabajador una obligación de vacunarse -bajo amenaza de sanción laboral- ante la inminencia o presencia ya actualizada de un riesgo biológico. En este sentido resulta relevante la posición mantenida por nuestro Tribunal Constitucional (en adelante, TC). La STC Pleno 38/2023, de 20 de abril de 2023^[16], entra en esta controversia jurídica, aunque en un supuesto ciertamente singular. En el supuesto de hecho se ventila la problemática de la obligatoriedad de administrar vacuna contra el Covid-19, sin consentimiento de la persona trabajadora. Se aducía como motivo la “inseguridad civil y jurídica de tales vacunas”. En el Certificado Médico se indicaba que la trabajadora es «una paciente con un riesgo muy elevado de sufrir un efecto adverso a la vacuna contra el Covid-19, que pudiera repercutir contra su salud y vida, y por tal motivo la desaconsejo definitivamente». Se trata de una persona discapacitada. Se reconoce que no existe, en la legislación vigente, una obligación legal de vacunarse. Consta, sin embargo, que la persona afectada en este caso «tiene 85 años de edad», reside «en un centro de mayores» y tiene su capacidad de obrar «modificada judicialmente por sentencia de 24 de enero de 2017 dictada por este juzgado». Pone de manifiesto, asimismo, que «atendiendo al informe del médico forense que obra en autos sufre de Alzheimer de varios años de evolución por lo que no puede dar un consentimiento válido, ni entender lo que es más beneficioso para su salud». Su hijo, que actúa como su tutor legal, es el que muestra su rechazo a que se le administre la vacuna. El órgano judicial estima que los argumentos ofrecidos por el tutor son «comprensibles y legítimos» pero considera que

«deben decaer frente al carácter seguro de la vacuna Covid-19, que cuenta con la aprobación de la Agencia Europea del Medicamento, siendo en todo caso mayor y más grave el riesgo de contraer la infección por coronavirus que la de padecer algún efecto secundario grave». Cita, como fundamento de esta conclusión, la pericial de la médico forense, que considera que la vacuna propuesta «no se halla contraindicada con el estado de salud» de doña F.R.S. y estima que las patologías que esta padece «son compatibles con la vacunación», conclusiones estas compartidas por la médico del centro, que también prestó declaración en el acto de la vista. Concluye la magistrada que «el criterio de mayor protección o mayor beneficio para la salud que consagra el art. 9.6 de la Ley de autonomía del paciente 41/2002 se resuelve en este conflicto de intereses en la administración de la vacuna [a doña F.R.S.] puesto que supone para ella un beneficio incontestable frente a los riesgos que conlleva su no administración». Sin negar «la existencia de un riesgo ante el consumo de cualquier medicamento, incluidas las vacunas», estima la juzgadora que «tal riesgo es inferior» al que acarrea la «no vacunación, que implicaría una pérdida de oportunidad para la protección de salud de la persona interesada, y en caso de desarrollar enfermedad grave por Covid-19, una situación de riesgo efectivo». La vacunación es así, para la magistrada, «la única alternativa eficaz para la adecuada protección de su vida frente al riesgo real de desarrollar una enfermedad grave por Covid-19». A las razones estrictamente médicas que apoyan esta decisión se añade, finalmente, en la resolución la valoración de los efectos perjudiciales que la falta de vacunación tiene en el régimen de vida de doña F.R.S. Según se señala, al estar todos sus compañeros de residencia vacunados «salvo ella», doña F.R.S. se ve «en un estado de semi aislamiento impuesto por las normas de distanciamiento social, lo que unido a una enfermedad degenerativa que le impide comprender su situación le está generando un perjuicio no solo a su salud física (mayor riesgo de contagio ante el virus y en su caso de efectos más adversos) sino también a su salud mental, pues ha perdido la cercanía de los que le rodean y en consecuencia se ve privada de gestos de afecto». El órgano judicial estima, por todo ello, la solicitud del Ministerio Fiscal y autoriza, en consecuencia, la administración de la vacuna «por personal sanitario especializado y bajo las precauciones especiales de empleo».

En fecha 24 de enero de 2022, se interpuso por la representación procesal del demandante de amparo recurso de apelación contra el auto de 26 de noviembre de 2021, reiterando los argumentos expresados en el escrito de oposición. A dicho recurso se opusieron tanto la defensora judicial de doña F.R.S., en escrito registrado el 4 de febrero de 2022, como el Ministerio Fiscal, mediante escrito registrado el 11 de febrero de 2022. En fecha 1 de abril de 2022, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria dictó auto desestimando el recurso de apelación interpuesto y confirmando íntegramente la resolución del juzgado. Por todo ello, la Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación y confirma íntegramente el auto dictado por el juzgado. En la demanda de amparo, el recurrente invoca para justificar su legitimación, su condición de «hijo y tutor de la titular de los derechos fundamentales vulnerados». Se considera, en tal calidad, «en posesión de un interés legítimo susceptible de amparo constitucional».

Para nuestro Tribunal Constitucional (fjº.4) la vulneración denunciada por el recurrente de amparo, relativa a la administración no consentida de un tratamiento sanitario, se inserta en el ámbito general de protección otorgado por el derecho a la integridad personal reconocido en el artículo 15 CE. En el presente fundamento se expondrá: A) la doctrina general de este tribunal sobre dicho derecho fundamental, con énfasis en la centralidad del consentimiento en el ámbito sanitario, y B) la plena inserción de la vacunación, como hipótesis particular de acto médico o sanitario, en dicha doctrina general. Señala, en todo un desarrollo argumental mucho más amplio que resulta de interés a propósito del análisis que se viene haciendo en este comentario de la STJUE de 12 de junio de 2025. Así, argumenta nuestro Tribunal Constitucional:

a) El derecho a la integridad personal del artículo 15 CE tiene, tal y como se ha destacado en la STC 19/2023, de 22 de marzo [FJ 6 C) d)], un significado primordial

como derecho general de autodeterminación individual que protege la esencia de la persona como sujeto con capacidad de decisión libre y voluntaria, resultando vulnerado cuando se mediatiza o instrumentaliza al individuo, olvidando que toda persona es un fin en sí mismo (SSTC 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 13, y 34/2008, de 25 de febrero, FJ 5).

b) Desde un primer momento, el TC ha reconocido que el derecho fundamental a la integridad personal, en su concreta dimensión de derecho a la integridad física (artículo 15 CE), tiene una primera vertiente protectora como derecho de la persona a su «incolumidad corporal» (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2). Desde esta dimensión inicial, el artículo 15 CE «protege la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular» (por todas, SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8, y 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2).

Ya en esa primera fase de su doctrina, este tribunal consideró que el derecho a la integridad física quedaba directamente concernido cuando el acto coactivo del poder público implicaba «una lesión o menoscabo del cuerpo» aunque esa lesión o menoscabo tuviera un carácter meramente potencial, pues «el riesgo o daño para la salud supone un plus de afectación, mas no es una condición *sine qua non* para entender que existe una intromisión en el derecho fundamental a la integridad física» (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FFJJ 2 y 3).

Posteriormente, el TC ha destacado que el derecho a la integridad personal, en la referida vertiente de integridad física, tiene «también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a su plena efectividad, razón por la que se hace imprescindible asegurar su protección no solo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5). De ahí que para poder apreciar la aducida vulneración del artículo 15 CE no es preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, sino que a efectos de que el derecho invocado se estime lesionado basta con que exista un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse» (en este sentido, entre otras, SSTC 221/2002, de 25 noviembre, FJ 4; 220/2005, de 12 de septiembre, FJ 4; 62/2007, de 27 de marzo, FJ 3, y 160/2007, de 2 de julio, FJ 2). La dimensión positiva de la integridad personal refuerza la centralidad del consentimiento en la interpretación del derecho fundamental reconocido en el artículo 15 CE, como manifestación del libre desarrollo de la personalidad que faculta, específicamente, a la autodeterminación de la persona sobre el propio cuerpo, lo que ha tenido una especial incidencia, en la doctrina del TC, en el ámbito sanitario. Efectivamente, en el concreto ámbito sanitario, el TC ha afirmado que el derecho fundamental a la integridad personal «conlleva una facultad negativa, que implica la imposición de un deber de abstención de actuaciones médicas salvo que se encuentren constitucionalmente justificadas, y, asimismo, una facultad de oposición a la asistencia médica, en ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida (STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9)».

En la propia STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 5, se indica, en particular, que «el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad que este supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad. Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas. Esta es precisamente la manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por una intervención médica: la de decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo, posibilidad que ha sido admitida por el [Tribunal Europeo de Derechos Humanos], aun cuando pudiera conducir a un resultado fatal

(STEDH de 29 de abril de 2002, caso *Pretty c. Reino Unido*, § 63), y también por este tribunal (STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9)».

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha considerado que la vacunación obligatoria, en cuanto «intervención médica involuntaria» supone una interferencia en el derecho a la vida privada reconocido en el artículo 8 CEDH (STEDH de 15 de marzo de 2012, asunto *Solomakhin c. Ucrania*, § 33), y ello en cuanto la vacunación afecta a la «integridad física de una persona» (decisiones de 15 de enero de 1998, asunto *Boffa y otros c. San Marino*, y de 12 de marzo de 2013, asunto *Baytüre y otros c. Turquía*, y sentencia de la Gran Sala de 24 de enero de 2017, asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*, § 159). Más adelante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha ratificado esta doctrina en su sentencia –de la Gran Sala– de 8 de abril de 2021, asunto *Vavřicka y otros c. la República Checa*, en la que ha vuelto a señalar que la imposición obligatoria de una vacuna es una cuestión con incidencia directa en la «integridad física» y, con ello, en el derecho a la «vida privada» (§ 258-264).

De ahí que, como injerencia en el derecho fundamental a la integridad personal, la constitucionalidad de la administración no consentida de una vacuna queda supeditada al cumplimiento de los diversos requisitos que, de acuerdo con nuestra doctrina, rigen la restricción de los derechos fundamentales sustantivos, en particular la existencia de una habilitación legal precisa, con la debida calidad normativa en la definición del supuesto de hecho y de sus consecuencias, y el respeto al principio de proporcionalidad [por todas, como exigencia general para los derechos fundamentales sustantivos, STC 217/2015, de 22 de octubre, FJ 2; en particular para el derecho a la integridad física, entre otras, SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8; 7/1994, de 17 de enero, FJ 3 B), y 35/1996, de 11 de marzo, FJ 2]. Este canon de enjuiciamiento constitucional se corresponde, asimismo, con el utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que entiende que la conformidad con el convenio de la obligación de vacunarse depende de la existencia de habilitación legal, de la concurrencia de una finalidad legítima y de la necesidad de la injerencia en el concreto contexto que se afronta (asunto *Vavřicka y otros c. la República Checa*).

Con estas premisas interesa atender a una posible “norma habilitante de la injerencia” y, una vez hallada, hacer entrar en juego los criterios de ponderación pertinentes atendiendo las circunstancias del caso:

a). Ha de señalarse que el tratamiento jurídico de la vacunación es más complejo de lo que sugiere la disyuntiva planteada por el recurrente entre un régimen legal de «obligatoriedad» y otro de «voluntariedad», pues existen sistemas legales intermedios, como la recomendación por la autoridad pública de ciertas vacunas consideradas esenciales, que se incorporan a un calendario oficial y sobre las que se desarrolla la consiguiente actividad prestacional (sistema este al que se incorporan, en la actualidad, las llamadas técnicas de *nudging* o acicate), o la conversión de la vacunación en condición necesaria para obtener una prestación o servicio o para desarrollar una determinada actividad (modalidad que puede llegar a ser contemplada como un sistema de «obligatoriedad indirecta»). Un mismo ordenamiento legal puede contemplar vacunas puramente voluntarias, otras recomendadas, así como concretas cláusulas formales de obligatoriedad, que, de hecho, existieron en su momento en nuestro país.

La vacunación, en cualquier caso, *trata de satisfacer un doble interés y tiene, en ese sentido, un «carácter bifronte»*. De un lado, se trata de atender el interés estrictamente individual de la persona afectada, que puede estar interesada en no contraer una determinada enfermedad pero que también puede albergar una lógica preocupación por los efectos secundarios adversos asociados a la vacuna en cuestión, debiendo resolver esta disyuntiva en su fuero interno, en el ejercicio de su derecho a la integridad personal (artículo 15 CE). De otro lado, existen múltiples intereses públicos relacionados con la vacunación. Son indudables, por ejemplo, las repercusiones que un seguimiento masivo de las campañas de vacunación tiene en la viabilidad y la eficiencia del sistema sanitario mismo, a los efectos de limitar el número de usuarios de servicios asistenciales, o en la productividad económica, fundamentalmente con la

limitación de las bajas laborales. Pero el interés colectivo prevalente a la hora de favorecer una vacunación masiva es, sin duda, su eficacia como herramienta preventiva en un contexto epidémico grave, pues una política efectiva de inmunización colectiva puede conducir, y así ha ocurrido históricamente, a la erradicación de las enfermedades infectocontagiosas a través de la llamada «inmunidad de grupo». No hay que olvidar que este aspecto de la política sanitaria tiene indudable raigambre constitucional, pues el artículo 43.2 CE exige a los poderes públicos «tutelar la salud pública a través de medidas preventivas».

El «derecho a la salud» contemplado en el citado precepto (cfr. artículos 35 de la CDFUE y artículo 11 de la Carta Social Europea^[17]) tiene una innegable dimensión colectiva, orientada a la protección de intereses generales, lo que hace constitucionalmente legítimo el desarrollo de políticas públicas de favorecimiento de la vacunación. En el concreto contexto de pandemia de Covid-19 ha sido esa finalidad pública preventiva la que ha suscitado un debate sobre la constitucionalidad de una eventual «cláusula de obligatoriedad», bien dirigida a la población en general, bien a determinados sectores de población o colectivos profesionales. No obstante, asiste la razón al recurrente cuando señala que ese debate no ha dado lugar a la incorporación a nuestro ordenamiento de una «cláusula de obligatoriedad», tal y como quedó plasmado en la llamada «Estrategia de vacunación Covid-19 en España», en particular en el documento denominado de «Líneas Maestras», en el que se afirma que la referida estrategia de vacunación «nace con la firme convicción de que se pueden lograr mejores resultados de aceptabilidad si la vacuna es voluntaria».

b). Sin embargo, realza el TC, la hipótesis que se plantea en este recurso de amparo no es la de una vacunación practicada en virtud (o en defecto) de una «cláusula de obligatoriedad». En el caso que nos ocupa, la ley habilitante de la injerencia es la Ley de autonomía del paciente, norma esta que no impone la vacunación como consecuencia necesaria y automática, al margen de la voluntad del sujeto afectado. Al contrario, en coherencia con la finalidad protectora de la capacidad decisoria del paciente que caracteriza a dicho instrumento legal, los artículos 8 y 9 de la Ley 41/2002 parten de la centralidad del consentimiento informado y tratan de afrontar la eventualidad de un contexto particular de imposible prestación de dicho consentimiento. De este modo, el artículo 8 de la citada ley dispone, como regla general, que « [t]oda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso», exigencia esta de consentimiento informado que es, obviamente, aplicable a los supuestos de vacunación. El artículo 9.3 de la Ley 41/2002 prevé, a su vez, la prestación de consentimiento por representación, entre otros casos, para la situación en la que «el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia» [letra b)], que es el supuesto que ahora se suscita. Para esta hipótesis legal de consentimiento por representación, el artículo 9.6 de la ley dispone lo siguiente: «En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse *atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente*. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad». Del texto transcrito se desprende que estamos ante una medida de carácter estrictamente tuitivo, que puede ser adoptada por la autoridad judicial con una sola finalidad legítima: la protección de la persona que se encuentra impedida o imposibilitada para prestar consentimiento en un contexto de riesgo para su salud.

-Enjuiciamiento de la posible lesión del derecho a la integridad personal debe atender a los parámetros que proporciona la propia norma habilitante de la injerencia,

que ha de situarse en el contexto general del sistema normativo de protección de las personas con discapacidad previsto en el ordenamiento jurídico español, fundado inequívocamente en los postulados de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006^[18].

-Con estas consideraciones el TC procede al enjuiciamiento del caso, subrayando que conforme a lo expuesto en los fundamentos precedentes, debe descartarse que en el presente supuesto se haya producido una vulneración del derecho fundamental a la integridad personal de doña F.R.S. a) En primer lugar, la resolución judicial se funda en un informe forense según el cual doña F.R.S. «sufre de Alzheimer de varios años de evolución por lo que no puede dar un consentimiento válido, ni entender lo que es más beneficioso para su salud». b) Se observa, asimismo, que la negativa a la administración de la vacuna manifestada por el tutor legal en su escrito de 27 de diciembre de 2020 fue completamente genérica, hecho relevante a los efectos de la revisión judicial prevista en el artículo 9.6 de la Ley 41/2002, ya que, en ausencia de mayor fundamentación, la decisión adoptada por el tutor podía oponerse a los intereses de la persona con discapacidad. La negativa del tutor obedeció a una posición personal contraria a la vacunación en general, decisión que no admitía, por otra parte, modulación o reserva alguna en función de la información que el personal médico del CSS Ingenio o la propia administración sanitaria pudiera ofrecer para despejar inquietudes, dudas o incertidumbres del tutor en relación con los efectos que la concreta vacuna podía tener en la salud de la persona con discapacidad. La misión de la persona llamada a prestar apoyo no es la de sustituir las convicciones de la persona con discapacidad por las suyas propias sino velar por el respeto a la «voluntad, deseos y preferencias de aquella». Más allá de esa actuación vicarial, como portavoz de los deseos de la persona afectada, la capacidad decisoria de quien presta apoyo queda circunscrita a la búsqueda de la realización del interés de la persona afectada, lo que ha de responder a criterios objetivos que son plenamente fiscalizables por la autoridad judicial. En tercer lugar, es claro que la decisión adoptada por la autoridad judicial, favorable a la vacunación de doña F.R.S., no desbordó los límites de cobertura del precepto habilitante (artículo 9.6 de la Ley 41/2002). De este modo, la finalidad legítima tuitiva que caracteriza la norma de cobertura (que lo es de fundamentación jurídica) es plenamente respetada. Por último, los criterios de ponderación utilizados en las resoluciones judiciales responden inequívocamente a la finalidad legítima expuesta, en cuanto persiguen proteger, del mejor modo posible, los intereses preferentes de la persona vulnerable. El TC estima que puede concluirse, por todo ello, que las resoluciones judiciales impugnadas se atuvieron a los límites de habilitación legalmente previstos y *realizaron una ponderación adecuada* del interés de la persona vulnerable y proporcionada a sus necesidades de acuerdo con las circunstancias concurrentes, por lo que no lesionaron el derecho fundamental de doña F.R.S. a la integridad personal (artículo 15 CE).

El traer a colación esta importante STC 38/2023, de 20 de abril de 2023, resulta pertinente para dar constancia de la complejidad de la problemática de la “obligación de vacunación”; y también sobre los distintos “modelos jurídicos” posibles o existentes de solución de esta problemática, como puede apreciarse en un estudio de Derecho comparado. En el caso de nuestro país el TC ofrece criterios argumentativos sólidos, que más allá de las diferencias de los “casos difíciles” (como son, casi siempre, este tipo de casos), se puede decir que pueden ser sustancialmente convergentes y siguen un análogo hilo conductor discursivo en relación con varios ámbitos de problemas y desarrollos argumentativos contenidos en la STJUE de 12 de junio de 2025, C-219/24, objeto de este comentario.

X. Apunte final

La legislación de cualquier Estado miembro de la Unión puede establecer, en principio y sin entrar aquí en detalles, que un empleador (público o privado) pueda imponer una obligación de vacunación en determinadas circunstancias (que, como la experiencia jurídica ha demostrado precisamente con la pandemia Covid-19^[19], puede

tratarse de una *legislación de excepción*, con afectación al ejercicio efectivo de una serie de derechos y libertades fundamentales^[20], en la que esté en juego prevalentes intereses públicos, yendo más allá de la obligación de la simple puesta a disposición de las vacunas para sus propios trabajadores, y acompañándola de la información pertinente. Esta legislación nacional basada en los principios de prevención y precaución podría ser impuesta, en hipótesis, con carácter general, o bien para determinados colectivos (v.gr., personal sanitario y trabajadores vinculados a los servicios sanitarios, por ejemplo, conductores de ambulancias, personal de cuidados o de limpieza en institucionales sanitarias; personas vulnerables en salud y capacidades, etcétera).

En nuestro país (que queda concernido por la doctrina establecida por la STJUE de 12 de junio de 2025, objeto de comentario, aunque, por supuesto, en el caso de autos no esté directamente implicado el Estado español como parte en el procedimiento jurisdiccional comunitario), la STC 38/2023, de 20 de abril de 2023, deja constancia de la vigencia de un “*modelo jurídico*”, identificado, por simplificar, bajo la égida de dos premisas fundamentales: la exigencia del consentimiento en la administración de la vacuna como regla general, por un lado, y, por otro, la posibilidad en casos excepcionales de que la obligación de vacunación pueda ser administrada sin consentimiento de la persona afectada (v.gr., pandemias vinculadas a riesgos biológicos, donde juega el interés público como prevaleciente a los intereses particularistas en presencia; utilizando, en todo caso, el correspondiente criterio de ponderación en orden a su implantación y a la apreciación y valoración de la situación objetiva de riesgo) o de carácter especial (señaladamente, atendiendo la singular situación de “vulnerabilidad” del sujeto afectado, cuyo interés se hace prevalecer; atendiendo, asimismo, a la ponderación de los intereses en juego y a la apreciación y valoración de la situación objetiva de riesgo y posible incidencia en la salud de la vacuna).

En España la vacunación frente al nuevo coronavirus COVID-19 no es obligatoria^[21]. La legislación de excepción no estableció dicha obligatoriedad en este caso de Pandemia. Tampoco se ha establecido posteriormente de manera generalizada. En nuestra legislación se consagra el principio de autonomía del paciente que rige en la práctica sanitaria. En la ordenación general sanitaria, el artículo 2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, establece que “2. Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley. 3. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles. 4. Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito. 4. Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito”^[22].

Es manifiesto que las empresas no pueden obligar a sus trabajadores a vacunarse; ni, como es obvio, tampoco la negativa a no vacunarse puede ser causa de despido disciplinario o de sanciones laborales de cualquier otra índole jurídica (artículos 54 y 58 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores). El artículo 8 del Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, concreta al respecto que: “3. Cuando exista riesgo por exposición a agentes biológicos para los que haya vacunas eficaces, éstas deberán ponerse a disposición de los trabajadores, informándoles de las ventajas e inconvenientes de la vacunación. Cuando los empresarios ofrezcan las vacunas deberán tener en cuenta las recomendaciones prácticas contenidas en el anexo VI de este Real Decreto. Lo dispuesto en el párrafo anterior será también de aplicación en relación con otras

medidas de preexposición eficaz que permitan realizar una adecuada prevención primaria. El ofrecimiento al trabajador de la medida correspondiente, y su aceptación de la misma, deberán constar por escrito"^[23]. Todo ello sin perjuicio de constatar que la lógica que impera en los sistemas de salud de la Unión Europea es la de promover e impulsar las vacunas científicamente probadas (basadas en la evidencia científica)^[24].

Referencias:

1. ^ ARENDT, H.: *La condición humana* (1958), trad. R. Gil Novales, Introducción de M. Cruz, Barcelona, Paidós Ibérica, 1993, p. 23.
2. ^ *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (2016/C 202/02). Versión consolidada.
3. ^ BECK, U.: *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós, 1998, especialmente, *Primera Parte* ("Sobre el volcán civilizatorio: Los contornos de la sociedad del riesgo"), pp. 25 y ss.; *Ibid.*, *La sociedad del riesgo global*, Madrid, Siglo XXI de España editores, 2002, especialmente, *Capítulo 2*, pp. 29 y ss., *Capítulo 3*, pp. 75 y ss., y *Capítulo 5*, pp. 143 y ss.; ZUBOFF, S.: *La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder*, Barcelona, Paidós, 2020, especialmente, pp. 179 y ss., y 471 y ss.
4. ^ MONEREO PÉREZ, J.L.: "Libertad profesional y derecho a trabajar (artículo 15 de la CDFUE)", en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L.: (Dirs. y Coords.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pp. 331 y ss.
5. ^ MONEREO PÉREZ, J.L.: "Condiciones de trabajo justas y equitativas" (artículo 31.1 de la Carta)", en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L.: (Dirs. y Coords.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pp. 739 y ss.
6. ^ Véase, en este sentido, la sentencia de 13 de julio de 2023, Azienda Ospedale-Università di Padova, C-765/21, EU:C:2023:566, apartado 44.
7. ^ MONEREO PÉREZ, J.L., y MORENO VIDA, M.N.: "Directiva marco 89/391/CE como eje del derecho social comunitario de la prevención de riesgos laborales", y CAVAS MARTÍNEZ, F.: "Las Directivas específicas sobre seguridad y salud en el trabajo", en CASAS BAAMONDE, M.E., Y GIL ALBURQUERQUE, R. (Dirs.): *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, 2ª edición, revisada y puesta al día, GARCÍA-PERROTE, I., GÓMEZ GARCÍA-BERNAL, A., Y SEMPERE NAVARRO, A.V. (Coords.), Madrid, Francis Lefebvre, 2019, pp. 875 y ss., y 911 y ss.
8. ^ Véase BARRANCO AVILÉS, M.DEL C.: "Derecho a la integridad de la persona" (artículo 3 de la Carta)", en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L.: (Dirs. y Coords.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pp. 45 y ss.
9. ^ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: "Condiciones de trabajo justas y equitativas" (artículo 31.1 de la Carta)", en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L.: (Dirs. y Coords.): *La Europa de los Derechos*.

Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Granada, Comares, 2012, pp. 739 y ss.

10. [^] Sobre el sentido técnico-jurídico y alcance de esta disposición, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Ámbito de aplicación de la Carta” (artículo 51 de la Carta)” en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L.: (Dir. y Coords.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pp. 1301 y ss.
11. [^] Sentencias de 10 de julio de 2014, Julián Hernández y otros, C-198/13, EU: C:2014:2055, apartado 34, y de 3 de abril de 2025, *Swiftair*, C-701/23, EU:C:2025:237, apartado 29).
12. [^] Sentencias de 26 de febrero de 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, apartado 19, y de 13 de junio de 2024, *Monmorieux*, C-380/23, EU:C:2024:500, apartado 29). En coherencia, el Tribunal de Justicia ha declarado, en particular, la inaplicabilidad de los derechos fundamentales de la Unión en relación con una normativa nacional cuando las disposiciones del Derecho de la Unión en la materia considerada no imponen a los Estados miembros ninguna obligación específica respecto a una situación determinada [sentencias de 10 de julio de 2014, Julián Hernández y otros, C-198/13, EU:C:2014:2055, apartado 35, y de 28 de noviembre de 2024, *PT* (Acuerdo entre el fiscal y el autor de una infracción), C-432/22, EU:C:2024:987, apartado 36].
13. [^] Véase, en este sentido, la sentencia de 20 de octubre de 2022, *Curtea de Apel Alba Iulia y otros*, C-301/21, EU:C:2022:811, apartado 75 y jurisprudencia citada.
14. [^] Véase, en este sentido, la sentencia de 13 de julio de 2023, *Azienda Ospedale-Università di Padova*, C-765/21, EU:C:2023:566, apartado 44.
15. [^] El artículo 2 de la Directiva 2000/54, cuyo epígrafe es «Definiciones», establece que: «A efectos de la presente Directiva se entenderá por: a) “agentes biológicos”: los microorganismos, con inclusión de los genéticamente modificados, cultivos celulares y endoparásitos humanos, susceptibles de originar cualquier tipo de infección, alergia o toxicidad; [...] Los agentes biológicos se clasifican en cuatro grupos de riesgo, según su diferente índice de riesgo de infección: [...] 3) agente biológico del grupo 3: un agente patógeno que pueda causar una enfermedad grave en el hombre y presente un serio peligro para los trabajadores; existe el riesgo de que se propague en la colectividad, pero existen generalmente una profilaxis o un tratamiento eficaces; [...]». 13 El artículo 3 de dicha Directiva, titulado «Ámbito de aplicación. Identificación y evaluación de los riesgos», dispone que: «1. La presente Directiva se aplicará a las actividades en las que los trabajadores estén o puedan estar expuestos a agentes biológicos debido a la naturaleza de su actividad profesional. 2. En toda actividad que pueda suponer un riesgo de exposición a agentes biológicos, se determinará la índole, el grado y la duración de la exposición de los trabajadores, para poder evaluar los riesgos que corren la seguridad o la salud de los trabajadores y poder determinar las medidas que proceda adoptar. [...]».
16. [^] Recurso de amparo 3214-2022. Promovido por don A.N.R. respecto de los autos dictados por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria y un juzgado de primera instancia de Telde que acordaron la administración de la vacuna frente a la Covid-19. Supuesta vulneración de los derechos a la integridad física, igualdad y no discriminación e intimidad personal en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva: resoluciones judiciales que realizaron una ponderación adecuada de los

intereses de una persona vulnerable y proporcionada a sus necesidades atendiendo a las circunstancias concurrentes). BOE, Núm. 121 Lunes 22 de mayo de 2023.

17. ^ MONEREO PÉREZ, J.L.: "Derecho a la protección de la salud (artículo 35)", en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L.: (Dir. y Coords.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pp. 939 y ss.; *Ibid.*, "Derecho a la protección de la salud (artículo 11 de la Carta Social Europea)", en MONEREO ATIENZA, C. Y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir. y Coords.): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017, pp. 597 y ss.; *Ibid.*, "La garantía del derecho a la salud y la asistencia sanitaria en la normativa internacional general y comunitaria", en *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 3 (2019), pp. 255 y ss.; *Ibid.*, "Derechos fundamentales y prevención de riesgos en el trabajo en el contexto crítico de la Pandemia Covid-19", en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm.3 (2021), pp. 1-17; MORENO VIDA, M.N. (Dir.): *La protección social de la salud en el marco del Estado del Bienestar. Un visión nacional y europea*, Granada, Comares, 2019, especialmente, pp. 3 y ss., 69 y ss., y 83 y ss.; RICO CASAL, M.: *La protección a la salud y a la salud laboral en el Derecho Social*, Granada, Comares, 2024, pp. 67 y ss.
18. ^ Ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, «BOE» núm. 96, de 21 de abril de 2008.
19. ^ Véase MONEREO PÉREZ, J.L., RIVAS VALLEJO, P., MORENO VIDA, M.N., VILA TIerno, F., ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. (Dir.): *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19*, 2 Tomos (T. I, 1836 pp.; T. II, 1068, pp.), FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M., PEDROSA ALQUÉZAR, S.I. (Coords.), Cinzur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021.
20. ^ Artículo 116, apartado 3, de la Constitución Española, desarrollado por la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.
21. ^ Durante la pandemia, alguna ley autonómica impuso la vacunación obligatoria, como es el caso de la Ley Galicia 8/2021 (DOG 26-2-2021). Véase PRECIADO DOMÉNECH, C.H.: "Vacunación obligatoria de menores: multa y exclusión de los menores de preescolar", en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm.4 (2021), pp. 1-7.
22. ^ Véase también el Capítulo IV ("El respeto de la autonomía del paciente") de la Ley 41/2002, artículos 8 a 13.
23. ^ El ANEXO VI ("Recomendaciones prácticas para la vacunación"), establece un conjunto de recomendaciones prácticas para la vacunación. "1. Cuando la evaluación a que se refiere el artículo 4 [del Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo] demuestre la existencia de un riesgo para la seguridad y la salud de los trabajadores por exposición a agentes biológicos contra los que existan vacunas eficaces, el empresario deberá ofrecer dicha vacunación. 2. Deberá informarse a los trabajadores sobre las ventajas e inconvenientes tanto de la vacunación como de la no vacunación. 3. La vacunación ofrecida a los trabajadores no acarreará a éstos gasto alguno. 4. Podrá elaborarse un certificado de vacunación que se expedirá al trabajador referido y, cuando así se solicite, a las autoridades sanitarias. 5. Lo dispuesto en los apartados anteriores será de aplicación a las medidas a las que se refiere el segundo párrafo del apartado 3 del artículo 8".

24. ^ Véase, paradigmáticamente, OMS: Eficacia teórica, eficacia real y protección de las vacunas¹⁰ de marzo de 2025. <https://www.who.int/es/news-room/feature-stories/detail/vaccine-efficacy-effectiveness-and-protection> Y la Estrategia Española de Salud Global 2025-2030. Documento Ejecutivo, Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación/Ministerio de Sanidad, https://www.sanidad.gob.es/areas/calidadAsistencial/estrategias/saludMental/docs/Estrategia_de_Salud_Global_2025-2030.pdf

§ 52 El honor de empresarios y particulares incluidos en ficheros por su morosidad.

Antonio V. Sempere Navarro

Director de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Universidad (s.e.)

Resumen: La STS-CIV se pronuncia sobre las condiciones en que una persona puede ser incorporada a un listado o fichero de personas consideradas como morosas. La cuestión, como todas las relativas al tratamiento de datos personales, posee la máxima relevancia. El Tribunal Supremo aborda varios temas: 1º) El origen de la deuda que provoca la incorporación al fichero. 2º) El carácter pacífico de la obligación incumplida. 3º) La existencia de un requerimiento de pago previo. 4º) El uso hecho de tal dato sensible. La sentencia enlaza con la reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre derecho al acceso a las causas y criterios que llevan a la inclusión en esos listados negativos.

Palabras clave: Derecho al honor. Tratamiento de datos. Insolvencia personal.

Abstract: The STS-CIV rules on the conditions under which a person may be included in a list or file of persons considered to be delinquent. The issue, like all those relating to the processing of personal data, is of the utmost importance. The Supreme Court addresses several issues: 1) The origin of the debt that causes the incorporation into the file. 2) The peaceful nature of the unfulfilled obligation. 3) The existence of a prior payment order. 4) The use made of such sensitive data. The ruling is linked to the recent doctrine of the Court of Justice of the European Union on the right of access to the causes and criteria that lead to inclusion in these negative lists.

Keywords: Right to honor. Data processing. Personal insolvency.

I. Introducción

La protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales es un derecho fundamental protegido por el artículo 18.4 de la Constitución española (CE). La CE fue pionera en el reconocimiento del derecho fundamental a la protección de datos personales cuando dispuso 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».

De manera más completa, el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) proclama que: 1) Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. 2) Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener

su rectificación. 3) El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente.

Asimismo, un hito relevante fue la adopción del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), así como de la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo.

Nuestra Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales persigue, como uno de sus objetivos, adaptarse a tal Reglamento. Por tanto, los criterios interpretativos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea parecen especialmente relevantes para enjuiciar los comportamientos relacionados con la materia. Por su lado, la Sala Primera del Tribunal Supremo viene resolviendo diversos supuestos concretos cómo el que ahora es objeto de comentario.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala Primera del Tribunal Supremo (Tres integrantes).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 976/2025, de 18 de junio.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de casación núm. 3441/2024.

ECLI:ES:TS:2025:2894.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes.

En el ámbito de un procedimiento sobre protección del derecho al honor, un ciudadano impetra la tutela judicial por considerar vulnerado su derecho al honor como consecuencia de que aparece incorporado a un fichero de personas con deudas insatisfechas.

1. La pretensión originaria

Al margen de intereses y costas, resulta necesario atender al alcance de lo solicitado por el demandante, a través de juicio ordinario sobre tutela del derecho al honor, contra la entidad financiera (Wizink Bank, SA)^[1]:

- Que Wizink lo ha incluido y mantiene indebidamente en los sistemas de información crediticia incumpliendo los requisitos que exige la LOPDGDD, por una deuda inexistente.
- Que ello constituye una intromisión ilegítima en su honor.
- Que se condene a Wizink a cancelar las anotaciones de referencia (deuda en tarjeta de crédito por 2.630 €).
- Que se le indemnice por daño moral y patrimonial (con 10.000 €) por la gravedad del hecho y por la vulneración reiterada del derecho al honor. Subsidiariamente, que la cuantía sea la fijada de manera prudencial por el Juzgado.

2. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia

Mediante su sentencia 383/2022 de 22 de noviembre el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Oviedo estimó parcialmente la demanda reseñada. Considera que la deuda era controvertida al constar una reclamación extrajudicial de la que se desprendía la falta de conformidad del demandante sobre la cuantía de la deuda y por la que interesaba la nulidad del contrato, así como por no constar garantía de la recepción del requerimiento de pago. En consecuencia, acordó:

- Declarar que el actor ha sufrido una intromisión ilegítima en su honor al ser incluido en ficheros de insolvencia patrimonial.
- Condenar a la demandada a abonarle 2.000 € en concepto de indemnización por los daños morales^[2].
- Condenar a la demandada a realizar cuantos actos y comunicaciones sean necesarios para excluir a la actora de los ficheros de morosidad.

3. Sentencia de apelación

Mediante su sentencia 121/2024 de 13 de febrero la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo desestima el recurso de apelación formalizado por el demandante y, sin embargo, estima el de Wizink^[3]. El Tribunal no aprecia intromisión ilegítima en el derecho al honor de la demandante por inclusión de sus datos en los archivos de solvencia patrimonial^[4]. Su argumentación reposa sobre una doble consideración.

- Existe una deuda vencida y exigible. La Audiencia reprocha al Juzgado que la considerase controvertida a la vista de una reclamación dirigida por tercera persona (no por el demandante) frente a otra entidad financiera (Caixabank) y por deudo de otro tipo (contrato de préstamo, no tarjeta de crédito). Por tanto: no es deuda controvertida pues se aduce la existencia de una reclamación por un contrato de préstamo, no de tarjeta, dirigida a otra entidad y por persona distinta al demandante.
- Consta requerimiento fehaciente de la deuda: puede entenderse realizado aplicando presunciones, o teniendo por válido cualquier medio de prueba siempre que exista constancia razonable de ella, como se produce cuando la comunicación se deposita en el operador postal, o cual acontece en el caso, en servicios de envío de emails certificados^[5]. En el caso, efectivamente, consta certificación de la entidad Servinform de que la comunicación de requerimiento de pago con apercibimiento de inclusión en ficheros de morosidad fue entregada por e-mailing el 12 de julio de 2020 y certificación de la entidad Signaturit de apertura del correo a 20.14 h. de dicho día. El correo fue remitido a la dirección de correo electrónico consignada por el demandante en el contrato de tarjeta, por lo que se cumplieron las pautas precisas para la inclusión de datos de la demandante, en cuanto deudor por cierta cantidad, en los ficheros antedichos.

4. Recurso de casación y Auto de Admisión a trámite

Disconforme con la decisión de la segunda instancia, el actor formaliza su recurso de casación, estructurado en un único motivo. Plantea la cuestión de si la entidad recurrida cumplió con el requisito del requerimiento de pago previo a la inclusión de los datos del Sr. Germán en los ficheros de solvencia patrimonial y si la deuda por la que se llevó a cabo dicha inclusión de datos en los ficheros era cierta. Considera vulnerados diversos preceptos de rango constitucional (art 18.1 CE), orgánico (art. 20 LOPDGG; art. 9.3 de la LO 1/1982) y reglamentario (arts. 38.1 y 39 del RD 1720/2007).

Mediante su Auto de 18 de septiembre de 2024 la Sala Primera del Tribunal Supremo admitió a trámite el recurso de casación^[6]. Se justifica al amparo del art. 477.2 LEC, por haberse dictado la sentencia recurrida en un proceso para la tutela judicial civil de derechos fundamentales susceptibles de recurso de amparo.

IV. Posición de las partes

1. Recurrente

Como queda expuesto, la tesis del recurrente sostiene que la sentencia de la Audiencia Provincial ha vulnerado cuantos preceptos tutelan el derecho al honor y requieren un tratamiento de los datos personales acorde con esa y concordantes premisas sobre la materia.

Denuncia diferentes infracciones y plantea cuestiones probatorias. Alega que la sentencia por la que se declaró la nulidad de la comisión de reclamación por posiciones deudoras demuestra que la deuda era controvertida, que es el recurrente el que tiene un crédito frente a Wizink, que "la mayor parte de la inexistente deuda, refiere a las cuotas reclamadas por posiciones deudoras vencidas" y que el extracto aportado por este no acredita la certeza de una deuda cuya existencia se niega desde la interposición de la demanda. Sobre el requerimiento de pago, señala que no hay fehaciencia de la recepción del mismo.

2. Entidad recurrida

Por su lado, Wizink interesa la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida. Además, argumenta que el recurso debía ser desestimado por concurrir carencia de interés casacional y de fundamento.

3. Ministerio Fiscal

La representación del Ministerio Fiscal ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, por su lado, considera que la sentencia recurrida alberga la doctrina correcta y que el recurso no debe prosperar.

V. Normativa aplicable al caso

1. Constitución Española

El artículo 18 de la Constitución dispone que "Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen" (apartado 1), así como 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" (apartado 4).

2. Ley Orgánica 1/1982

La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (LOHI) prescribe que "la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia".

Su artículo 9.3 dispone que *La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido.*

3. Ley Orgánica 3/2018

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales dedica su artículo 20 a disciplinar los "Sistemas de información crediticia" y dispone, entre otras cosas, que, se presume lícito el tratamiento de datos personales relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias,

financieras o de crédito por sistemas comunes de información crediticia cuando se cumplan los requisitos allí precisados:

- Que los datos hayan sido facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés.
- Que los datos se refieran a deudas ciertas, vencidas y exigibles, cuya existencia o cuantía no hubiese sido objeto de reclamación administrativa o judicial por el deudor o mediante un procedimiento alternativo de resolución de disputas vinculante entre las partes.
- Que el acreedor haya informado al afectado en el contrato o en el momento de requerir el pago acerca de la posibilidad de inclusión en dichos sistemas, con indicación de aquéllos en los que participe [...].
- Que los datos únicamente se mantengan en el sistema mientras persista el incumplimiento, con el límite máximo de cinco años [...].
- Que, en el caso de que se denegase la solicitud de celebración del contrato, o éste no llegara a celebrarse, como consecuencia de la consulta efectuada, quien haya consultado el sistema informe al afectado del resultado de dicha consulta.

VI. Doctrina básica

Son dos los principales núcleos a cuyo alrededor se construye la sentencia: la calidad del dato que propicia la inclusión en el fichero y los requisitos del requerimiento del pago desatendido.

1. *Carácter de la deuda*

El *principio de calidad de datos*, acogido normativamente, comporta que no cabe incluir en los registros de morosos datos personales por razón de deudas inciertas, dudosas, no pacíficas o sometidas a litigio, así como que para que concurra esta circunstancia en la deuda, que excluya la justificación de la inclusión de los datos personales en el registro de morosos, basta con que aparezca un principio de prueba documental que contradiga su existencia o certeza^[7].

La razonabilidad interpretativa comporta que cualquier oposición al pago de una deuda, por injustificada que resulte, no la convierte en incierta o dudosa, porque en tal caso la certeza y exigibilidad de la deuda se dejaría al exclusivo arbitrio del deudor, al que le bastaría con cuestionar su procedencia^[8].

A efectos de considerar que la deuda no era cierta resulta irrelevante su cuestionamiento con posterioridad a su inclusión en el registro de morosos^[9].

2. *Requerimiento del pago*

El requerimiento previo de pago es requisito esencial, no meramente formal, al tiempo que funcional. Respecto del mismo la jurisprudencia civil viene sosteniendo lo siguiente^[10]:

- Debe evitarse la inclusión en el registro de personas que, por un simple descuido, por un error bancario al que son ajenas, o por cualquier otra circunstancia de similar naturaleza, han dejado de hacer frente a una obligación dineraria vencida y exigible.
- Debe advertirse la distinta trascendencia que para la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor del deudor puede tener su omisión o su práctica defectuosa en función de las circunstancias concretas de la deuda y el carácter sorpresivo que para el interesado pueda tener aparecer como moroso en un fichero de esta naturaleza.
- No se vulnera el derecho al honor cuando el requerimiento previo de pago lo fue por una cantidad inferior a la reflejada luego en el fichero.

- La discordancia entre la cantidad por la que se practicó el requerimiento de pago y la que figura en el fichero de solvencia patrimonial no determina necesariamente que haya existido una vulneración del derecho al honor.
- Si hay varias deudas pendientes, las eventuales anomalías en alguno de los requerimientos de pago no anula la validez de los demás.

VII. Parte dispositiva

La desembocadura de la resolución comentada es del todo sencilla, una vez que arriba a la conclusión de que el acreedor quejoso de su inclusión en el fichero de personas morosas carece de razón. En consecuencia, la resolución acuerda:

- Desestimar el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia núm. 121/2024, de 13 de febrero, dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo (rollo de apelación 125/2023).
- Imponer al recurrente las costas ocasionadas con el recurso de casación, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

VIII. Pasajes decisivos

En el Fundamento de Derecho Segundo, aparece la conclusión de cuanto expone la sentencia:

La deuda, que tenía su origen en un contrato de tarjeta de crédito, era cierta y la reclamación de 18 de febrero de 2019, dirigida a CaixaBank, a la que se refería el demandante, en la que se invocaba la nulidad de relación contractual, no se refería al contrato de tarjeta -sino a uno de préstamo- y había sido cursada por una persona distinta al demandante....

Consta en los autos la certificación de la entidad Servinform sobre la comunicación del requerimiento de pago con apercibimiento de inclusión en ficheros Asnef y Experian entregada por e-mailing el 12 de julio de 2020, así como la certificación de la entidad Signaturit de apertura del correo a 20.14 h. de dicho día. El correo fue remitido a la dirección de correo electrónico consignada por el Sr. Germán en el contrato de tarjeta, por lo que se cumplieron las pautas precisas para la inclusión de sus datos en los ficheros de solvencia patrimonial.

IX. Comentario

1. Veracidad de la información

Aunque no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos (libertad expresión) de la simple narración de unos hechos (libertad de información) resulta conveniente hacerlo. Y es que la veracidad, entendida como diligencia en la averiguación de los hechos, condiciona la legitimidad del derecho a la información, requisito que, sin embargo, no es exigible cuando lo que se ejercita es la libertad de expresión, pues las opiniones y juicios de valor no se prestan a una demostración de su exactitud, como sí ocurre con los hechos^[11].

Para que la libertad de información resulte amparada constitucionalmente debe ser veraz. Este calificativo alude al resultado de una razonable diligencia por parte del informador (contrastando la noticia de acuerdo con pautas profesionales), de modo que puede concurrir aunque, con el transcurso del tiempo, la noticia pueda ser desmentida^[12]. Por eso, la veracidad de la información no va dirigida tanto a la exigencia de una rigurosa y total exactitud, cuanto a negar la garantía o protección constitucional a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable^[13].

La valoración de la veracidad de la información debe realizarse en un examen de conjunto de la noticia^[14], que abarque el contenido y los titulares. El requisito de la proporcionalidad no obliga a prescindir de la concisión propia de los titulares o de las demás particularidades del lenguaje informativo oral o escrito, salvo cuando, más allá de las necesidades de concisión del titular, en este se contengan expresiones que, sin conexión directa con el resto de la narración, sean susceptibles de crear dudas específicas sobre la honorabilidad de las personas^[15].

2. El honor del sujeto pasivo

Recordemos que el honor es definido de modo negativo en la LOHI (“acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”), mientras que la dignidad es “concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento”^[16].

A su vez, el derecho a la dignidad abarca la reputación personal, entendida como la apreciación que los demás puedan tener de una persona, independientemente de sus deseos (STC 14/2003, de 28 de enero), impidiendo la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de aquella (STC 216/2006, de 3 de julio).

Para que pueda considerarse justificada una intromisión en el derecho al honor es preciso que la información o la expresión se refiera a asuntos de relevancia pública o interés general, ya por la propia materia a la que aluda la noticia o el juicio de valor, ya por razón de las personas, esto es, porque se proyecte sobre las que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública^[17].

3. La doctrina del TJUE

Pese a que no aparece expresamente invocado a lo largo del litigio, no cabe duda de que el tema posee también una clara dimensión de Derecho eurounitario. A título ejemplificativo, cabe recordar ahora tres recientes pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo.

A) Sobre reparación del daño.- La STJUE de 4 de mayo de 2023 (C-300/21) recae al hilo de que la Sociedad postal austríaca recoge y comercializa datos sobre afinidades políticas; la Sociedad almacena datos sobre la supuesta afinidad política del actor, que pide su cancelación y una indemnización de 1.000 €. Para el Tribunal, el Derecho UE se opone a la indemnización por daño moral se supedita a que hayan alcanzado cierto grado de gravedad. Para que surja el derecho a la indemnización no basta con que exista infracción de las normas sobre protección de datos; es necesario el daño y el nexo de causalidad. Para cuantificar la indemnización deben aplicar las normas internas de cada Estado miembro relativas al alcance de la reparación pecuniaria, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad del Derecho UE.

B) Respecto de las consecuencias del potencial daño derivado de tratamiento descuidado.- La STJUE de 20 de junio de 2024 (C-590/22) responde a las cuestiones formuladas en el ámbito de pleito que discurre entre una Asesoría Fiscal y dos de sus clientes. Éstos informaron de su cambio de domicilio, pero cierta documentación que habían entregado para facilitar la declaración de impuestos, y que contiene datos muy sensibles, les fue remitida a las antiguas señas postales; finalmente, esos documentos llegaron a poder de sus titulares, pero en sobre abierto e incompletos. Su doctrina puede resumirse del siguiente modo: 1º) La infracción del Reglamento no genera indemnización automática, sino que debe acreditarse el perjuicio (con independencia de su mayor o menor gravedad). 2º) El temor padecido de que los datos personales hayan sido conocidos por terceras personas es bastante para justificar solicitud de indemnización, siempre que sea razonablemente probado que ha podido suceder. 3º) El monto de la indemnización, en estos casos, no puede establecerse aplicando (*mutatis mutandis*) los criterios fijados para las multas administrativas. 4º) La

indemnización pertinente carece de función disuasoria. 5º) La reparación no debe calcularse teniendo en cuenta las infracciones simultáneas de disposiciones nacionales relativas a la protección de datos personales ajenas a la especificación de Reglamento 2016/679.

C) Directamente conectada con la materia de perfiles de solvencia.- La STJUE de 27 de febrero de 2025 (C-203/22) examina el problema surgido cuando un operador de telefonía móvil deniega a un particular la prórroga de su contrato de telefonía móvil, con pago mensual de 10 euros, porque carecía de solvencia a tenor del Informe automatizado realizado por la entidad especializada (D&B); la Autoridad de protección de datos ordenó a D&B que comunicara ciudadano información significativa sobre el procedimiento aplicado para elaborar su perfil como insolvente. La sentencia afirma que la regulación eurounitaria concede al interesado el derecho a exigir información detallada sobre la lógica aplicada al elaborar su perfil de solvencia por medios automatizados. Si la entidad responsable de elaborar los perfiles considera que la información requerida afecta a datos sensibles o a secretos comerciales debe comunicarlo a la Autoridad o Tribunal correspondiente para que pondere los derechos en conflicto.

X.Apunte final

La sentencia glosada es un excelente ejemplo de jurisprudencia válida en todos los órdenes, puesto que el demandante tanto puede ser pensionista, empleador o trabajador. La protección respecto del tratamiento adecuado de los datos personales posee la máxima relevancia, pero, como todo derecho, también cuenta con sus propios límites y reglas aplicativas.

Referencias:

1. [^] *En la demanda afirma que la deuda era incierta e indebida y que no había existido requerimiento previo de pago.*
2. [^] *Más el interés legal del dinero desde la interposición de la demanda y hasta la fecha de la presente sentencia; y desde ésta y hasta el completo pago el interés establecido en el artículo 576 LEC.*
3. [^] *Rec. 125/2023; ECLI:ES:APO:2024:490; Ponente, José Antonio Soto-Jové Fernández.*
4. [^] *Desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Borja y con estimación de la impugnación de sentencia formulada por WIZINK BANK y revocación de la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia n.4 de Oviedo, desestima la demanda, con imposición a la parte demandante de costas de la instancia y de costas del recurso y sin imposición de costas de la impugnación de sentencia*
5. [^] *Invoca la SSTs-Civil 34/2024 de 11 de enero: no concurriendo circunstancias especiales, el hecho de que la comunicación de requerimiento de pago fuera depositada en el servicio de Correos junto con otras muchas cartas, no basta por sí solo para considerar que no se ha practicado el requerimiento de pago. En el caso la comunicación había sido remitida a una dirección idónea, como es la que la demandante hizo constar en el contrato, sin que conste que hubiera comunicado un cambio de domicilio o que la demandada hubiera podido inferir dicho cambio por alguna otra circunstancia.*
6. [^] *Fue Ponente D. Francisco Marín Castán; ECLI:ES:TS:2024:11818A.*
7. [^] *SSTs-Civil 62/2021, de 8 de febrero y 562/2020, de 27 de octubre.*

8. ^ SSTS-Civil 245/2019, de 25 de marzo y 496/2019, de 27 de septiembre.
9. ^ STS-Civil 945/2022, de 20 de diciembre.
10. ^ SSTS 34/2024, de 11 de enero y 53/2024, de 16 de enero, compendiando numerosos precedentes.
11. ^ Por todas, STC 216/2013.
12. ^ Cf. las SSTC 240/1992, 136/2004, 1/2005 y 216/2013, entre otras.
13. ^ Cf. las SSTC 6/1988, 105/1990, 171/1990, 172/1990, 143/1991, 197/1991, 40/1992, 85/1992, 240/1992 y 1/2005, entre otras.
14. ^ STC 178/1993, de 31 de mayo.
15. ^ SSTS 638/2014, de 24 de noviembre, 412/2015 de 3 de julio, 92/2018, de 19 de febrero, y 252/2019, de 7 de mayo.
16. ^ SSTC 180/1999, de 11 de octubre, 52/2002, de 25 de febrero, y 51/2008, de 14 de abril
17. ^ Por todas, STC 68/2008.

§ 53 Permiso de lactancia y empleo público a tiempo parcial: cómo calcular los días de acumulación. Jurisprudencias social y contencioso-administrativa: dos enfoques sobre la misma cuestión.

Juan Martínez Moya

Magistrado del Tribunal Supremo.

Resumen: La sentencia analizada fija doctrina sobre las reglas de cálculo de los días de acumulación del permiso de lactancia natural en el empleo público a tiempo parcial o con jornada reducida, teniendo en cuenta el derecho a una hora de ausencia por día. Por encima de la fórmula matemática que se emplee, debe garantizarse la igualdad de trato, y no discriminación, entre trabajadores a tiempo parcial y a jornada completa. Analiza también el modo de examinar esta cuestión por las Salas de lo Social y Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo.

Palabras clave: Permiso de lactancia. Trabajo a tiempo parcial. Cálculo de días.

Abstract: L'arrêt analysé établit une doctrine sur les règles de calcul des jours de cumul du congé d'allaitement dans le cadre d'un emploi public à temps partiel ou à temps réduit, en tenant compte du droit à une heure d'absence par jour. Au-delà de la formule mathématique utilisée, l'égalité de traitement et la non-discrimination entre les travailleurs à temps partiel et à temps plein doivent être garanties. Il analyse également la manière dont cette question est examinée par la Chambre du travail et la Chambre contentieuse-administrative de la Cour suprême.

Keywords: Congé d'allaitement. Travail à temps partiel. Calcul des jours.

I. Introducción

Ni el Estatuto Básico del Empleado Público ni tampoco el Estatuto de los Trabajadores determinan las reglas de cálculo de acumulación en jornadas completas del permiso de lactancia. Mucho menos cuando se trata de trabajo a tiempo parcial o con reducción de jornada. En todo caso, juegan dos reglas como punto de partida: a) una regla segura: el derecho de una hora de ausencia por día, ya se trabaje a jornada completa como parcial o con reducción de jornada; y b) otra regla que tampoco se cuestiona: no cabe que para el cálculo de días acumulados se reduzca proporcionalmente el número total de horas -el dividendo-.

El interés práctico de la STS (Sala Contencioso-Administrativa) 583/2025, de 20 de mayo es, por de pronto, doble:

1º) Porque se adentra en el resultado del cálculo concreto para fijar los días de acumulación en el empleo a tiempo parcial; y tiene la virtualidad de confrontarlo, si bien con matices, con la doctrina unificada de la Sala de lo Social del TS en estos casos (SSTS 986/2023, de 21 de noviembre ^[1] y STS 419/2018, de 19 de abril ^[2]), que coincide con el derecho a una hora de ausencia por día para determinar los días

acumulados en el trabajo a tiempo parcial, pero determina los días sobre cálculos abstractos.

2º) Porque emite un juicio conclusivo claro. Trasciende del cálculo puramente matemático, que llevaba al resultado de conferir un cifra muy superior de días acumulados cuando se trata de trabajo a tiempo parcial frente al trabajo a tiempo completo, para ajustarlo y corregirlo de manera concreta. Justifica el por qué es conforme a Derecho que, en la gestión del empleo público, se adopte el acuerdo de fijar una duración común para todos los empleados públicos de la misma Administración que evite un trato desigual en favor de los empleados públicos a tiempo parcial en comparación con los empleados a tiempo completo cuya jornada se toma como referencia.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 583/2025, de 20 de mayo.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015) núm. 7255/2022.

ECLI:ES:TS:2025:2302

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Problema suscitado

El litigio se centra en la interpretación del artículo 48.f) del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado como texto refundido por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (en adelante, EBEP), y más en concreto, la controversia surge con la opción que contemplada en el párrafo tercero del citado artículo al permitir que puede sustituirse esa hora diaria de lactancia «...por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente...» Se trata de establecer cómo se calculan los días de acumulación resultante tratándose de empleados públicos a tiempo parcial.

La premisa fáctica admitida es que hay un total de 172 días laborables de promedio entre el fin del permiso de maternidad y los doce meses a los que se refiere el artículo 48.f) párrafo primero, del EBEP.

2. En instancia

-El recurso contencioso-administrativo.- La representación procesal de la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (en adelante, CSIF) interpuso el recurso contencioso-administrativo, seguido por los trámites del procedimiento abreviado, ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Oviedo contra la desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto por dicha organización sindical ante la Consejería de Servicios y Derechos Sociales del Gobierno del Principado de Asturias del que depende la Administración institucional demandada, así como contra la desestimación de la petición de aplicación del criterio interpretativo propuesto por la recurrente sobre el cómputo horario del permiso de lactancia acumulado para personal laboral a tiempo parcial y personal funcionario con jornada reducida de dicho Organismo Autónomo.

-La sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Oviedo nº 25/2022, de 11 de febrero .

3. En apelación

Frente a esta sentencia, la representación procesal de CSIF interpuso el recurso de apelación nº 133/2022 ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso - Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, que fue desestimado por la sentencia nº 526/2022, de 9 de junio. La sentencia hace suyo el criterio de la Administración que tilda de ilógica la pretensión de CSIF, que sí llevaría a una discriminación en perjuicio de los empleados públicos a tiempo completo

4. En casación

(a) El TS(Sala de lo Contencioso-Administrativo), Sección de Admisión de esta Sala acordó, por auto de 20 de marzo de 2024 , lo siguiente:

«1º) Admitir el recurso de casación núm. 7255/2022 preparado por la representación procesal de la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF) contra la sentencia de fecha 9 de junio de 2022 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, dictada en el recurso de apelación núm. 133/2022 .

2º) Declarar que la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si los empleados públicos con jornada reducida o con jornada a tiempo parcial tienen derecho a disfrutar de un permiso de una hora de ausencia del trabajo por lactancia o si, por el contrario, la duración de dicho permiso debe minorarse de manera proporcional en razón de la jornada efectivamente realizada.

3º) Identificar como norma jurídica que, en principio, habrá de ser objeto de interpretación la contenida en el artículo 48.f) de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público , cuyo texto refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre. Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 LJCA.»

(b) La sentencia del TS (Contencioso-Administrativo) de 20 de mayo de 2025, ha desestimado el recurso de casación, y ha confirmado la sentencia impugnada por ajustarse al juicio casacional de esta sentencia.

IV. Posición de las partes

1. El sindicato, parte recurrente en todo el proceso

El sindicato CSIF, en sustancia, considera que el permiso de lactancia no se configura por días sino por horas, por lo que un trabajador con reducción de jornada tiene derecho a una hora de ausencia, igual que un trabajador a tiempo completo. Y añade que su planteamiento se basa en dos sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo: la sentencia nº 419/2018, de 19 de abril (casación para la unificación de doctrina nº 1286/2016) y, sobre todo, en la sentencia nº 986/2023, de 21 de noviembre (casación para la unificación de doctrina nº 2978/2022).

Trae en apoyo de su pretensión la STS (Social) 986/2023 y concluye que no hay distinción expresa en la regulación del permiso en función de la jornada, según que sea a tiempo completo o parcial. El permiso se genera por horas, luego tanto trabajadores a tiempo parcial como a tiempo completo generan las mismas horas de ausencia independientemente de su jornada.

2. La parte recurrida: la Administración autonómica

La Administración aplica para todos los empleados públicos la opción del artículo 48.f) párrafo tercero, del EBEP dividiendo los 172 días -que suponen 172 horas a

razón de 1 hora de jornada de permiso de lactancia- entre 7'5, que son las horas de jornada completa, lo que da como resultado 23, esto es, 23 días de permiso acumulado. Tal cálculo lo aplica a todos los empleados públicos, al margen de cuál sea su jornada. Disconforme con dicho criterio de cálculo el sindicato CSIF solicitó que para empleados a tiempo parcial o con jornada reducida, esas 172 horas se dividiese entre las 4 horas en que consiste esa jornada, lo que daría como resultado 43 días acumulados.

Este cálculo que venía aplicando la Administración se basa en que, de seguirse el cálculo de CSIF, un empleado público a tiempo parcial disfrutaría de 43 días acumulados mientras que si es a tiempo completo serían 23 días acumulados, luego se les discriminaría en favor de los primeros.

V. Normativa aplicable al caso

*Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

Artículo 48. Permisos de los funcionarios públicos.

Los funcionarios públicos tendrán los siguientes permisos:

f) Por lactancia de un hijo menor de doce meses tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo que podrá dividir en dos fracciones. Este derecho podrá sustituirse por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada, o en una hora al inicio o al final de la jornada, con la misma finalidad.

[...]

Se podrá solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente. Esta modalidad se podrá disfrutar únicamente a partir de la finalización del permiso por nacimiento, adopción, guarda, acogimiento o del progenitor diferente de la madre biológica respectivo. [...]"

*Cláusula 4.1 del Acuerdo Marco que establece el "Principio de no discriminación". Anexo de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, dispone que "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".

VI. Doctrina básica

1.- Conforme al artículo 48.f) del EBEP, los empleados públicos con jornada reducida o con jornada a tiempo parcial, tienen derecho a disfrutar del permiso de una hora de ausencia del trabajo por lactancia, sin que ese tiempo pueda minorarse proporcionalmente atendiendo a la jornada efectivamente realizada.

2.- No es discriminatorio que la opción del disfrute de ese permiso mediante días acumulados, se acuerde en términos de que sea común para todos los empleados públicos.

3.- El cálculo de los días de acumulación debe hacerse en términos concretos y no abstractos, a diferencia de como lo hace la STS Sala Social 986/2023, que interpreta el artículo 37.4 del ET, coincidente con el artículo 48.f) del EBEP), argumentado, dicha jurisprudencia laboral, que suponga un resultado inevitable porque ese trabajador a tiempo parcial va a necesitar «más días para alcanzar ese mismo resultado».

4.- El resultado de ese cálculo debe matizarse y no ha de estar sujeto a la cifra que arroje el cociente porque lo que se enjuicia es el resultado real y efectivo en días

completos, acumulados y retribuidos de permiso, con un efecto discriminatorio para los empleados públicos a tiempo completo. Por tanto, al margen del cálculo puramente matemático, es conforme a Derecho que, en la gestión del empleo público, se adopte el acuerdo de fijar una duración común para todos los empleados públicos de la misma Administración que evite un trato desigual en favor de los empleados públicos a tiempo parcial en comparación con los empleados a tiempo completo cuya jornada se toma como referencia.

VII. Parte dispositiva

1. Pronunciamiento principal

El TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) desestima el recurso de casación interpuesto por CSIF contra la sentencia nº 526/2022, de 9 de junio, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en el recurso de apelación nº 133/2022, sentencia que se confirma.

2. Pronunciamiento accesorio

En cuanto a las costas, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad al no apreciarse temeridad ni mala fe en ninguna de las partes.

3. Incidencia: el auto de aclaración

El TS dictó auto de fecha 3 de junio de 2025^[3], denegando el escrito de aclaración de sentencia presentado por la Administración demandada, por el que solicitaba que se hiciera constar que sí que contestó a la demanda y que se opuso al recurso de apelación. La Sala entendió que no había error alguno que rectificar por este Tribunal puesto que “cosa distinta son los errores de las secretarías, bien sea en primera como en segunda instancia, al no unir escritos y remitirlos completos a este Tribunal Supremo. Si finalmente el Principado de Asturias sí presentó escrito de contestación a la demanda y de oposición a la apelación, nada altera el sentido del juicio casacional, que le ha sido favorable.”

VIII. Pasajes decisivos

Fundamento jurídico Quinto

“1. La cuestión de interés casacional se ciñe a que declaremos si los empleados públicos con jornada reducida o a tiempo parcial tienen derecho a disfrutar de un permiso de una hora de ausencia del trabajo por lactancia o si, por el contrario, la duración de dicho permiso debe minorarse de manera proporcional por razón de la jornada efectivamente realizada.

[...]

3. Ahora la efectividad de ese principio de no discriminación se centra en su resultado o concreción en días de permiso acumulado que es la consecuencia final de la opción que prevé el artículo 48.f) párrafo tercero, del EBEP, cuando esa es la opción del empleado público a tiempo parcial. Y para pronunciarnos sobre la cuestión de interés casacional partimos de la premisa expuesta y que es pacífica: todo empleado público tiene el derecho a ausentarse una hora en concepto de permiso por lactancia entre el fin de la baja por maternidad hasta que el niño cumpla doce meses.

[...]

7. En el caso de autos, ciertamente, si nos atenemos a los datos expuestos en el Fundamento de Derecho Primero.4, de seguirse la lógica del cálculo que establece la sentencia 986/2023 de la Sala Cuarta, el resultado final sería que si dividimos las 172 horas entre 7,5 horas de los empleados públicos a jornada completa, el resultado es un cociente de 23 días acumulados; y 23 multiplicado por 7,5 dan esas 172 horas de lactancia, esto es, 1 hora por 172 días. Pero siguiendo ese cálculo, si 23 se multiplica

por 4 horas de jornada a tiempo parcial, el resultado serían 92 horas (23 por 4), luego será inferior a una hora diaria de permiso de lactancia durante esos 172 días.

8. Ese resultado es cierto, pero en autos no se discute el derecho de todo empleado público a la hora de permiso por lactancia, luego tratándose de empleados públicos a tiempo parcial no cabe que para el cálculo de días acumulados se reduzca proporcionalmente el número total de horas -el dividendo- como ocurría en el caso resuelto por la Sala Cuarta. Ahora bien, la Administración, en este caso, no se centra tanto en la bondad del cálculo matemático y su exigencia, sino que quiere evitar que el resultado final de la división, su cociente, sea tan dispar en días acumulados y en beneficio de los empleados públicos a tiempo parcial, razón por la que decide igualarlos en 23 días.

[...]

11. Pues bien, lo enjuiciado no es la sujeción a la lógica del cálculo matemático, en sí abstracto, seguido por la Sala Cuarta. Lo ahora enjuiciado es el resultado real y efectivo en días completos, acumulados y retribuidos de permiso, con un efecto discriminatorio para los empleados públicos a tiempo completo. Por tanto, al margen del cálculo puramente matemático, es conforme a Derecho que, en la gestión del empleo público, se adopte el acuerdo de fijar una duración común para todos los empleados públicos de la misma Administración que evite un trato desigual en favor de los empleados públicos a tiempo parcial en comparación con los empleados a tiempo completo cuya jornada se toma como referencia.

12. Se trata de una decisión generalizadora -conviene recordarlo- adoptada no para una empresa, sino para toda una Administración territorial más para la Administración institucional dependiente de la misma y en la que la reclamación -también hay que recordarlo- ha partido en este caso de un sindicato, cierto, pero que accionó a instancias de dos concretas trabajadoras. Y aunque no sea litigioso, no está de más apuntar que se trata de una decisión que por su naturaleza generalizable incide en una de las materias sujetas a negociación colectiva en el empleo público [cfr. artículo 37.1.m) del EBEP].

13. En consecuencia y a efectos del artículo 93.1 de la LJCA, declaramos que conforme al artículo 48.f) del EBEP, los empleados públicos con jornada reducida o con jornada a tiempo parcial, tienen derecho a disfrutar del permiso de una hora de ausencia del trabajo por lactancia, sin que ese tiempo pueda minorarse proporcionalmente atendiendo a la jornada efectivamente realizada. Y no es discriminatorio que la opción del disfrute de ese permiso mediante días acumulados, se acuerde en términos de que sea común para todos los empleados públicos."

IX. Comentario

1. Planteamiento de la cuestión casacional

La cuestión de interés casacional aparece expuesta como suma claridad en la fundamentación jurídica de la sentencia de la Sala 3ª del TS. Se trata de determinar cómo se calculan los días de permiso de lactancia natural cuando los empleados públicos con jornada reducida o a tiempo parcial lo solicitan de manera acumulada en jornadas completas, en los términos que habilita el párrafo tercero del artículo 48.f) del EBEP. Hay que resolver si tienen derecho a disfrutar de un permiso de una hora de ausencia del trabajo por lactancia o si, por el contrario, la duración de dicho permiso debe minorarse de manera proporcional por razón de la jornada efectivamente realizada.

2. La fórmula matemática de cálculo empleada por la Administración, y el ajuste realizado para garantizar la igualdad y evitar la aplicación de una suerte de discriminación inversa

Como preludivamos, el interés práctico de la STS (Sala Contencioso-Administrativa) 583/2025, de 20 de mayo es claro: se adentra en el resultado del cálculo concreto para

fijar los días de acumulación en el empleo a tiempo parcial. Y lo hace partiendo de una fórmula matemática: dividir el número de días laborables-, a razón de 1 horas de jornada de permiso de lactancia, entre el número de horas de la jornada de trabajo - 7'5, para la completa, y 4 para la parcial-. El resultado dando como cociente o resultado, para la primera, 23 días de permiso acumulado para la completa y 43 días para la parcial. enjuicia el resultado real y efectivo en días completos, acumulados y retribuidos de permiso, con un efecto discriminatorio para los empleados públicos a tiempo completo.

La Administración aplica para todos los empleados públicos la opción del artículo 48.f) párrafo tercero, del EBEP dividiendo los 172 días -que suponen 172 horas a razón de 1 hora de jornada de permiso de lactancia- entre 7'5, que son las horas de jornada completa, lo que da como resultado 23, esto es, 23 días de permiso acumulado. Tal cálculo lo aplica a todos los empleados públicos, al margen de cuál sea su jornada. Frente a tal cálculo CSIF solicitó que para empleados a tiempo parcial o con jornada reducida, esas 172 horas se dividiese entre las 4 horas en que consiste esa jornada, lo que daría como resultado 43 días acumulados.

La Administración lleva a cabo ajuste o corrección de este resultado. Y lo hace teniendo en cuenta que de seguirse el cálculo propuesto por sindicato, conforme a dicha fórmula, un empleado público a tiempo parcial disfrutaría de 43 días acumulados mientras que si es a tiempo completo serían 23 días acumulados. Para evitar esta discriminación en favor de los primeros.

3. La doctrina de la Sala Cuarta del TS. Hasta qué punto es divergente

Tanto la Sala 3ª como la 4ª (en las SSTS indicadas SSTS 986/2023, de 21 de noviembre y STS 419/2018, de 19 de abril), admiten la misma fórmula matemática para el cálculo. Destaca la Sala Contenciosa que el cociente de dicha fórmula arroja más días acumulados en el caso de los trabajadores a tiempo parcial que de tratarse como trabajadores a tiempo completo. Por ello, y explicando que lo tratado en el orden social tenía ciertos matices, con toda claridad, encarrila la cuestión haciendo una valoración del asunto diferente. La Sala 3ª del TS evita que el resultado final sea tan dispar en días acumulados y en beneficio de los empleados públicos a tiempo parcial, y termina por confirmar la decisión de la Administración autonómica que había decidido igualar a todos los empleados públicos al margen de cuál sea su jornada en número de días acumulados como si se tratase de jornada a tiempo completo. Concluye que al margen del cálculo puramente matemático, es conforme a Derecho que, en la gestión del empleo público, se adopte el acuerdo de fijar una duración común para todos los empleados públicos de la misma Administración que evite un trato desigual en favor de los empleados públicos a tiempo parcial en comparación con los empleados a tiempo completo cuya jornada se toma como

4. La sentencia casacional: algunas claves argumentales derivadas de su lectura

(a) La imprescindible delimitación conceptual de lo que es objeto de controversia.

La Sala 3ª insiste mucho en este aspecto. Deja claro que la Administración, “[...]no se centra tanto en la bondad del cálculo matemático y su exigencia, sino que quiere evitar que el resultado final de la división, su cociente, sea tan dispar en días acumulados y en beneficio de los empleados públicos a tiempo parcial, razón por la que decide igualarlos en 23 días”.

Por ello delimita la cuestión en los siguientes términos: “[...]no es si hay que estar únicamente al resultado de una operación de cálculo sino, a la vista del resultado final, si cabe igualar la jornada diaria de los empleados públicos a tiempo parcial con la de los empleados públicos a jornada completa y así evitar un resultado desproporcionado en beneficio de los primeros, con un exceso de días de permiso acumulado.”

(b) Divergencia, pero no tanta, con la doctrina de la Sala Cuarta del TS, que trata de solventarse orillando sus resultados.

Indica que la Sala 4ª ha aplicado un cálculo abstracto, más sujeto a la lógica del cálculo matemático. Lo enjuiciado por la Sala 3ª es el resultado real y efectivo en días completos, acumulados y retribuidos de permiso, con un efecto discriminatorio para los empleados públicos a tiempo completo. Por tanto, al margen del cálculo puramente matemático, concluye que es “conforme a Derecho que, en la gestión del empleo público, se adopte el acuerdo de fijar una duración común para todos los empleados públicos de la misma Administración que evite un trato desigual en favor de los empleados públicos a tiempo parcial en comparación con los empleados a tiempo completo cuya jornada se toma como referencia.”

En realidad, el tema tratado por la Sala 4ª presenta matices con relación al abordado por la Sala contencioso-administrativa. Detengámonos brevemente en ello:

(i) Coinciden en el planteamiento de la cuestión básica o general, pues la STS 986/2023, de 21 de noviembre señala que “la cuestión a resolver es la de determinar cómo debe calcularse la acumulación de jornadas por lactancia de los trabajadores a tiempo parcial, en un supuesto en el que la empresa reconoce el derecho a tal acumulación pese a que el convenio colectivo de aplicación no regula esa materia.”

(ii) Ambas sentencias (la de la 3ª y la 4ª) emplean la misma fórmula de cálculo antes vista.

(iii) Pero finalmente la Sala de lo Social, en la indicada sentencia lleva a cabo una serie de precisiones que aparentemente entrañan una divergencia con el criterio de la Sala 3ª. Puesto que, se puede leer en los fundamentos jurídicos de la STS 986/2023, de 21 de noviembre que:

“Con la alternativa sustitutoria de acumular el permiso no se persigue que todos los trabajadores dispongan del mismo número de jornadas acumuladas de libranza, sino que puedan disfrutar acumuladamente de la totalidad de las horas de trabajo efectivo que les corresponden como permiso de lactancia.”

“Esto explica lo extraño que pudiere resultar, solo en apariencia, el hecho de que los trabajadores a tiempo parcial vayan a disponer de un mayor número de jornadas de trabajo acumuladas que los que prestan servicio a tiempo completo. Un efecto engañoso, si se repara en la circunstancia de que todos ellos disfrutaran, finalmente, de las mismas horas de permiso.”

X. Apunte final

Tres apuntes para cerrar este comentario.

1º) El primero lo proporciona la sentencia comentada. Tiene el valor de explicitar el interés de la doctrina que contiene:

(a) Cuando destaca que se trata de una “decisión generalizadora” adoptada no para una empresa, sino “para toda una Administración territorial más para la Administración institucional dependiente de la misma”.

(b) Y cuando hace una llamada a la negociación colectiva. La sentencia recuerda que “la reclamación ha partido de un sindicato, pero que accionó a instancias de dos concretas trabajadoras. Y aunque no sea litigioso, no está de más apuntar que se trata de una decisión que por su naturaleza generalizable incide en una de las materias sujetas a negociación colectiva en el empleo público [cfr. artículo 37.1.m) del EBEP].”

2º) El segundo, se refiere al modo de abordar la Sala de lo Social la interpretación de la forma de cálculo de los días del permiso de lactancia cuando se opta por su acumulación en jornadas completas, afectando a empleados a tiempo parcial o con reducción de jornada. Lo afronta abiertamente la Sala 3ª, incluso llega a calificar que el cálculo que hace la Sala 4ª en su doctrina unificadora es *abstracto*, pero, *in extremis*, evita la “confrontación” entre doctrinas de Salas, para encaminarse hacia un criterio

pragmático, al realizar un juicio de igualdad en términos absolutos, evitando cualquier atisbo que suponga consagrar o aceptar una discriminación inversa.

Ahora bien, bien mirado, lo que deciden una y otra, a la postre, puede llevar al mismo resultado por diferentes sendas argumentales: en el caso de empleados públicos, esto es, el resuelto por la Sala 3ª, evitando la discriminación inversa en favor de los empleados a tiempo parcial; y en la Sala 4ª garantizando el derecho de los trabajadores a tiempo parcial a no ser discriminados. Dos maneras de ver la misma cuestión desde distintas perspectivas diferentes, pero alcanzando la misma conclusión.

3º) El tercer apunte deriva de los dos anteriores, y se mueve en el espacio “*de lege ferenda*” de políticas legislativas: hasta qué punto convendría la concentración en un orden jurisdiccional (preferentemente el social) de todos los aspectos comunes derivados del régimen jurídico de la prestación de servicios personales dependientes.

Referencias:

1. ^ ECLI:ES:TS:2023:5160
2. ^ ECLI:ES:TS:2018:1613
3. ^ ECLI:ES:TS:2025:5527AA

- § 54 Sujeto obligado a recibir notificaciones a través de la Sede Electrónica de la Seguridad Social que autoriza a otro a través del Sistema Autorizado RED. En tal caso, ¿la notificación electrónica de la resolución desestimatoria de un recurso de alzada debe dirigirse únicamente al sujeto obligado o también al autorizado RED?**

María Areta Martínez

Secretaria de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos

Resumen: La STS-CONT núm. 763/2025, de 16 de junio (Recurso de casación núm. 5565/2022), señala que en los casos en que un sujeto obligado a recibir notificaciones a través de la Sede Electrónica la Seguridad Social autoriza a otro a través del Sistema Autorizado RED, las notificaciones electrónicas de las resoluciones de recursos administrativos interpuestos contra actos administrativos que traigan causa o se dicten como consecuencia de los datos que deben comunicarse electrónicamente a través del Sistema RED, deben ponerse a disposición tanto del sujeto obligado a recibirlas como del autorizado, salvo que el obligado opte expresamente por lo contrario. La aplicación de la doctrina expuesta al caso ahora examinado determina que la notificación electrónica de la resolución que desestima un recurso de alzada de la TGSS quedará válidamente realizada y surtirá efecto cuando se dirigida no solo al sujeto obligado, sino también al sujeto autorizado RED. Nótese que el plazo de dos meses para interponer el recurso contencioso-administrativo comenzará a computar cuando la resolución desestimatoria del recurso de alzada, que pone fin a la vía administrativa, haya sido notificada válidamente, esto es, cuando se haya realizado la doble notificación electrónica, tanto al sujeto obligado como al autorizado, no solo al primero. La STS-CONT núm. 763/2025 invita a reflexionar sobre la doble notificación electrónica en materia de Seguridad Social y, en particular, si queda limitada al acto administrativo inicial o también debe extenderse al posterior acto administrativo que resuelve la impugnación a través del correspondiente recurso administrativo.

Palabras clave: Resolución desestimatoria de recurso de alzada. Doble notificación electrónica. Sujeto obligado y autorizado RED. "Dies a quo" para interponer recurso contencioso-administrativo.

I. Introducción

Las páginas que siguen a continuación tienen por objeto comentar los Antecedentes de Hecho, los Fundamentos de Derecho y el Fallo de la STS-CONT núm. 763/2025, de 16 de junio (ECLI:ES:TS:2025:2865), que resuelve el recurso de casación núm. 5565/2022, interpuesto por la empresa Dynastic Explotaciones SLU contra la STSJ de la Comunidad Valenciana-CONT núm. 391/2022, de 17 de mayo

(ECLI:ES:TSJCV:2022:2498), que declara la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo núm. 78/2020, interpuesto por la empresa aquí recurrente contra la Resolución de la Dirección Provincial de la TGSS de Alicante, de 22 de noviembre de 2019, que desestimó sendos recursos de alzada interpuestos contra resoluciones de 4 y 17 de octubre de 2019, denegatorias de: 1) la solicitud de cambio de clave de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de un grupo de trabajadores para que se corresponda con el CNAE de la empresa (55.10: hoteles y alojamientos), en lugar de la clave de ocupación D (personal de oficinas en instalaciones y reparaciones de edificios, obras y trabajos de construcción en general); y 2) la solicitud de devolución de ingresos indebidos en concepto de cotizaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

El TSJ de la Comunidad Valenciana declaró la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo por considerar, ex artículo 69.e) de la Ley 29/1998 (LRJCA), que fue presentado fuera del plazo máximo de 2 meses, que comienza a computar (*dies a quo*) el día siguiente al de la notificación de la Resolución desestimatoria del recurso de alzada que puso fin a la vía administrativa. El caso tiene la particularidad de que la notificación electrónica de la resolución desestimatoria de los recursos de alzada fue dirigida únicamente a la empresa, no así también al sujeto autorizado por la empresa a través del Sistema Autorizado RED. Esta particularidad lleva a cuestionar si la notificación electrónica ha sido o no realizada válidamente y, por tanto, si surte o no efecto en orden al inicio del cómputo del plazo de dos meses para interponer el posterior recurso contencioso-administrativo.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 763/2025, de 16 de junio.

Tipo y número de procedimiento: Recurso de casación núm. 5565/2022.

ECLI:ES:TS:2025:2865

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm. Sra. Dña. María Pilar Cancer Minchot.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si, en los casos en que un sujeto está obligado a recibir las notificaciones a través de la Sede Electrónica de la Seguridad Social y autoriza a otro mediante el Sistema Autorizado RED, la Administración debe realizar la notificación de la resolución de un recurso administrativo tanto al sujeto obligado como al autorizado RED o basta con ponerla a disposición del primero. Concretamente, en el caso ahora examinado se trata de determinar a quién debe notificar la TGSS la Resolución desestimatoria de un recurso de alzada para que sea válida y surta efecto: si únicamente al sujeto obligado a recibir las notificaciones a través de la Sede Electrónica de la Seguridad Social o también al sujeto autorizado RED. Nótese que el plazo de 2 meses para interponer el recurso contencioso-administrativo comenzará a computar si la notificación electrónica de la Resolución desestimatoria del recurso de alzada ha sido válida y surtido efecto; dicho de otro modo: la fijación del *dies a quo* para presentar el recurso contencioso-administrativo queda condicionada por la validez de la notificación electrónica de la Resolución desestimatoria del recurso de alzada.

Para dar respuesta a la cuestión de interés casacional planteada conviene exponer el *iter* cronológico señalado a continuación:

- Los días **4 y 17 de octubre de 2019**, la Dirección Provincial de la TGSS de Alicante dicta Resoluciones denegatorias de dos solicitudes presentadas por la empresa Dynastic Explotaciones SLU: 1) solicitud de cambio de clave de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de un grupo de trabajadores para que se corresponda con el CNAE de la empresa (55.10: hoteles y alojamientos), en lugar de la clave de ocupación D (personal de oficinas en instalaciones y reparaciones de edificios, obras y trabajos de construcción en general); y 2) solicitud de devolución de ingresos indebidos en concepto de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales al haberse aplicado el tipo 6,70 %, correspondiente a la clave D, que es superior al que resulta aplicable según el CNAE de la empresa. La empresa presenta, a través de la persona autorizada RED, sendos recursos de alzada contra las Resoluciones de la TGSS denegatorias de dichas solicitudes.
- El **22 de noviembre de 2019**, la Dirección Provincial de la TGSS de Alicante dicta Resolución por la que desestima los recursos de alzada interpuestos contra las Resoluciones de 4 y 19 de octubre de 2019.
- El **9 de diciembre de 2019**, la TGSS pone la Resolución desestimatoria de los recursos de alzada en la Sede Electrónica de la Seguridad Social a disposición de la empresa Dynastic Explotaciones SLU como sujeto obligado. El sujeto autorizado RED no recibe la notificación electrónica de la Resolución desestimatoria de los recursos de alzada.
- El **21 de diciembre de 2019**, la notificación electrónica de la Resolución desestimatoria de los recursos de alzada se considera rechazada por haber transcurrido 10 días naturales desde su puesta a disposición en la Sede Electrónica de la Seguridad Social sin que la empresa accediera a su contenido.
- El **13 de marzo de 2020**, la empresa presenta escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la TGSS de 22 de noviembre de 2019, desestimatoria de sendos recursos de alzada.
- El **17 de mayo de 2022**, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana dicta la Sentencia núm. 391/2022, de 17 de mayo (ECLI:ES:TSJCV:2022:2498), que declara la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo núm. 78/2020 por extemporáneo, ex artículo 69.e) de la LRJCA, imponiendo a la parte actora (empresa) las costas con el límite de 1.500 euros, ex artículo 68.2 de la LRJCA. El TSJ de la Comunidad Valenciana declara que el recurso contencioso-administrativo es extemporáneo al haber transcurrido más de 2 meses entre el día siguiente a la fecha en la que se entiende hecha la notificación electrónica de la Resolución desestimatoria del recurso de alzada (21 de diciembre de 2019) y la fecha de presentación del escrito del recurso (13 de marzo de 2020). El TSJ de la Comunidad Valenciana considera que la notificación electrónica de resoluciones administrativas que resuelven la impugnación de actos derivados de los procedimientos en materia de Seguridad Social recogidos en el artículo 1 de la Orden ESS/484/2013 es válida cuando se efectúa únicamente al sujeto obligado, no siendo necesario notificar también al autorizado RED. La Sala añade

que el autorizado RED debe gozar de representación o poder especial para recibir la notificación electrónica de la resolución que resuelve la impugnación de los actos administrativos dictados en los procedimientos que señala el artículo 1 de la Orden ESS/484/2013. En el caso ahora examinado, dado que se trata de resolución desestimatoria de un recurso de alzada (impugnación de acto administrativo), la Sala valenciana entiende que la notificación electrónica queda válidamente efectuada cuando se dirige únicamente al sujeto obligado (empresa), no siendo necesario notificar también al autorizado RED, que no consta goce de representación o poder especial para ello. La empresa Dynastic Explotaciones SLU presenta en plazo escrito de preparación del recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana, que dicta Auto en el que se tiene por preparado, ordenando su remisión al TS, previo emplazamiento de las partes, ex artículo 89.5 de la LRJCA.

- El **15 de junio de 2023**, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS dicta Auto (ECLI:ES:TS:2023:7790A) en el que acuerda: 1) admitir a trámite el recurso de casación, 2) precisar la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, 3) identificar las normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación, 4) publicar el auto en la página Web del TS, 5) comunicar inmediatamente a la Sala de instancia (Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana) la decisión adoptada en el auto, y 6) remitir las actuaciones, para su tramitación y decisión, a la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, competente de conformidad con las normas de reparto. Nótese que el asunto es finalmente asumido por la Sección Tercera (no la Cuarta) de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS.
- El **13 de septiembre de 2023**, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS dicta Providencia en la que se tiene por interpuesto el recurso de casación y se acuerda dar traslado del mismo a las partes recurridas para que puedan oponerse al recurso.
- El **30 de abril de 2025**, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS dicta Providencia en la que se señala el 10 de junio de 2025 como fecha para la votación y fallo del recurso. La Sala no considera necesaria la celebración de vista pública a causa de la índole del asunto, ex artículo 92.6 de la LRJCA.
- El **16 de junio de 2025**, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS dicta Sentencia que resuelve el recurso de casación núm. 5565/2022, interpuesto por la empresa Dynastic Explotaciones SLU contra la STSJ de la Comunidad Valenciana-CONT núm. 391/2022, de 17 de mayo, y que ahora se comenta.

IV. Posiciones de las partes

1. La parte recurrente (empresa)

La empresa recurrente (Dynastic Explotaciones SLU), que es sujeto obligado a incorporarse al Sistema RED y a recibir las comunicaciones y notificaciones a través de la Sede Electrónica de la Seguridad Social, se alza en el escrito de interposición del recurso de casación contra la STSJ de la Comunidad Valenciana-CONT núm. 391/2022, de 17 de mayo, con los argumentos siguientes:

- Las comunicaciones y notificaciones electrónicas derivadas de las actuaciones administrativas en el marco del Sistema RED se realizan a través de una persona física autorizada RED, que ha sido designada por la empresa. Esta persona autorizada ha venido actuando como interlocutor exclusivo de la empresa frente a la Administración de la Seguridad Social tanto para la remisión como para la recepción de actuaciones y comunicaciones administrativas.
- La notificación electrónica de la resolución dictada en un recurso de alzada, y la de cualquier otra resolución obrante en el expediente administrativo, no puede considerarse válidamente realizada si solo se ha efectuado a la empresa y no al autorizado RED. La falta de notificación al sujeto autorizado RED implica vaciar de contenido el régimen de notificaciones electrónicas previsto en la normativa aplicable, vulnerando los principios de buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, máxime si se tiene en cuenta que la empresa se ha venido relacionando con la TGSS durante todo el procedimiento administrativo a través del autorizado RED, incluso para la interposición del propio recurso de alzada.
- La notificación de la Resolución desestimatoria del recurso de alzada ha sido practicada únicamente a la empresa (sujeto obligado), no así al autorizado RED, entendiéndose de manera excepcional que ha quedado válidamente realizada una vez transcurrido el plazo de 10 días naturales sin que la empresa haya accedido a su contenido. Esta práctica excepcional de dar por notificada una resolución una vez transcurrido el plazo de 10 días naturales sin que el sujeto al que va dirigida haya accedido a su contenido resulta contraria a la doctrina jurisprudencial porque, como excepción, debe interpretarse de manera restrictiva. Sin la obligatoria notificación electrónica al autorizado RED, una resolución nunca debería considerarse válidamente notificada por el solo transcurso del plazo sin que el sujeto obligado haya accedido a su contenido, so pena de vulnerar los principios de buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima del administrado.
- La interpretación que la Sentencia recurrida hace de la normativa aplicable no se ajusta al tenor literal de los preceptos aplicables, resultando restrictiva de los derechos del interesado porque le impide acceder a la notificación electrónica de la resolución desestimatoria del recurso de alzada.

2. La parte recurrida (Administración de la Seguridad Social)

La Administración de la Seguridad Social se opone al motivo alegado en el recurso de casación, arguyendo que la TGSS ha cumplido el procedimiento legalmente establecido para efectuar la notificación electrónica de la Resolución de 22 de noviembre de 2019, que desestima el recurso de alzada; y ello es así porque: 1) el 9 de diciembre de 2019, la referida Resolución fue puesta a disposición de la empresa recurrente en la Sede Electrónica de la Seguridad Social; y 2) el 21 de diciembre de 2019, la referida Resolución se entendió efectivamente notificada una vez transcurrido el plazo de 10 días naturales sin que la empresa o su representante aceptaran expresamente la notificación.

La Administración de la Seguridad Social considera que la empresa recurrente ha actuado de manera negligente al no comparecer en la Sede Electrónica de la Seguridad Social para aceptar la notificación de la Resolución dentro de los 10 días naturales posteriores al 9 de diciembre de 2019, que fue la fecha de su puesta a

disposición. La Administración de la Seguridad Social señala que la empresa recurrente no puede pretender beneficiarse de su conducta pasiva y carente de diligencia, sin que a ello obste el derecho constitucional que le asiste a la tutela judicial efectiva.

La Administración de la Seguridad Social considera que no ha conculcado la normativa vigente por el hecho de que la resolución desestimatoria del recurso de alzada no haya sido notificada al sujeto autorizado RED ya que fue puesta a disposición de la empresa como sujeto obligado a recibir las notificaciones electrónicas a través de la Sede Electrónica de la Seguridad Social.

La Administración de la Seguridad Social concluye que la TGSS ha seguido el procedimiento legalmente establecido para realizar la notificación electrónica de la resolución desestimatoria del recurso de alzada, entendiéndose válidamente realizada el 21 de diciembre de 2019 y produciendo efectos jurídicos a partir de tal fecha.

V. Normativa aplicable al caso

En orden a resolver la cuestión con interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, la STS-CONT núm. 763/2025 aplica e interpreta las normas jurídicas siguientes:

- Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) (BOE núm. 236, de 2 octubre 2015): artículos 41.1 y 41.5.
- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) (BOE núm. 261, de 31 octubre 2015): artículo 132.2.
- Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (BOE núm. 153, de 25 junio 2004): artículo 9.2.a).
- Orden ESS/484/2013, de 26 de marzo, por la que se regula el Sistema de remisión electrónica de datos en el ámbito de la Seguridad Social (BOE núm. 75, de 28 marzo 2013): artículos 1 y 5.
- Orden ESS/485/2013, de 26 de marzo, por la que se regulan las notificaciones y comunicaciones por medios electrónicos en el ámbito de la Seguridad Social (BOE núm. 75, de 28 marzo 2013): artículos 1, 3, 4, 8 y disposición adicional única. Aunque la Orden ESS/485/2013 está derogada desde el 2 de octubre de 2020^[1], resulta aplicable al caso ahora examinado *ratione temporis*.

VI. Doctrina básica

La STS-CONT núm. 763/2025 elabora doctrina sobre la notificación electrónica de las resoluciones de recursos administrativos en materia de Seguridad Social cuando el sujeto obligado a recibir las notificaciones a través de la Sede Electrónica de la Seguridad Social autoriza a otro a través del Sistema Autorizado RED. Con arreglo a la normativa aplicable al caso, el TS resuelve la cuestión de interés casacional como sigue a continuación.

En los casos en que un sujeto obligado a recibir notificaciones a través de la Sede Electrónica de la Seguridad Social haya autorizado a otro a través del Sistema Autorizado RED, las notificaciones electrónicas de las resoluciones de recursos administrativos interpuestos contra actos administrativos que traigan causa o se dicten como consecuencia de los datos que deben comunicarse electrónicamente a través del Sistema RED, se pondrán a disposición tanto del sujeto responsable obligado a

recibir las como del autorizado RED, salvo que el sujeto obligado opte (expresamente) por recibir las únicamente él. La doctrina elaborada por el TS consta de dos reglas: una general y otra excepcional:

- **Regla general:** la notificación electrónica de la resolución del recurso administrativo debe dirigirse tanto al sujeto obligado como al autorizado RED; es decir, la regla general es la doble notificación electrónica.
- **Regla excepcional:** aun habiendo un sujeto autorizado RED, la notificación electrónica de la resolución del recurso administrativo debe dirigirse únicamente al sujeto obligado si este ha manifestado expresamente que vaya dirigida solo a él. Si el sujeto obligado ha optado porque las notificaciones se pongan exclusivamente a su disposición, tal opción ha de ser expresa, lo cual exige un acto voluntario y formal en tal sentido por su parte.

La aplicación de la doctrina expuesta al caso ahora examinado determina que para que la notificación electrónica de la Resolución desestimatoria del recurso de alzada surta efecto debe dirigirse no solo al sujeto obligado a recibir notificaciones a través de la Sede Electrónica de la Seguridad Social, que es la empresa, sino también al sujeto autorizado RED. En consecuencia, el plazo de 2 meses para interponer el recurso contencioso-administrativo comenzará a computar a partir del día siguiente al de la notificación electrónica de la Resolución desestimatoria del recurso de alzada siempre que dicha notificación se haya dirigido tanto al sujeto obligado como al autorizado RED; dicho de otro modo: la notificación electrónica de la Resolución desestimatoria del recurso de alzada no surtirá efecto y, por tanto, no comenzará a computar el plazo para interponer el posterior recurso contencioso-administrativo, si únicamente se dirige al sujeto obligado. En el caso ahora examinado, la notificación de la Resolución desestimatoria del recurso de alzada no ha surtido efecto porque se ha realizado únicamente a la empresa, no así al autorizado RED.

El TS concluye con tres ideas que se desprenden de la normativa aplicable y que, aun a riesgo de resultar reiterativas, dejan más clara si cabe la respuesta dada a la cuestión de interés casacional planteada:

- La doble notificación electrónica (sujeto responsable y autorizado) es la regla general, y no una opción potestativa de la Administración.
- La autorización del sujeto obligado habilita al sujeto autorizado para recibir notificaciones, incluso aquellas que resuelven recursos administrativos referidos a materias del Sistema RED.
- El autorizado para actuar a través del Sistema RED no tiene que contar con un poder especial para recibir la notificación de resoluciones que resuelven recursos administrativos, salvo que se trate de procedimientos excluidos del ámbito objetivo del Sistema RED, lo cual no ocurre en el caso analizado.

A modo resumen, cabe afirmar que **los procedimientos de impugnación administrativa en materia de Seguridad Social no quedan al margen del régimen de doble notificación electrónica**.

VII. Parte dispositiva

En nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS ha decidido, tras fijar en el Fundamento Sexto la doctrina que responde a la cuestión de interés casacional planteada:

- Estimar el recurso de casación núm. 5565/2022, interpuesto por la entidad Diynastic Explotaciones SLU, contra la STSJ de la Comunidad Valenciana-

CONT núm. 391/2022, en el recurso contencioso-administrativo núm. 78/2020.

- Retrotraer las actuaciones al momento anterior al señalamiento para votación y fallo a fin de que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana se pronuncie sobre los demás motivos del recurso contencioso-administrativo núm. 78/2020 deducidos por las partes.
- No imponer las costas del recurso de casación.

VIII. Comentario

La interesante STS-CONT núm. 763/2025, de 16 de junio (Recurso de casación núm. 5565/2022), dictamina que la Resolución desestimatoria del recurso de alzada dictada por la TGSS está sujeta a doble notificación electrónica. En el caso en que un sujeto obligado a recibir comunicaciones y notificaciones a través de la Sede Electrónica la Seguridad Social haya autorizado a otro a través del Sistema Autorizado RED, la resolución desestimatoria del recurso de alzada debe ser puesta en la Sede Electrónica de la Seguridad Social a disposición tanto del sujeto responsable obligado a recibirla, que en este caso es la empresa Dynastic Explotaciones SLU, como del autorizado RED.

El TS, tras exponer la normativa jurídica aplicable al caso, incorpora con orden, claridad y rigor una sólida argumentación jurídica que conduce al fallo. Esta Sentencia invita a reflexionar sobre la siguiente cuestión: si la doble notificación electrónica en materia de Seguridad Social queda limitada al acto administrativo inicial o también debe extenderse al posterior acto administrativo que resuelve la impugnación realizada a través del correspondiente recurso administrativo. Dos consideraciones al respecto:

- **Primera consideración: si hay autorizado RED, la doble notificación electrónica procede en todo caso.** El TS acude al artículo 4.1 de la Orden ESS/485/2013, según el cual, cuando un sujeto esté obligado a recibir por vía electrónica las notificaciones y comunicaciones que le dirija la Administración de la Seguridad Social, tales notificaciones y comunicaciones electrónicas *se pondrán a disposición, en todo caso, tanto del sujeto responsable obligado a recibirlas como del autorizado que en cada momento tenga asignada la gestión en el Sistema RED del código de cuenta de cotización principal de aquél [...]*. En palabras del TS, el artículo 4.1 de la Orden ESS/485/2013 *establece con rotundidad* la doble notificación electrónica (al sujeto obligado y al autorizado RED), al señalar que procede *en todo caso*. Nótese que la doble notificación electrónica que prevé el artículo 4.1 de la Orden ESS/485/2013 alcanza a *todas las actuaciones y procedimientos en materia de Seguridad Social [...]*^[2], *con excepción de aquellos actos derivados de las relaciones jurídicas en que aquélla (la Administración de la Seguridad Social) actúe en calidad de sujeto de derecho privado*.
- **Segunda consideración: la doble notificación electrónica alcanza no solo al acto administrativo inicial, sino también al posterior acto administrativo que resuelve la impugnación realizada a través del correspondiente recurso administrativo.** El TS señala que la resolución de un recurso administrativo (como el de alzada) está comprendida dentro de los actos administrativos sujetos a doble notificación electrónica. El TS declara que la resolución de un recurso administrativo queda incluida dentro de la referencia que el artículo 132.2 de la LGSS hace a la notificación electrónica que debe hacerse al autorizado RED de *los actos administrativos que traigan causa o se dicten como consecuencia de datos que deben comunicarse electrónicamente a través del Sistema RED*. Para

llegar a tal declaración, el TS acude al artículo 8.1.párrafo 2º de la Orden ESS/485/2013, que define (concepto legal) qué haya de entenderse por actos administrativos que traigan causa o se dicten como consecuencia de datos que deben comunicarse electrónicamente a través del Sistema RED; a saber: son todos aquellos que vengan motivados por las transmisiones efectuadas o que deban efectuarse y los subsiguientes que tengan lugar en los procedimientos administrativos incoados como consecuencia de la obligación de transmitir tales datos en materia de inscripción, altas, bajas y variaciones de datos de empresarios y trabajadores, cotización, recaudación voluntaria y ejecutiva, comunicación de partes de baja, confirmación y alta de incapacidad temporal y cualesquiera otras materias que sean objeto de transmisión a través del citado sistema. El TS sostiene que los actos administrativos que resuelven recursos de alzada o reposición: 1) forman parte de los procedimientos iniciados en materia de Seguridad Social que deben ser gestionados obligatoriamente a través del Sistema RED (inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores, cotización, recaudación, prestaciones) y, por tanto, 2) se encuentran sometidos a los mismos requisitos y canales de notificación electrónica que los actos administrativos iniciales, y ello es así porque se integran en el procedimiento del que traen causa. El TS concluye que la resolución de un recurso administrativo queda incluida dentro de la referencia que el artículo 8.1.párrafo 2º de la Orden ESS/485/2013 hace a los actos administrativos subsiguientes cuya notificación electrónica debe ponerse en todo caso a disposición tanto del sujeto obligado como del autorizado RED.

El TS añade que no cabe resolver de otro modo la cuestión de interés casacional planteada, máxime cuando en el caso ahora examinado se ha dado la circunstancia de que ha sido el propio autorizado RED *quien había intervenido activamente en el procedimiento administrativo mediante la presentación de los recursos de alzada*. El TS recuerda su doctrina jurisprudencial^[3] y la del TC para aportar dos ideas adicionales relevantes:

- **Primera idea: la distinción entre defectos formales y defectos sustanciales en la notificación electrónica.** El TS *distingue, en la notificación electrónica de un acto administrativo, entre defectos formales irrelevantes y defectos sustanciales.* La falta de notificación electrónica al autorizado RED de la resolución desestimatoria del recurso de alzada no constituye un defecto formal irrelevante, sino un defecto sustancial en la práctica de la notificación.
- **Segunda idea: la ausencia de doble notificación electrónica, siendo un defecto sustancial, genera indefensión.** El TS señala que la ausencia de notificación electrónica al autorizado RED, siendo un defecto sustancial en la práctica de la notificación, genera una situación clara de indefensión, que vulnera el artículo 24 de la CE. El TS recuerda que, *si bien las notificaciones electrónicas suponen un cambio importante en los medios de comunicación entre la Administración y los administrados, no modifican el paradigma constitucional que exige garantizar la tutela judicial efectiva y evitar la indefensión.* La falta de notificación electrónica al autorizado RED de la resolución desestimatoria del recurso de alzada ha frustrado el conocimiento del acto administrativo por parte del recurrente, impidiéndole ejercer su derecho de defensa en tiempo oportuno al interponer fuera de plazo el recurso contencioso-administrativo. Por tanto, no puede entenderse válidamente practicada la notificación y, en consecuencia, no

puede considerarse extemporáneo el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a la resolución desestimatoria del recurso de alzada.

IMPORTANTE. Aunque la Orden ESS/485/2013 fue derogada por la Orden ISM/903/2020^[4], la STS-SOC núm. 763/2025 la aplica en el caso ahora examinado *ratione temporis*. Llegados a este punto cabe plantearse si la doctrina elaborada por el TS a partir de la Orden ESS/485/2013 resulta aplicable en supuestos regidos por la vigente Orden ISM/903/2020, cuyo contenido difiere en algunos puntos relevantes de su predecesora; a saber:

- **Primer punto diferente.** La Orden ISM/903/2020, a diferencia de la Orden ESS/485/2013, no recoge un concepto legal de actos administrativos que traigan causa o se dicten como consecuencia de datos que deben comunicarse electrónicamente a través del Sistema RED al autorizado RED. La STS-CONT núm. 763/2025 declara que la resolución de un recurso administrativo de alzada queda incluida dentro de la definición que el artículo 8.1.párrafo 2º de la Orden ESS/485/2013 hace de los *actos administrativos que traigan causa o se dicten como consecuencia de datos que deben comunicarse electrónicamente* al sujeto autorizado a través del Sistema RED. Llegados a este punto la cuestión pasa por determinar si la ausencia de tal concepto legal en la vigente Orden ISM/903/2020 impide incluir la resolución de un recurso administrativo, como es el de alzada, dentro de los actos administrativos sujetos a doble notificación electrónica.
- **Segundo punto diferente.** El artículo 6.1 de la Orden ISM/903/2020, a diferencia del artículo 4.1 de la Orden ESS/485/2013, no establece con igual rotundidad que las notificaciones y comunicaciones electrónicas se pondrán, en todo caso, a disposición tanto del sujeto obligado responsable a recibirlas como del autorizado RED. Concretamente, el artículo 4.1 de la vigente Orden ISM/903/2020 dispone que *las notificaciones y comunicaciones electrónicas se pondrán a disposición tanto del obligado a recibirlas como, en su caso, del autorizado que en cada momento tenga asignada la gestión en el Sistema RED del código de cuenta de cotización principal o, en su defecto, del número de Seguridad Social de aquel, en los términos previstos en la Orden ESS/484/2013, de 26 de marzo*. Con todo, no parece que la expresión “en su caso” deba ser interpretada en el sentido de que haya casos en que la notificación electrónica deba ponerse a disposición únicamente del sujeto responsable obligado a recibirla, y otros en que también deba ponerse a disposición del autorizado RED. Todo apunta a que la interpretación más acertada es aquella que determina que, en caso de que el sujeto obligado haya designado un autorizado RED, la notificación electrónica se realizará siempre a ambos.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS no ha tenido ocasión hasta el momento de aplicar la vigente Orden ISM/903/2020 para resolver la misma cuestión de interés casacional planteada en el recurso de casación núm. 5565/2022 ahora examinado y que, tal y como ha quedado expuesto, soluciona con fundamento en la derogada Orden ESS/484/2013, cuya aplicación procede *ratione temporis*. Por tanto, todavía no es posible saber si el TS mantendrá la misma doctrina caso de que la cuestión llegara a plantearse con ocasión de supuestos regidos por la Orden ISM/903/2020.

Llegados a este punto cabe añadir al comentario dos cuestiones:

- **Primera cuestión: ¿La solución dada por el TS hubiera sido la misma si el sujeto obligado (la empresa) no se hubiera relacionado con la TGSS durante todo el expediente administrativo a través de su autorizado RED?** El TS otorga relevancia jurídica al hecho de que, en el

caso ahora examinado, el autorizado RED ha estado presente durante todo el expediente administrativo, siendo también el propio autorizado RED quien presentó los recursos de alzada. El TS señala que la presencia del autorizado RED desde el inicio del expediente administrativo genera una confianza legítima, es decir, una expectativa razonable de que la TGSS notificaría la resolución desestimatoria del recurso de alzada al autorizado RED, tal y como había hecho hasta ese momento con las resoluciones administrativas precedentes. El TS considera que al no recibir el autorizado RED notificación electrónica de la Resolución desestimatoria del recurso de alzada, la confianza legítima ha quedado frustrada, generándose una situación de indefensión. Cabe plantearse si la doble notificación electrónica de la resolución desestimatoria del recurso de alzada resultaría exigible cuando, a diferencia del supuesto ahora examinado, el autorizado RED no hubiera estado presente en todas las fases del expediente administrativo o no hubiera sido él quien presentara el recurso de alzada, y es que en estos casos no parece que surja *stricto sensu* una situación de confianza legítima. En definitiva, no parece baladí preguntarse si para que la resolución desestimatoria del recurso de alzada deba ser notificada al autorizado RED (no solo al sujeto obligado) es o no necesario identificar una situación de confianza legítima en los términos expuestos.

- **Segunda cuestión. ¿Conviene tener presente si la resolución desestimatoria del recurso de alzada es expresa o presunta?** Aunque tal vez resulte innecesario destacarlo por evidente, la cuestión de interés casacional referida a la doble notificación electrónica (al sujeto obligado y al autorizado RED) de la resolución desestimatoria de un recurso de alzada se plantea cuando ha sido expresa, no presunta. Nótese que la resolución desestimatoria de un recurso de alzada puede ser expresa, tal y como ha sucedido en el caso ahora examinado, o presunta por silencio administrativo, lo cual sucede cuando transcurre un plazo de 3 meses sin que recaiga resolución (artículo 122.2 LPAC). Nótese que el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo varía según que la resolución desestimatoria del recurso de alzada haya sido expresa o presunta (artículo 46.1 LRJCA):
 - Resolución desestimatoria expresa del recurso de alzada: el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo es de 2 meses y comienza a computar el día siguiente al de la notificación electrónica de la resolución expresa, siempre que sea válida y surta efectos, es decir, siempre que haya existido doble notificación electrónica (al sujeto obligado y al autorizado RED).
 - Resolución desestimatoria presunta (por silencio administrativo) del recurso de alzada: el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo es de 6 meses y comienza a computar el día siguiente al de finalización del plazo de 3 meses para dictar y notificar la resolución del recurso de alzada, sin que esta recaiga.

IX. Apunte final: sobre el alcance de la jurisprudencia elaborada a partir de una norma jurídica que está derogada en el momento de dictarse sentencia, pero que el TS la aplica *ratione temporis*

A modo de apunte final merece la pena hacer una referencia, siquiera sea breve, al alcance de la jurisprudencia elaborada a partir de normas jurídicas que el TS aplica *ratione temporis*, pero que están derogadas (o modificadas) en el momento de dictarse la sentencia. La cuestión cobra especial relevancia cuando el contenido de la norma

vigente en el momento de dictarse la sentencia dista del recogido en la norma jurídica que el TS aplica *ratione temporis* para resolver la cuestión de fondo planteada.

En ocasiones, la dilación de los procesos judiciales puede conducir a que la norma jurídica aplicable al caso *ratione temporis* ya no esté vigente cuando el TS dicta sentencia. Ello lleva a analizar el alcance real de la jurisprudencia elaborada a partir de una normativa jurídica que ha quedado derogada y sustituida por otra en el momento de dictarse la sentencia. Así sucede en la interesante STS-CONT núm. 763/2025, que incorpora una relevante doctrina sobre doble notificación electrónica de la resolución desestimatoria de recurso de alzada dictada en materia de Seguridad Social, cuya clara y sólida argumentación jurídica se fundamenta en buena medida en la Orden ESS/485/2013. El propio TS hace constar expresamente en la sentencia que esta norma jurídica está ahora derogada (y sustituida por la Orden ISM/903/2020), pero resulta aplicable *ratione temporis* para resolver la cuestión de interés casacional. ¿La respuesta a la cuestión de interés casacional hubiera sido la misma si la norma jurídica aplicable fuera la vigente Orden ISM/903/2020, en lugar de la Orden ESS/485/2013?, ¿La jurisprudencia adoptada por aplicación de la Orden ESS/485/2013 resulta válida para los supuestos regidos por la posterior Orden ISM/903/2020?

Referencias:

1. [^] El 2 de octubre de 2020, la Orden ESS/485/2013 quedó derogada por la Orden ISM/903/2020, de 24 de septiembre, por la que se regulan las notificaciones y comunicaciones electrónicas en el ámbito de la Administración de la Seguridad Social (BOE núm. 258, de 29 septiembre 2020).
2. [^] Para el caso particular de actos administrativos que recaigan en materia de gestión recaudatoria de la Seguridad Social, la doble notificación electrónica se contempla expresamente no solo en el artículo 4.1 de la Orden ESS/485/2013, sino también en el artículo 9.2.a).párrafo 2º del Real Decreto 1415/2004, según el cual, las notificaciones se pondrán a disposición tanto de los sujetos responsables obligados a recibirlas como de los autorizados para el uso del Sistema RED.
3. [^] Vid., STS-CONT núm. 2448/2016, de 16 de noviembre (Recurso de casación núm. 2841/2015. ECLI:ES:TS:2016:4991); STS-CONT núm. 513/2019, de 11 de abril (Recurso de casación núm. 2112/2017. ECLI:ES:TS:2019:1270); y STS-CONT núm. 448/2021, de 25 de marzo (Recurso de casación núm. 6099/2019. ECLI:ES:TS:2021:1117).
4. [^] Vid., Orden ISM/903/2020, de 24 de septiembre, por la que se regulan las notificaciones y comunicaciones electrónicas en el ámbito de la Administración de la Seguridad Social (BOE núm. 258, de 29 septiembre 2020). Esta norma jurídica entró en vigor el 2 de octubre de 2020, derogando la precedente Orden ESS/485/2013, de 26 de marzo, por la que se regulan las notificaciones y comunicaciones por medios electrónicos en el ámbito de la Seguridad Social.

§ 55 Las problemáticas implicaciones de la negociación colectiva en el ámbito profesional del trabajo en el hogar familiar.

Luisa María Gómez Garrido

Magistrada del Tribunal Supremo.

Resumen: El Tribunal Supremo concluye que, en un sector como el del empleo doméstico, un sindicato que no acredita su legitimación para negociar, no puede exigir a una asociación empresarial el inicio del proceso negociador de un convenio colectivo. Igualmente, se apunta que la asociación empresarial debe tener implantación en el ámbito funcional de la actividad para poder ser obligada a negociar.

Palabras clave: Convenio colectivo. Legitimación para negociar. Sindicato. Asociación empresarial. Trabajo doméstico.

Abstract: La Cour suprême conclut que, dans un secteur comme celui du travail domestique, un syndicat qui ne prouve pas sa légitimité à négocier, ne peut contraindre une association patronale à engager le processus de négociation d'une convention collective. On dit aussi que l'association professionnelle doit maintenir la mise en œuvre dans le cadre fonctionnel de l'entreprise pour être tenue de négocier.

Keywords: Convention collective. Légitimité à négocier. Syndicat. Association professionnelle. Travail domestique.

I. Introducción

El Tribunal Supremo decide que no se ha vulnerado el derecho fundamental a libertad sindical por el hecho de que una asociación empresarial se haya negado a iniciar la negociación de un convenio colectivo para las personas trabajadoras del hogar familiar. Se implican por tanto las peculiaridades y condicionantes de la negociación colectiva en dicho ámbito, asunto ciertamente delicado que queda sin decidir materialmente en cuanto el Tribunal considera que el sindicato accionante no había acreditado su propia legitimación para negociar, sin entrar por tanto al fondo del debate. A pesar de ello, el Tribunal realiza unas observaciones de enorme interés, ya que enuncia los aspectos básicos más conflictivos que podrían incidir en la cuestión.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala IV del Tribunal Supremo

Número de resolución judicial y fecha: Sentencia núm. 386/2025, de 7 de mayo.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCO núm. 44/2023.

ECLI: ES:TS:2025:1992

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Antonio Blasco Pellicer.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

En mayo de 2022 el sindicato LAB presentó ante el órgano competente un escrito de promoción de la constitución de la mesa, con el objetivo de negociar el que sería el primer convenio colectivo para el sector de las personas trabajadoras del hogar familiar en el ámbito territorial del País Vasco, afirmando su condición de sindicato más representativo, así como la ausencia de representación unitaria, todo ello en relación con el sector funcional concernido.

A la vista de que no existía tampoco organizaciones empresariales en dicho sector, el sindicato aludido dirigía su pretensión negociadora frente a Confebask, por entender que ostentaba la condición de asociación empresarial más representativa en el ámbito territorial vasco, postulando determinadas materias de negociación e identificando a los sujetos de la negociación pretendida, incluyendo a otros sindicatos (ELA, CCOO, UGT, a los que se sumó luego ESK).

Sin embargo, la mesa negociadora no se constituyó, ya que en la reunión celebrada el 9 de junio de 2022, la legal representación de Confebask no se prestó a iniciar la negociación por entender que no constituían ciertos requisitos, que no se especifican en la sentencia recurrida dictada por el TSJ.

A la vista de esta situación, LAB presentó demanda de tutela de derechos fundamentales por la que entendía como vulneración de su derecho de libertad sindical, en su vertiente de derecho a la negociación colectiva, interesando la declaración de nulidad radical de la actuación de Confebask consistente en su negativa de acceder a la constitución de la Mesa de Negociación del Convenio Colectivo del sector de las personas trabajadoras del hogar para el ámbito de la Comunidad del País Vasco, de forma tal que se condenara a la demandada a constituir formalmente la Mesa de Negociación, todo ello con condena al abono de la cantidad de 30.000 euros en concepto de indemnización por los daños morales causados (que la parte demandante se comprometía a donar en términos que no interesan en este momento).

La referida demanda fue desestimada por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 27 de octubre de 2022, contra la que se presentó recurso de casación ordinario, que es el resuelto, también en sentido desestimatorio, por la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2025 que ahora es objeto de comentario.

IV. Posición de las partes

Las partes reprodujeron en el seno del recurso de casación ordinaria los mismos argumentos que en la demanda y el acto del juicio.

En lo sustancial, el sindicato demandante LAB, al que se adhirió el sindicato ELA, entendía que la negativa de Confebask de constituir la mesa negociadora del que habría de ser el convenio colectivo para el sector de empleo en el hogar en el ámbito territorial de la comunidad autónoma del País Vasco, implicaba una conducta vulneradora del derecho a la libertad sindical, en su vertiente de derecho a la negociación colectiva. Y ello porque, a tenor del art. 87.3 c) del ET, al no existir en el sector del trabajo doméstico asociaciones empresariales que cuenten con la suficiente representatividad, estarían legitimadas para negociar los correspondientes convenios colectivos de sector «las asociaciones empresariales de ámbito estatal que cuenten con el diez por ciento o más de las empresas o trabajadores en el ámbito estatal, así como las asociaciones empresariales de comunidad autónoma que cuenten en esta con un mínimo del quince por ciento de las empresas o trabajadores».

Resultando, de un lado, que no existen asociaciones empresariales específicas en el sector de personas trabajadoras en el hogar familiar y, de otro, que la entidad demandada contaba con aquella condición de representatividad exigida por el precepto en el ámbito de la Comunidad Autónoma. Lo anterior implicaba que, a juicio de la parte demandante, no existiera circunstancia alguna que excusara la obligación de negociar el convenio colectivo de acuerdo con el art. 89 del ET.

Por su parte, la demandada Confebask entendía que no resultaba aplicable el invocado art. 87.3 c/ del ET, y ello porque a/ en el sector del trabajo doméstico no existen verdaderos empresarios, sino simples empleadores para los que no están previstas las disposiciones denunciadas en el recurso b/ tampoco existen asociaciones empresariales en el ámbito funcional indicado y c/ por su propia configuración, Confebask no representa, ni directa ni indirectamente, a los empleadores familiares a quienes no podría suplantar ni asumir la delegación de sus intereses, todo ello tomando en consideración las especialidades de la relación laboral que pretende regularse mediante un convenio colectivo.

V. Normativa aplicable al caso

Art. 14 de la CE.

Arts. 87 del ET

Convenio nº 189 de la OIT

RD 1620/2011, de 14 de noviembre, especialmente de sus artículos 3, 4 y 5.

VI. Doctrina básica

El Tribunal Supremo afronta un problema ciertamente delicado que, sin embargo, deja en gran medida en la indefinición al no entrar a resolver el fondo del asunto, aunque realiza algunas observaciones que pudieran adelantar las dudas que el Tribunal alberga sobre el debate planteado.

Como se deriva de lo dicho en apartados anteriores, el Tribunal debe decidir si una asociación empresarial que no representa inicialmente a los empleadores del sector del trabajo en el hogar familiar, puede negarse a intervenir en la negociación promovida por un sindicato para alumbrar el primer convenio colectivo de dicho sector en el ámbito geográfico del País Vasco. Y, para ello, la sentencia comentada realiza los siguientes desarrollos argumentales:

A/ En primer lugar, el Tribunal constata que la actual regulación de la relación laboral de carácter especial del servicio de hogar familiar, contenida en RD 1620/2011, de 14 de marzo, no contiene, ni siquiera después de la reforma operada por el RDL 16/2022, de 6 de septiembre, ninguna disposición específica relativa a los derechos colectivos de las personas trabajadoras incluidas en su ámbito de aplicación.

El Tribunal recuerda que tal omisión se ha considerado lógica por la doctrina científica considerando las peculiaridades de la actividad regulada, que dificulta “totalmente” la mayoría de los derechos colectivos.

Ello no significa que la falta de regulación expresa implique la privación de derechos colectivos para las personas trabajadoras afectadas, en cuanto que de los arts. 2.2 del ET, y 3.b) del RD 1620/2011, se deriva que la normativa laboral común es aplicable supletoriamente a la relación laboral especial del trabajo en el hogar familiar, previéndose además de manera específica como fuente de la relación laboral el convenio colectivo.

Además de lo anterior, no puede olvidarse que tanto el RD Ley 16/2022, de 6 de septiembre para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar como el Convenio 189 OIT sobre los trabajadores y trabajadoras domésticos, tienen como objetivo equiparar las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras del hogar

familiar a las del resto de personas trabajadoras por cuenta ajena en cuanto sea posible.

B/ Acto seguido el Tribunal se refiere al art. 87.3 c/ del ET, que funda de manera principal la pretensión ejercitada por el sindicato accionante. Como en el sector del trabajo doméstico no existen organizaciones empresariales, no puede aplicarse la regla primaria de legitimación inicial para negociar convenios colectivos sectoriales (asociaciones empresariales que cuenten en el ámbito con el 10% de los empresarios, siempre que den ocupación a igual porcentaje de los trabajadores afectados, así como las asociaciones empresariales que den ocupación al 15% de los trabajadores afectados). Por ello, el sindicato demandante entiende que debe aplicarse la regla secundaria a cuyo tenor «En aquellos sectores en los que no existan asociaciones empresariales que cuenten con la suficiente representatividad, según lo previsto en el párrafo anterior, estarán legitimadas para negociar los correspondientes convenios colectivos de sector las asociaciones empresariales de ámbito estatal que cuenten con el diez por ciento o más de las empresas o trabajadores en el ámbito estatal, así como las asociaciones empresariales de comunidad autónoma que cuenten en esta con un mínimo del quince por ciento de las empresas o trabajadores».

El Tribunal recuerda, con cita de sus propios precedentes, el origen histórico de tales previsiones normativas, así como su finalidad, encaminada a facilitar la negociación de convenios sectoriales atribuyendo legitimación (tanto inicial como negociadora) a sindicatos que ostentaran cierta representatividad bien en el Estado, bien en las Comunidades Autónomas, solo para el caso de que no existieran asociaciones que contaran con la suficiente representatividad en los sectores concernidos por la negociación, tal como se decía igualmente en la exposición de motivos del RDL 7/2011. Se trata, en definitiva, de «cubrir los vacíos de negociación colectiva sectorial confiriendo legitimación a las organizaciones empresariales más próximas a la unidad de negociación».

A la vista de estas consideraciones, el Tribunal realiza una observación decisiva, en cuanto que, a pesar de que, como veremos de inmediato, no hubiera sido necesario, se pronuncia sobre el alcance de la regla del art. 87.3 c/ del ET, para afirmar que resulta dudoso que la regla considerada, prevista para los sectores en los que no existan asociaciones empresariales que cuenten con la suficiente representatividad, pueda aplicarse sin más en ámbitos funcionales distintos o asumida por organizaciones empresariales cuya implantación en el sector sea totalmente nula, lo cual implicaría transgredir los límites funcionales de la negociación colectiva, permitiendo que intervinieran en ella asociaciones ajenas y con nula representatividad en el sector de referencia.

C/ El propio Tribunal acota o autolimita su pronunciamiento, señalando que no es necesario profundizar sobre el alcance del precepto considerado, y ello porque se detecta otro factor que opera como un *prius* condicionante de la negociación colectiva en cuanto que, a tenor del art. 89.1 del ET, la parte receptora de la solicitud negociadora solo puede negarse a la iniciación de las negociaciones por ciertas causas entre las que se encuentra, por lo que ahora interesa y como señala la propia jurisprudencia del Tribunal, que la parte promotora no ostente la legitimación necesaria al efecto.

Y, como resulta que en los hechos probados de la sentencia recurrida no constaba que la parte promotora tuviera legitimación necesaria, siendo ello «lo primero que habría tenido que acreditar la parte actora», el Tribunal concluye sin más que la negativa de Confebask no podía constituir una vulneración de la libertad sindical, en su vertiente de derecho a la negociación colectiva «de quien no acreditó en ningún momento tener legitimación para promover la negociación». Entraremos luego con algo más de detalle en este aspecto.

D/ El Tribunal termina afirmando que su decisión no implica negar el derecho del personal al servicio de hogar familiar a que sus relaciones laborales puedan ser

reguladas por convenio colectivo, ni el interés sindical en promover la negociación colectiva en tal ámbito.

Lo que ocurre es que, tratándose de un procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales, y a tenor del art. 178.1 de la LRJS el debate, de *cognitio* limitada, se contrae a decidir si se ha existido o no una vulneración del derecho fundamental alegado de forma que, si se alcanza una conclusión negativa, no cabe adentrarse luego en otras cuestiones de legalidad ordinaria. En este sentido, el Tribunal recuerda su constante jurisprudencia en la materia, para terminar señalando que, de manera coherente con su doctrina, no puede «analizar las otras cuestiones apuntadas en esta resolución, o suscitadas directa o indirectamente por las partes, en atención a lo expuesto que limita normativamente el ámbito de enjuiciamiento de esta modalidad procesal».

VII. Parte dispositiva

La sentencia comentada desestima al recurso de casación ordinario presentado, confirmando por tanto la resolución recurrida, sin pronunciamiento en cuanto a la imposición de costas.

VIII. Pasajes decisivos

1.- En relación con la posibilidad de extender la legitimación negociadora a organizaciones no relacionadas con el ámbito funcional concernido: «Mucho más dudoso resultaría admitir que esta representación legal que nos ocupa pudiera ser aplicada en ámbitos funcionales distintos o asumida por organizaciones empresariales cuya implantación en el sector sea totalmente nula. En efecto, si admitiésemos sin más dicha posibilidad, lo que la ley podría estar provocando sería una extensión de la legitimación más allá de una estricta dimensión territorial, ampliándola a sectores distintos. Con ello se podrían estar transgrediendo los límites funcionales de la negociación colectiva legitimando para negociar a asociaciones ajenas y con nula representatividad en el sector de referencia. Por ello, parte de la doctrina científica viene entendiendo que no cabría en la interpretación del precepto que nos ocupa deducir que la representación ex lege allí diseñada pueda ser asumida por organizaciones empresariales, estatales o sectoriales, ajenas por completo al sector del convenio que se pretende negociar o que carezcan de algún tipo de conexión con tal sector».

2.- Por lo que se refiere a los requisitos de legitimación para negociar tanto en la parte promotora como receptora de la convocatoria: «Nuestra jurisprudencia considera como causa excluyente del deber de negociar, tanto la falta de legitimación de la parte promotora como la falta de legitimación de la receptora [STS de 11 de febrero de 2008 (Rec. 118/2016)]. Y es que, al respecto, nuestra jurisprudencia ha sentado como criterio general que la legitimación para la promoción de las negociaciones de un convenio colectivo corresponde únicamente a los sindicatos que, por si solos o en unión con otros, ostentan, además de la legitimación inicial o negocial, la denominada legitimación plena (posibilidad de constituir válidamente la parte sindical de la comisión negociadora) y la decisoria (posibilidad de conformar mayoría para aprobar el convenio). Así lo expresa nuestra STS de 11 de febrero de 2008 al señalar con claridad que «es obvio que esa organización, aunque reunía, según los datos del hecho probado primero, el requisito de la denominada legitimación Inicial, que permite participar en la negociación (artículo 87 ET), no tiene ni la legitimación plena, para constituir la comisión negociadora (artículo 88 ET), ni la legitimación decisoria, necesaria para aprobar el convenio (artículo 89.3 ET), por lo que no tiene derecho a negociar por si sola un convenio estatutario, ni puede imponer esa negociación a las restantes partes que han optado por renunciar a ella; su derecho se limita a participar en una negociación en curso, pero no le permite obligar a continuar negociando a quienes han optado por no hacerlo»».

IX. Comentario

La resolución comentada presenta una inusual riqueza de connotaciones, y ello al menos desde dos puntos de vista bien diferenciados.

A.- En primer lugar y por lo que se refiere a las implicaciones procesales, la decisión adoptada por el Tribunal depara una sorpresa. En efecto, siendo la cuestión discutida si la asociación empresarial demandada podía negarse a participar en el proceso negociador del convenio colectivo para las personas trabajadoras del hogar familiar, lo cual dependía a su vez, tal como se había planteado el debate, de que se decidiera si la demandada ostentaba la legitimación necesaria al efecto, la sentencia zanja el asunto por entender que era el sindicato demandante el que no había acreditado su propia legitimación como paso previo para instar la iniciación de la negociación.

Conviene reseñar que no existe rastro alguno de que tal cuestión fuera objeto de discusión en la instancia, seguida en este caso ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y, de hecho, la sentencia recurrida en casación ordinaria no la alude en ningún momento, ni tampoco parece que la misma se promoviera en la casación por alguna de las partes, aunque pudiera ocurrir que la sentencia comentada no describiera plenamente los argumentos de algunos de los intervinientes, quizás más probablemente los del Ministerio Fiscal.

En todo caso, lo anterior podría reputarse como secundario en el caso, en cuanto la concurrencia de legitimación a los efectos de negociar un convenio colectivo, no se proyecta exclusivamente en la titularidad material de los derechos y acciones que permiten intervenir válidamente en el proceso, sino que amplía su significación, además o, mejor dicho, previamente, en cuando implica la capacidad y facultad asociadas a la posibilidad de promover y/o intervenir en la negociación de convenios colectivos. Se trata por tanto de una cuestión de orden público que, no se olvide, determina la válida negociación colectiva, así como el control administrativo posible en relación con la inscripción y depósito del convenio (por mor del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo), y su posible impugnación ante los órganos judiciales (en los términos de los arts. 163 y ss. de la LRJS). Pero lo cierto es que la sentencia comentada no ofrece explicaciones adicionales sobre este aspecto procesal.

Con independencia de que se hubiera explicado en mayor medida las implicaciones de este aspecto, lo cierto es que su mera estimación, al margen de su fundamento, hubiera bastado para que el Tribunal no tuviera necesidad de pronunciarse sobre ninguna otra cuestión material de fondo. Pero lo hace, para llamar la atención sobre la dificultad de considerar que la demandada Confebask tuviera legitimación negociadora, con consideraciones que, desprovistas del valor de la *ratio decidendi*, y más cerca de los obiter *dicta*, parecen constituir un aviso a navegantes sobre las implicaciones más profundas y comprometidas del asunto considerado.

B.- En segundo lugar, sobre la cuestión estrictamente material el Tribunal realiza una serie de consideraciones de gran interés. Como ya vimos en su momento, el Tribunal recuerda que las personas trabajadoras concernidas no pueden verse privadas de sus derechos de alcance colectivo, ni de la posibilidad de que su relación laboral especial del hogar familiar pueda regularse por medio de un convenio colectivo específico del sector. Pero, al propio tiempo, alude a las innegables peculiaridades sociológicas de concurren en el ámbito de la indicada relación laboral, entre las que, por lo que ahora interesa, es especialmente significativo que las personas empleadas o bien son las únicas trabajadoras en el hogar familiar, o trabajan por horas para diferentes empleadores, y en todo caso al margen de organizaciones empresariales *stricto sensu*, de modo tal que se dificulta en gran medida el ejercicio de la mayoría de los derechos colectivos. En particular y por lo que ahora interesa, resulta ciertamente difícil imaginar cómo puede organizarse la representación legal o incluso la sindical de las personas trabajadoras del sector.

Además de lo anterior, no es en absoluto baladí otro aspecto que se deriva de manera más o menos precisa de las alegaciones de Confebask, aunque no son objeto de un desarrollo específico por el Tribunal, en este caso para hacer notar que los empleadores en la relación laboral especial considerada no son propiamente empresarios en el sentido más amplio y profesionalizado del término. Se trataría por tanto más bien de empleadores que de empresarios, con la consecuencia de que no puedan considerarse destinatarios naturales de buena parte de las disposiciones normativas relativas a la negociación colectiva. Y, además y por la misma causa, no podrían entenderse representados, directa o indirectamente, por la demandada Confebask ni, debe añadirse, por ninguna otra organización empresarial, cuyos estatutos no parecen haberse diseñado, por lo general, para acoger a empleadores del tipo indicado.

Llegado este punto, debe ahora recordarse, como hace la sentencia comentada, que la legitimación en el ámbito de la negociación colectiva, se bifurca en dos manifestaciones, tanto para la representación social como para la empresarial. Primero, una legitimación inicial o negocial, que exige, en lo esencial, una determinada representatividad o implantación en el ámbito del que se trate en los términos del art. 87 del ET. Y, segundo, una legitimación plena que exige una concreta representación en el ámbito de la negociación en los términos del art. 88 del ET.

Partiendo de esta distinción, la resolución comentada se refiere por separado y a diferentes efectos a la legitimación del sindicato demandante y a la de la asociación empresarial demandada.

Con respecto a la del sindicato, la sentencia comentada no deja claro por qué la legitimación no ha resultado acreditada. Recuérdesse a este respecto que, a tenor del art. 87 del ET, la legitimación inicial o negociadora se atribuye por la condición de mayor representatividad. Y la legitimación plena, a tenor del art. 88 del ET, al sindicato que represente, como mínimo, a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal, y en su defecto, para el caso de los sectores en los que no existan órganos de representación de los trabajadores, como sería el caso, la legitimación se vuelve a referir a la condición de mayor representatividad en el ámbito territorial considerado. Es aquí donde vuelve a plantearse un problema procesal en cuanto que, por más que la legitimación para negociar convenios colectivos pueda considerarse una cuestión de orden público, lo cierto es que no existe rastro de que fuera objeto de discusión en el proceso la condición de mayor representatividad del sindicato accionante, de lo que podría derivarse, quizás, la condición de hecho, bien no controvertido, bien admitido por las partes, e incluso notorio a la vista de la información pública disponible sobre tal extremo, con la consecuencia de estar exento de prueba de acuerdo con el art. 281 de la LECv.

Y por lo que respecta a la legitimación de la organización empresarial, la inicial o negociadora se refiere por el art. 87 del ET a una especie de mayor representatividad empresarial (asociaciones que en el ámbito del convenio cuenten con el 10% de los empresarios, siempre que den ocupación a igual porcentaje de trabajadores, o las que den ocupación al 15% los trabajadores afectados). Mientras que la legitimación final se hace residir por el art. 88 del ET en que los empresarios representados ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio y, en los sectores en los que no existan asociaciones empresariales que cuenten con la suficiente representatividad, la legitimación, como en el caso anterior, se vuelve a referir a los criterios del art. 87 del ET.

Ahora bien, en este caso el Tribunal parece tomar partido, aun con el valor de *obiter dicta* ya indicado, por las posiciones teóricas que exigen que la mayor representatividad de las asociaciones empresariales negociadoras tenga algún tipo de conexión con la actividad del sector del que se trate ya que, de otro modo, se estaría desestructurando los criterios básicos de la negociación colectiva, que imponen una relación funcional entre la representatividad exigida y la naturaleza de la actividad considerada.

Como puede observarse, la consecuencia de cuanto se lleva dicho es que la representación sindical tiene mucho más sencillo acreditar tanto la legitimación inicial como la plena para negociar, en cuanto que esta última, en caso de no existir en el sector órganos de representación de los trabajadores, se refiere de manera expresa a la mayor representatividad, sin que parezca que el tenor del precepto tolere una exigencia de relación funcional con el sector concernido. Mientras que la representación empresarial precisa siempre de una vinculación funcional con la actividad considerada. Esto es, mientras la legitimación sindical para negociar el convenio considerado no parece tan comprometida, la de la representación empresarial se muestra muy difícil cuando no prácticamente imposible en un caso como el que nos ocupa.

X. Apunte final

Lo que parece derivarse de cuanto se lleva dicho es que, si bien el Tribunal Supremo no niega la posibilidad de que pueda negociarse, en potencia, un convenio colectivo para el sector del empleo doméstico, las posibilidades de que ello ocurra se muestran ciertamente remotas, particularmente por lo que se refiere a la representatividad de las asociaciones empresariales.

Es claro que tanto la normativa nacional como los instrumentos internacionales en la materia que ya se citaron con anterioridad, se encaminan decididamente a promover los derechos colectivos de las personas trabajadoras del sector. Pero no lo es menos que, a la vista del estado de la cuestión en la indicada normativa nacional, los órganos judiciales no pueden promover una interpretación *contra legem* que implique, *de facto* y como ya se apuntó, la desestructuración de los criterios básicos de la negociación colectiva a la que con pleno acierto se refiere la resolución comentada.

Lo anterior significa que, salvo fenómenos que impliquen algún tipo de asociacionismo espontáneo de los empleadores en el sector del trabajo doméstico, posibilidad poco realista, la única manera de hacer efectiva la negociación colectiva en el mismo pasa por una intervención o intermediación del poder legislativo, que introduzca las modificaciones necesarias para hacer posible la representación empresarial. Dicho esto, las posibilidades para “abrir” las asociaciones empresariales al sector del trabajo doméstico, no pasarán tanto por alguna medida de afiliación obligatoria, que nos situaría disruptivamente a la altura de otras realidades históricas afortunadamente superadas, sino más bien en la posibilidad de que las asociaciones empresariales incluyan en su estructura unidades de estudio, formación y apoyo a los empleadores del sector, que permita una relación útil, y más tarde una intervención responsable y fructífera en la negociación colectiva asociada.

§ 56 Licitud de la prueba de investigación privada para el seguimiento de uso indebido de crédito horario sindical.

Pilar Rivas Vallejo

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona

Resumen: *La facultad empresarial de verificar incumplimientos contractuales incluye la de efectuar seguimiento personal de representantes de los trabajadores ante las sospechas de uso indebido del crédito horario sindical, sin que tal prueba sea ilícita si se reduce a lo menos invasivo y se limita a la comprobación justa de tales incumplimientos.*

Palabras clave: *Prueba de detectives. Uso indebido de crédito horario. Prueba lícita.*

Abstract: *Management faculties to verify contractual breaches include the right to personally monitor workers' representatives in the event of suspicion of improper use of union time credit, without such evidence being lawful if it is reduced to the least invasive and is limited to the only verification of such breaches.*

Keywords: *Proof of detectives. Improper use of union time credit. Lawful proof.*

I. Introducción

La sentencia comentada resuelve acerca de la licitud de la prueba de seguimiento privado de un representante de los trabajadores al existir sospechas justificadas de uso indebido del crédito horario para fines personales, recordando que su admisión no requiere concurrencia de prueba del incumplimiento, sino solo examen de la licitud de la propia ejecución del seguimiento, si bien en este concreto caso sí existían sospechas fundadas.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 402/2025, de 7 de mayo.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCU núm. 2124/2024

ECLI: ES:TS:2025:1994

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Antonio Blasco Pellicer.

Votos particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión analizada en la sentencia comentada no transforma en la doctrina unificada de la Sala IV (cfr. SSTs de 13/3/2012 -rcud. núm. 1498/2011- y núm. 551/2023, de 1/9 -rcud. núm. 2261/2022-) y, por ello, no se trata de doctrina novedosa, sino que confirma que, si bien la admisión de prueba de seguimiento por detectives solo se condiciona a su justificación por posible incumplimiento del representante sindicado del uso del crédito horario sindical, la existencia de sospechas fundadas refuerza la facultad empresarial para llevarlo a cabo de manera limitada con propósito verificador.

La cuestión central es la validez del despido disciplinario por uso indebido y para fines estrictamente personales -desconectadas del ejercicio de sus funciones sindicales- del crédito horario en determinadas fechas (cuatro días concretamente, no correlativos, de dos meses diferentes), hechos que fueron acreditados por la demandada a través de prueba de detectives, solicitada ante las sospechas de conducta fraudulenta, si bien no existían antecedentes del trabajador despedido sobre conductas similares. El análisis efectuado por la sentencia se centra en la hipotética conducta antisindical observada por la empresa y consistente en ejercer tal vigilancia sobre un delegado de personal sindicado y sus efectos sobre la calificación del despido. Pero está en juego asimismo otro factor: la propia validez de la prueba que fue obtenida en el despliegue del seguimiento personal del trabajador por servicio de investigación privada.

La sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Vitoria de 15/9/2023, dictada en los autos núm. 240/2023, declaró la nulidad del despido, que se confirma por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco núm. 125/2024 de 16/1/2024, dictada en el recurso de suplicación núm. 2195/2023, y se recurre por la demandada en unificación de doctrina aportando como sentencias contradictorias la del TSJ de Murcia de 22/9/2010 (rec suplicación núm. 551/2010) para el primer motivo del recurso y STS núm. 551/2023, de 12/9 (rcud. núm. 2261/2022), con informe favorable del Ministerio Fiscal a la estimación del recurso.

IV. Posición de las partes y planteamiento judicial

El demandante sostiene la nulidad del despido por vulneración del derecho a la libertad sindical, así apreciada en la sentencia de origen y confirmada por la resolución recurrida, que consideran prospectiva la investigación, al no acreditarse debidamente las sospechas que la fundan (dados los inmaculados antecedentes del actor), y, por tanto, basada realmente en la obstaculización del ejercicio de las funciones representativas que amenaza la independencia sindical.

La demandada mantiene en su recurso de suplicación -así como en el de casación- la procedencia del despido por malversación del crédito horario sindical constitutivo de trasgresión de la buena contractual, abuso de confianza y deslealtad con la empresa y con sus propios representados (acompañado de falseamiento de certificación de las ausencias en cuestión a través de justificante emitido por el sindicato), así como la licitud de la prueba de detectives empleada para comprobar y acreditar dicho incumplimiento.

Tanto el juzgado de lo social como el tribunal superior de justicia de los que emanan sendas resoluciones judiciales descartan tener por acreditada la conducta sancionada, por ilicitud de la prueba que la acredita, por su carácter prospectivo, al no acreditarse las sospechas que la fundaban, conclusión que infieren de la ausencia de antecedentes similares del actor, y -la segunda de ellas- descartan la validez de la prueba en aplicación de la doctrina anglosajona del «árbol emponzoñado», con cita de las SSTC núms. 98/2000, de 10/4, 186/2000, de 10/7, 29/2013, de 11/2, 39/2016, de 3/3, y SSTs de 5/12/2003 -rec. núm. 52/03 -, 7/7/2016 -rcud. núm. 3233/14 -, y 31/1/2017 -rcud. núm. 3331/2015 -, para declarar no solo la nulidad de la prueba sino también del despido por vulneración del derecho fundamental de libertad sindical al no justificarse las sospechas que han llevado a la empresa a la adopción de tal medida de

control, en el mismo sentido considerado por la sentencia de instancia. El TSJ del País Vasco completa dicha argumentación con un elemento procesal que esquiva un pronunciamiento de nulidad, al entender que la elipsis de la solicitud de la nulidad de actuaciones por parte de la recurrente amparada por el art. 240.2 LOPJ impide entrar en dicha valoración y pronunciamiento, que es el que finalmente adopta la decisión comentada. Asimismo, la sentencia recurrida, invocando la STS de 12/9/2023 (rcud. núm. 2261/2022), sostiene que el supuesto enjuiciado diverge del analizado por dicha resolución, al entender que la empresa no había «presentado una acreditación solvente de la justificación de la decisión de recurrir al seguimiento por detective» y tomar en especial consideración la condición de representante de los trabajadores del investigado. Condición que le permite realizar sus funciones representativas con entera libertad de criterio y con presunción de uso correcto y las menores inferencias, cuyo incumplimiento empresarial resulta equivalente a una lesión del derecho de libertad sindical, y determina una especial restricción del poder sancionador empresarial.

Por su parte, a la recurrente no le cabe otra opción que obtener la nulidad de las actuaciones, al no ser revisable la prueba de detectives ex art. 207.d) LRJS (SSTS de 29/12/1960 y 1/2/1961, y posteriores de 13/5/2008 -rcod. núm. 107/2007- y STS núm. 155/2020, de 19/2 -rec. núm. 3943/2017-), por su carácter testifical (SSTS de 24/2/1992 -rcud. núm. 1059/1991-, 19/4/2011 -rcod. núm. 16/2009 -; 22/6/11 -rcod. núm. 153/2010-, 18/6/2012 -rcod. núm. 221/10-, 18/6/2013 -rcod. núm. 108/2012, 25/3/2014 -rcod. núm. 161/2013-, 29/4/2014 -rcod. núm. 242/2013-, 21/5/2014 -rcod. núm. 182/2013, 1/7/2014 -rcod. núm. 101/2013-), y aspirar a que, de quedar acreditada la conducta a través dicha prueba testifical -ratificando en el acto del juicio el informe de base (STS núm. 155/2020, de 19/2 -rec. núm. 3943/2017-), el despido se declare procedente (14/1/2025 -rec. núm. 2266/2024-) si se considera grave la conducta imputada.

V. Normativa aplicable al caso

Arts. 18 y 28 CE.

Art. 11.1 LOPJ en relación con el art. 90 LRJS.

Art. 20 ET.

Art. 48.6 de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de seguridad privada.

VI. Doctrina básica

La vigilancia por detective no es vulneradora de derechos fundamentales si se ajusta a los criterios de razonabilidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad del art. 48.6 de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de seguridad privada (STS núm. 551/2023), lo que no exige indicios sólidos o sospechas fundadas, que bastarían por sí mismas para admitir su licitud, y, en segundo lugar, si se respetan el derecho al honor, a la intimidad personal o familiar o a la propia imagen o al secreto de las comunicaciones o a la protección de datos.

La resolución comentada recuerda la desconexión de la licitud de dicha prueba con la exigencia de sospechas de conducta indebida, si bien basa su fallo precisamente en dicho elemento, la existencia de sospechas fundadas, que, en este caso, justificaron, por aplicación del art. 20 ET, la activación del seguimiento, admitido el debido cumplimiento de los criterios que la guían, ya que aquel se acomodó a la debida proporcionalidad y necesidad, al limitarse al horario coincidente con la jornada de trabajo y a un breve espacio temporal. Ambos aspectos -mínima invasión y duración- se identifican en este caso con la proporcionalidad y respeto al derecho a la intimidad anunciados, pues, como se repite en el auto del mismo tribunal de 14/1/2025 (rec. núm. 2266/2024), «la vigilancia acordada con cobertura en las facultades de dirección no puede ser atentatoria a la propia dignidad del trabajador ni a su intimidad personal».

Por otra parte, no se efectúa consideración alguna acerca de la hipotética conexión de la motivación del seguimiento con la activación de dicha vigilancia, al aceptar su aplicación con carácter general en virtud de la existencia de sospechas fundadas, sin efectuar valoraciones ulteriores sobre una posible contaminación de tales sospechas por la condición del trabajador investigado. O precisamente porque esta es la que conduce a examinar la reprobabilidad de su conducta, consistente en la perversión de las funciones representativas en su interés personal y, por tanto, en una falta de probidad y buena fe que defrauda los intereses del colectivo representado (STS de 14/6/1990 -ECLI:ES:TS:1990:4613-).

VII. Parte dispositiva

La sentencia estima el primero de los dos motivos del recurso, descartando el examen del segundo, por reiterativo, al incidir en la misma cuestión ya analizada en el primero, la licitud de la prueba de detectives, y casa y anula la sentencia recurrida y devuelve las actuaciones al juzgado de instancia para que resuelva el litigio partiendo de la licitud de la prueba de detectives. Lo que puede augurar la declaración de procedencia del despido tras la ponderación de ambas pruebas testificales, la que basó la convicción del juzgador a quo y la del seguimiento por servicio de vigilancia privada (pues, mientras la primera refleja una aprobación subjetiva, la segunda aporta evidencia objetivada por el propio carácter de los sujetos que practicaron el seguimiento de un comportamiento concreto durante ciertos días que hipotéticamente se estaban realizando funciones representativas), sin perjuicio de que se estime que dicha acreditada conducta carece de la gravedad necesaria para justificar el despido (STS de 15/10/2014 -rec. núm. 1654/2013-), lo que requiere que se trate de una conducta sostenida en el tiempo (STS de 13/3/2012 -rec. núm. 1498/2011-).

VIII. Pasajes decisivos

«... otorgar validez a la prueba de detectives cuando esta se proyecta sobre el uso del crédito horario de los representantes de los trabajadores, teniendo en cuenta que tal validez está sujeta a la prohibición, en todo caso, de la investigación de la vida íntima de las personas que transcurra en sus domicilios u otros lugares reservados, y a la prohibición de utilizar en este tipo de servicios medios personales, materiales o técnicos de tal forma que atenten contra el derecho al honor, a la intimidad personal o familiar o a la propia imagen o al secreto de las comunicaciones o a la protección de datos» (FD 3º).

«los representantes de los trabajadores tienen derecho a desempeñar sus funciones "sin ser sometidos a vigilancia singular" en los términos que señala la STS de 29 de septiembre de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:5988), que proscribía tal tipo de vigilancia, en tanto que supone una traba o limitación a su derecho de libre libertad o libre ejercicio del cargo. Lo cual no significa la proscripción de la prueba de detectives, que solo constituye un obstáculo para el ejercicio de tales funciones en los supuestos de desproporción de la medida cuando se lleva a cabo con vulneración de derechos fundamentales» (FD 3º).

«La clave del juicio de licitud no resulta tributaria de la causa remota. Por otra parte, la exigencia de indicios relevantes o sospechas fundadas llegaría a hacer inútil o superflua la adición de otros elementos probatorios» (FD 3º) «...aunque nuestra doctrina afirma tajantemente que la licitud o no de la prueba no depende la concurrencia de sospechas fundadas, en este caso, es claro que las había y que su existencia, acerca del desempeño inadecuado del trabajo, sirvieron de causa bastante para activar el seguimiento» (FD 3º).

IX. Comentario

1. Vigilancia y gravedad del incumplimiento del crédito horario «sindical»

El incumplimiento consistente en un indebido uso del crédito horario por parte de los representantes de los trabajadores constituye una trasgresión de la buena fe contractual sancionable con el despido disciplinario (STS de 15/10/2014 -rec. núm.

1654/2013-), que debe ser objeto de interpretación restrictiva, por lo que la jurisprudencia viene exigiendo habitualidad y conducta manifiesta para tolerar la restricción del derecho representativo que puede estar protegido por el derecho de libertad sindical.

Por ello, según declaró la STS núm. 1081/1989, de 2/11 (rec. cas. por infracción ley), «no puede exigirse un cómputo escrupuloso en el tiempo empleado, el cual ha de ser flexible y ha de preservarse la independencia del representante» (citando las SSTs de 15/11/1986, 14/4/1987, y de 2/10/1989), así como que «esta Sala en Sentencia de 29 de septiembre de 1989 ha declarado que los representantes de los trabajadores tienen derecho a desempeñar sus funciones sin ser sometidos a vigilancia singular, ya que ello «supone una traba o limitación a su derecho de libre libertad o libre ejercicio del cargo», deducción que se obtiene en dicha sentencia interpretando el art. 2.º, núm. 2, de la LOPJ a la luz del art. 28, núm. 1, de la Constitución y del convenio núm. 135 de la Organización Internacional del Trabajo, por lo que en coherencia con ello es obligado concluir que las pruebas obtenidas por la empresa con desconocimiento del derecho reconocido de no ser sometidos a vigilancia singular han de tenerse por no aportadas». Con cita de la STS de 7/5/1986, afirma que «la imbricación entre las funciones representativas y de prestación de la actividad laboral tiene, por coincidir en una misma persona ambas actividades y desarrollarse las dos dentro del ámbito de la empresa, hecho que obliga a no excluir que en excepcionales supuestos pueda el empresario ejercitar incluso las facultades disciplinarias que le otorga el art. 58 del Estatuto» junto con «la presunción de que las horas solicitadas para el ejercicio de las tareas representativas son empleadas correctamente conduce a interpretar de modo restrictivo la facultad disciplinaria del empresario, que solo podrá alcanzar el despido en supuestos excepcionales en los que el empleo en propio provecho del crédito horario concedido por el art. 68.e) a los representantes de los trabajadores sea manifiesto, y habitual, es decir, con una conducta sostenida que ponga en peligro el derecho legítimo de la empresa a que los representantes formen cuerpo coherente con los representados y que esta conducta esté acreditada con pruebas que no hayan empleado una vigilancia que atenté a la libertad de su función», y que «esta conducta esté acreditada con pruebas que no hayan empleado una vigilancia que atente a la libertad de su función» (STS núm. 1309/1989, de 5/12 -rec. cas. por infracción ley-). Por su parte, la STS núm. 1247/1989, de 27/11, se exige que «las pruebas obtenidas de esta conducta no atenten a la libertad sindical». En la STS núm. 846/1990, de 31/5 -rec. cas. por infracción ley-, se entiende que el uso indebido del crédito horario durante dos días no cumple con el requisito de habitualidad citado (como sucede en la SSTs de 15/10/2014 -rec. núm. 1654/2013-, en el que concurre disparidad entre el certificado aportado sobre dicho día y lo realmente acontecido), mientras que el caso enjuiciado por la sentencia analizada sí parece verificar tal condición, pese a que la cuestión permanezca imprejuizada, al no valorarse la gravedad de la conducta a efectos de la calificación del despido, sino el alcance de la intromisión que sirva para constituir prueba del incumplimiento. Con respecto al requisito de «conducta manifiesta», la interpretación flexible de los términos del uso del crédito horario, la misma jurisprudencia citada permite su ejercicio en circunstancias singulares e incluso situaciones mixtas en las que se combinen asuntos personales con representativos de intereses colectivos, pero de igual modo excluye aquellos supuestos en los que el destino de tales horas es puramente personal (STS de 15/10/2014 -rec. núm. 1654/2013-).

No obstante, la sentencia recurrida efectúa un análisis de la naturaleza de la conducta objeto de vigilancia que la STS omite, centrada en la reiteración o habitualidad de la misma. En efecto, mientras la STSJ del País Vasco incide en el carácter manifiesto y habitual (con cita de la STS de 13/3/2012, rcud. núm. 1498/2011) del incumplimiento sancionable y la contextualización del que se analiza en el caso de autos, sin antecedentes demostrados de uso indebido del crédito horario como representante del personal de la empresa, la resolución comentada prescinde de tales elementos para validar la vigilancia atendiendo a la propia licitud de la prueba, en el entendido de que sus resultados demuestran *per se* la gravedad del incumplimiento, sobre el que no se efectúan ulteriores consideraciones, por razones procesales obvias,

en atención al propio contenido y propósito del recurso, que no es otro que obtener la nulidad de actuaciones para que, admitida dicha prueba, se juzgue la gravedad del incumplimiento así acreditado, razón por la cual la sentencia objeto de recurso omite valorar la conducta en sí. Aunque procesalmente cabe esperar que ello determine la declaración de procedencia del despido, no resulta tan claro dicho fallo si se considera el hipotético peso de los razonamientos anteriormente descritos del tribunal superior sobre el juzgado de origen, en tanto aquel entiende que el incumplimiento en cuestión debe ser sostenido en el tiempo, «con una conducta sostenida que ponga en peligro el derecho legítimo de la empresa a que los representantes formen cuerpo coherente con los representados y que esta conducta esté acreditada con pruebas que no hayan empleado una vigilancia que atente a la libertad de su función» (cita de las SSTs de 2/11/1989, 27/11/1989 y 5/12/1989), y, si bien la segunda condición decae tras admitirse dicha prueba por la sentencia comentada,

Lo cierto es que la sentencia recurrida -como la de instancia- consideran que se ha producido una clara vulneración del derecho fundamental de libertad sindical porque la empresa no ha justificado las sospechas que le han llevado a la adopción de tal medida de control, pero la resolución comentada incide tangencialmente en este elemento, en su análisis de la licitud de la prueba, centrandose su examen en la inexigibilidad de sospechas fundadas para la admisión de la vigilancia, sino que tiene por acreditado que la empresa tenía fundadas sospechas de un uso indebido del crédito sindical, sin (innecesarias) ulteriores consideraciones, puesto que se trata de un hecho que se tiene por acreditado en el relato de hechos probados (hecho probado cuarto), y, por ello, considera el seguimiento no prospectivo.

En pura lógica argumentativa, la sentencia objeto de comentario no precisa conectar la admisión de la vigilancia aplicada por la empresa con un dudoso motivo justificativo de esta, toda vez que la sentencia de origen tiene por acreditado que existían sospechas fundadas de la malversación del crédito horario sindical, lo que priva al examen de la cuestión de todo análisis relativo a su motivación y lo debe centrar, pues, en la idoneidad, razonabilidad y proporcionalidad del medio empleado para verificar la fundada sospecha (la necesidad ya se ha identificado previamente al reconocer la existencia de sospechas fundadas). Añadiendo el TS que, en todo caso, no es necesaria la concurrencia de tales sospechas. ¿Qué es necesario entonces? La invocada STS núm. 551/2023 alude a «sospechas acerca del desempeño inadecuado del trabajo [que] sirvieron de causa bastante para activar el seguimiento» y, sin embargo, descarta que sean necesarias tales sospechas infundadas. En consecuencia, el derecho del empleador amparado en el art 20 ET solo se somete a los requisitos marcados por el art. 48.1 a) de la Ley 5/2004 y, por supuesto, al respeto de los derechos fundamentales, y, en particular, la intimidad y la dignidad (arts. 4.2 e, 18 y 21.3 ET). ¿Se evalúa y exige, pues, la motivación empresarial para activar la vigilancia, considerando que está en juego el libre ejercicio de las funciones representativas e incluso el derecho fundamental de libertad sindical o solo la manera de practicar el seguimiento, que en sí misma sería la cobertura de la medida empresarial? Así parece afirmarlo la Sala IV del Tribunal Supremo cuando, en dicha previa resolución, afirma con rotundidad «Descartamos la calificación de ilicitud de la prueba que se hace depender de una existencia previa de indicios relevantes de los eventuales incumplimientos en la prestación de servicios. La clave del juicio de licitud no resulta tributaria de la causa remota. Por otra parte, la exigencia de indicios relevantes o sospechas fundadas llegaría a hacer inútil o superflua la adición de otros elementos probatorios». En aquella ocasión los hechos probados no indican el soporte específico de la decisión empresarial, deducible de los propios motivos del despido expuestos en la carta de despido. Sin embargo, la resolución ahora comentada basa su decisión en la que, aun siendo innecesaria, era una causa justificada (las fundadas sospechas).

En todo caso, aunque se colige que la empresa no necesita probar los hechos que motivan el seguimiento, ya que precisamente este se activa con tal propósito, no se acaba de precisar cuál es el contexto propicio para admitir su aplicación, especialmente cuando se trata de representantes de los trabajadores, con

independencia de la suerte que deba tener la prueba en sí y su valor probatorio del despido, a los efectos de formular la extinción por causas disciplinarias y de acreditarla en el acto del juicio. Lo que sí parece evidente es que, de no admitirse por ilícita la prueba en el modo y circunstancias en las que se ha llevado a cabo, y de incurrir esta en una vulneración de derechos fundamentales, por invadir la privacidad o la intimidad, resulta determinante de la nulidad del despido, en particular por atentatorio contra la libertad sindical, al poderse en tal caso calificar de seguimiento prospectivo y, por ello, de deliberada actuación contra el ejercicio de funciones representativas.

2. *Ilícitud o licitud de la prueba de detectives*

Tanto el art. 11.1 LOPJ como el art. 90 LRJS en relación con el art. 287 LEC proscriben la admisión de la prueba ilícita, contraria a la buena fe procesal exigida por el art. 75.4 LRJS (STS núm. 155/2020, de 19/2 -rec. núm. 3943/2017-). La licitud de la vigilancia durante el horario de trabajo a través de servicio de seguimiento externo autorizado (servicios de investigación privada) constituye tema central objeto de estudio y fallo de la resolución analizada. En el plano procesal, el fallo de la sentencia de instancia se basa en prueba testifical, condición que, como recuerda la recurrida, comparte el informe del detective privado, consistente en la plasmación escrita de la prueba testifical (*testifical impropia*, STS de 15/10/2014 -rec. núm. 1654/2013) sobre hechos observados por quien lo firma, con cita de la STC núm. 114/84 (cfr., SSTs de 15/10/2014 -rec. núm. 1654/2013-, lo que requerirá, tras la devolución de los autos al juzgado de origen, una ponderación entre ambas testificales.

Se trata de un método clásico de verificación de incumplimientos que está siendo relegado por otros métodos automatizados, guiados o no por datos masivos, capaces de rastrear la existencia de individuos en el mundo digital, especialmente eficaz y rentable -por su bajo coste- para detectar conductas indebidas si estas son captadas digitalmente u objeto de publicación, y que bien pudieran considerarse, de no realizarse con fines prospectivos, la base necesaria para un seguimiento individualizado. No obstante, nada más concreto y eficiente que no fiar a la suerte el hallazgo buscado y aplicar el método de seguimiento directo y personal que autoriza la Ley 5/2014, de seguridad privada, a agentes capacitados y autorizados para ello, y escoger la medida menos invasiva y más respetuosa con los derechos fundamentales (en tanto es, en sí misma, restrictiva de tales derechos), que reúna los criterios señalados por la sentencia comentada: razonabilidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad (art. 48.6 de la Ley 5/2014), aunque ello no excluye que estos también se auxilien de tales medios digitales.

Para su admisión, ha de tenerse en cuenta el art. 11.1 LOPJ, que, en aplicación de la regla de la buena procesal, priva de efectos a «las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales», así como el art. 24 CE, que limita dicha licitud en caso de violación de derechos fundamentales, en este caso, principalmente el art. 18 (STS núm. 551/2023). La ausencia de tales elementos priva a los hechos alegados de su oportuno soporte probatorio, lo que conduce a la improcedencia del despido ex art. 105.1 LRJS (de no apreciarse la existencia de fundadas sospechas para la investigación, determinaría alternativamente su nulidad) -SSTs de 17/2/2016, rcud. núm. 808/2014, y núm. 551/2023-.

De suerte que la medida de seguimiento acordada no solo debe respetar los principios legales anteriormente señalados en su propia adopción, sino también en su ejecución por terceros -el servicio de investigación contratado-, lo que supone que puede devenir ilícita, aunque no lo sea en su génesis, según los términos en los que sea desplegada, ex art. 11.1 LOPJ. Su admisión precisa, pues, como señala el Tribunal Supremo en la resolución comentada, que la intrusión en el derecho a la intimidad tenga sustento, en tanto va a existir siempre una actuación invasiva, y que, además, se lleve a término de acuerdo con lo previsto en la Ley 5/2014 y, por consiguiente, en lugares no privados (lo cual incluye lugares virtuales de carácter estrictamente privados o reservados solo a los individuos designados por la persona objeto de seguimiento, ex art. 48), con obligación de reserva de datos (art. 50.1), y por el tiempo imprescindible para el fin buscado (en este caso, «la vigilancia mediante

detectives fue proporcionada, pues se limitó a los cuatro días en los que la empresa sospechaba que la ausencia anunciada estaba motivada por los propios intereses del trabajador, sin rebasar la hora de conclusión del permiso que tenía solicitado», FD 3º).

Las dos reglas, las que justifica realizar la vigilancia, y la que la valida en función de la forma en que se ha ejecutado, han sido admitidas por la jurisprudencia de la Sala IV. Así, aplicando el criterio de «vigilancia ordinaria» como sustitutivo de la «vigilancia singular» anudada a conducta antisindical, se ha considerado legítima la que no se activa de modo preventivo, sino reactivo a una circunstancia específica, como el uso del crédito horario tras recepción de llamada para realización de un pedido por un cliente y, en la que, por tanto, el seguimiento obedece a la necesidad de probar el incumplimiento (STS de 2/11/1989).

En segundo término, respecto a la validez de la vigilancia ya practicada, el criterio de la mínima invasión es el que, por aplicación de la regla de «intervención quirúrgica» (horario coincidente con la jornada de trabajo y solo durante un breve espacio temporal), salva la vigilancia ordinaria realizada, por no tratarse de desproporción de la medida al no vulnerarse derechos fundamentales (STS de 29/9/1989, en la que esta se limitó a los dos días en los que la empresa sospechaba que la ausencia anunciada estaba motivada por los propios intereses del trabajador, sin rebasar la hora de conclusión de la jornada de trabajo, como sucedió en este mismo caso ahora analizado). Por tales razones, se excluye la vigilancia en el vehículo privado (instalación de dispositivo de geolocalización, STS 21/6/2012 -rec. núm. 2194/2011-) o en el jardín del domicilio del trabajador (STS núm. 380/2023, de 25/5 -rec. núm. 2339/2022-), la prueba inducida por detectives (STS núm. 155/2020, de 19/2 -rec. núm. 3943/2017- y STS núm. 528/2017, de 20/6 -rec. núm. 1654/2015-) o la infiltración de detectives en la plantilla de trabajadores de la empresa (ATS de 19/12/2007 -rec. núm. 1236/2007-).

En todo caso, aunque las facultades directivas incluyen la licitud del seguimiento por servicios privados de investigación privada para verificar incumplimientos, se trata de una cuestión de orden casuístico, que requiere el análisis contextualizado de cada situación para ponderar la validez de cada vigilancia, en aspectos como la forma de ejecutarlo como su relación con los derechos fundamentales de la persona objeto de seguimiento.

X. Apunte final

En algún supuesto se analiza el seguimiento por mecanismos automatizados y no por personas, pero, en el que dio lugar a la STS 21/6/2012 (rec. núm. 2194/2011), se trataba de herramientas complementarias del trabajo de investigación privada, llevada a cabo por personal autorizado y competente para ejecutar tales tareas. También se ha analizado por la jurisprudencia el seguimiento directo por la empresa a través de geolocalización instalada en el vehículo utilizado por el trabajador en cuestión, en relación con el derecho a la intimidad. Lo que no ha sido aún objeto de respuesta jurisprudencial es la vigilancia automatizada que pueda disponer la empresa no de forma indiscriminada, sino en las circunstancias valoradas en la sentencia comentada, esto es, tras evidenciarse sospechas de incumplimientos graves por parte de empleados, recurriendo a herramientas digitales no externalizadas (pero cabría preguntarse también por las que usan tales servicios externos de investigación privada) cuyo grado de invasión de la intimidad va más allá de la precisión quirúrgica desplegada en casos como el analizado para realizar una concreta comprobación: qué hacía tal empleado a hora en que hipotéticamente estaba llevando a cabo funciones representativas. Considerando las prohibiciones emanadas del RGPD (2016) y las más recientes del Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial (2024), se hace difícil admitir un tipo de actuación investigadora que no siga los cauces más tradicionales del oficio, pese a que esta está llamada a ser desterrada por las nuevas técnicas digitales.

§ 57 La obligación de pago de intereses moratorios.

Francisco A. Vila Tierno

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga.

Resumen: *Se reitera doctrina sobre la obligación de pago de intereses moratorios del art. 29.3 del TRLET. Solo en supuestos excepcionales no se aplica la obligación establecida en este precepto, siendo la regla general el deber de pago. No obstante, es preciso señalar que ello no implica un cambio de criterio respecto del momento en el que se devenga tal obligación, cuestión que no se aborda en la resolución judicial y que, por tanto, debe entenderse vinculado a la reclamación del acreedor, como previamente ha sido objeto de pronunciamiento por el Tribunal Supremo.*

Palabras clave: *Intereses moratorios. Obligación de pago. Deudas salariales.*

Abstract: *Ciò ribadisce la dottrina secondo cui è necessario pagare gli interessi di mora ai sensi dell'art. 29.3 del TRLET. Solo in casi eccezionali l'obbligo stabilito da questa disposizione non si applica, mentre la regola generale è l'obbligo di pagamento. Tuttavia, va sottolineato che ciò non implica un cambiamento di criterio riguardo al momento in cui tale obbligo matura, questione che non viene affrontata nella decisione giudiziaria e che, pertanto, deve essere intesa come legata al credito del creditore, come già stabilito in precedenza dalla Corte Suprema.*

Keywords: *Interessi di mora. Obbligo di pagamento. Debiti salariali.*

I. Introducción

El salario es la contraprestación básica que recibe el trabajador para compensar el trabajo realizado y los tiempos de descanso a los que tiene derecho. Pero, al tiempo, como es sabido, la Constitución Española, reconoce el derecho de todos los españoles a “una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia”.

Tiene, por tanto, este concepto, una función social de absoluta relevancia, en tanto que se configura como la principal fuente o recurso para asegurar el mantenimiento vital para cada una de las personas trabajadoras.

Siendo así, el legislador tiene el deber de garantizar su percepción puntual, evitando retrasos injustificados que vayan en perjuicio de la persona trabajadora y la cobertura de sus necesidades básicas. Entra, en juego, el orden público laboral puesto que la percepción salarial está especialmente tutelada.

A estos efectos, el art. 11 del Convenio nº117 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Política Social (normas y objetivos básicos), de 22 junio de 1962 (BOE de 5 de julio de 1974) dispone que “Se deberán tomar las medidas necesarias para garantizar que todos los salarios devengados se paguen debidamente (...)”

En este escenario se dibuja el art. 26.3 ET cuando regula el interés por mora. Un interés que implica que el salario se incremente en un montante que representa el 10% de lo adeudado.

Pero única y exclusivamente respecto de las deudas salariales, ya que, si carecen de dicha naturaleza, la obligación se concreta en una indemnización calculada de acuerdo con los intereses convenidos o el interés legal del dinero, como expresamente, se distinguen, v.gr. en la STS de 17 de junio de 2014 (rec. 1315/2013) cuando se reconoce un régimen más favorable que tiende a proteger la condición de la persona trabajadora.

La sentencia que ahora nos ocupa, partiendo de estos precedentes, reitera la doctrina sobre la naturaleza automática y objetiva del interés por mora así como sus posibles excepciones.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: STS-SOC núm. 414/2025, de 8 de mayo.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de casación para la unificación de doctrina, RCUD núm. 4499/2023.

ECLI:ES:TS:2025:2065

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio García-Perrote Escartín.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Se plantea, como objeto de debate, la correcta aplicación de los intereses por mora del art. 29.3 ET, en tanto que la doctrina consolidada en esta materia reconoce el carácter objetivo y automático del interés de demora del art. 29.3 ET, respecto a las deudas estrictamente salariales.

En este sentido, la primera cuestión relevante es destacar el citado carácter retributivo de la deuda, en tanto que la que las que tienen una distinta naturaleza deben indemnizarse en el porcentaje señalado en el art. 1108 CC. Lo relevante, en cualquier caso, es que la importancia que el salario tiene para la persona trabajadora, en cuanto que garantiza su propia subsistencia, es lo que determina que la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo fuera rectificada para pasar de exigir que la obligación de pago se refiera a una cantidad exigida, vencida y líquida, así como pacífica para las partes, a concretar, en la actualidad, de un modo ya reiterado, que sea cuál sea el estado de aquella, el interés del art. 29.3 ET opera, como hemos adelantado, de manera objetiva y automática.

No obstante, siendo ésta la regla general, admite sus excepciones, que únicamente se identifican con supuestos de especial complejidad que, a la luz de lo analizado por el propio Tribunal Supremo, responde a una casuística particular muy alejada de poder establecer criterios de generalidad. Precisamente, aquí se centra el debate más complejo, esto es, identificar si se dan o no los parámetros para reconocer una situación como especialmente compleja y, por tanto, excluyente del interés por mora.

En cualquier caso, si no estamos ante una de las excepciones, la mora salarial del art. 29.3 ET, con aquel carácter objetivo y automático, debe computarse desde una fecha en concreto, esto es, resulta preciso establecer el *dies a quo* desde el que se devengan tales intereses. Cuestión sobre la que no se pronuncia esta sentencia por no

ser objeto del debate, pero que no por ello carece de importancia y que había sido objeto de resoluciones anteriores cuya doctrina no ha variado: el origen del devengo se corresponde con la reclamación de la persona trabajadora, si bien, en los antecedentes de hecho, se indica que la sentencia de suplicación expresamente reconocía estos intereses desde la fecha de impago.

Ello justifica que se analice tanto lo que haya sido resuelto, como lo que no se ha tratado de manera concreta (no consta que fuera objeto del debate ni que se hubiera rebatido).

Los hechos que motivan el fallo de la sentencia se resumen en una serie de antecedentes más significativos:

1.- Demanda plural: Treinta y tres personas trabajadoras, afiliadas al SINDICAT DE METGES DE CATALUNYA y con la categoría profesional de médico, presentan una demanda en reclamación de cantidad por entender que se deben incluir en la remuneración de sus vacaciones una serie de complementos. Dicha demanda obtiene sentencia favorable del Juzgado de lo Social núm. 12 de Barcelona, de fecha 15 de septiembre de 2022. En ella se condena al pago del principal más los intereses del art. 29.3 ET respecto de la cantidad calculada como adeudada por parte de la empresa (FUNDACIÓ HOSPITAL SANT JOAN DE DÉU DE MARTORELL). Con fecha 31 de mayo de 2023 el TSJ de Cataluña resuelve el recurso de suplicación desestimando la pretensión de la empresa. Confirmada, por tanto, la sentencia de instancia, se formula recurso de casación que da lugar a la sentencia que ahora se comenta.

2.- Conflictos colectivos: a) En paralelo, los sindicatos CCOO, UGT y SATSE interpusieron demanda de conflicto colectivo, a la que posteriormente se adhirió el sindicato Metges de Catalunya, contra Unió Catalana d'Hospitals, Consorci Associació Patronal Sanitaria i Social y Associació Catalana d'Entitats de la Salut. Esta demanda se resuelve con un pronunciamiento del TSJ de Cataluña, de 2 de febrero de 2017, en el que estima parcialmente la pretensión de incluir determinados complementos en la retribución de vacaciones (ratificada por STS 535/2019 de 4 de julio, rec.89/2018); b) El SINDICAT DE METGES DE CATALUNYA interpuso una demanda de conflicto colectivo contra FUNDACIÓ HOSPITAL SANT JOAN DE DÉU DE MARTORELL, con un primer señalamiento para 18/01/2017 y que fue objeto de sucesivas suspensiones ante la existencia del conflicto colectivo sectorial antes señalado. Finalmente, el 30/06/2020 se celebró el juicio que concluye con sentencia del juzgado de lo social 2 de Barcelona n. 144/2020 de 7 de julio, por la que se estima parcialmente la pretensión de abono de la retribución de vacaciones de acuerdo con la retribución media o normal incluyendo determinados complementos y el interés por mora respecto de aquellas cantidades. Frente a ello se interpone recurso de suplicación Interpuesto recurso de suplicación, la STSJ Cataluña, Sala de lo Social, 4007/2021 de 22 de julio (rec. 2063/2021), revoca en parte la sentencia de instancia con la supresión del 10% del interés por mora.

IV. Posición de las partes

El posicionamiento de la empresa, la FUNDACIÓ HOSPITAL SANT JOAN DE DÉU DE MARTORELL, se concentra, esencialmente, en defender que la complejidad del proceso de reclamación impide que se pueda exigir, de un modo automático y objetivo, los intereses del art. 29.3 ET.

Frente a ello, las personas trabajadoras, fundamentalmente, lo que vienen a defender es que la complejidad a la que se refiere la parte contraria, se limita a la interposición de conflicto colectivo y a la suspensión de los procesos de reclamación individual, sin que ello constituya una de las excepciones que la doctrina del TS reconoce frente a la regla general de la reiterada automaticidad y objetividad de la mora salarial del art. 29.3 ET.

V. Normativa aplicable al caso

- Estatuto de los Trabajadores:

Artículo 29.3: “El interés por mora en el pago del salario será el diez por ciento de lo adeudado”.

Ello con relación a lo previsto en el párrafo primero del mismo artículo 29:

“La liquidación y el pago del salario se harán puntual y documentalmente en la fecha y lugar convenidos o conforme a los usos y costumbres (...)”

En el supuesto de hecho, además, se refiere al art. 38.1 ET:

“El periodo de vacaciones anuales retribuidas (...)”

- Código Civil:

Artículo 1108: “Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal”

VI. Doctrina básica

Debe entenderse, que “la «regla general» es el «carácter objetivo y automático» de la mora salarial del artículo 29.3 ET y la «regla especial» de no aplicación objetiva y automática se ciñe a «supuestos excepcionalmente complejos»”.

No obstante, en supuestos excepcionales -vid. v.gr. STS 246/2023, de 29 de marzo (rcud 3266)- cabe la exclusión de los intereses por mora del citado precepto estatutario, si bien, deberemos estar ante el caso concreto para determinar si cabe o no cabe la exclusión en cada uno de los supuestos de hecho que sea objeto de análisis, sin que exista, a estos efectos, un doctrina uniforme y única que permita determinar cuándo concurre esta circunstancia.

De este modo, la doctrina básica se plantea en un doble sentido: de una parte en el reconocimiento general del carácter automático y objetivo de los intereses por mora respecto de las deudas salariales y, de otra, que se confirma la posible concurrencia de circunstancias excepcionales que pueden eximir el cumplimiento de la regla general y que debe ser objeto de análisis individualizado.

Lo que no se determina es desde cuándo se devengan estos intereses, en tanto que no es objeto de debate en esta sentencia, si bien, existen otros pronunciamientos que sí lo concretan -a lo que más adelante se dedicará una especial atención-.

VII. Parte dispositiva

La sentencia comentada llega a una conclusión y es como hemos reflejado, que “no estamos ante uno de esos supuestos excepcionales en los que no operaría la aplicación objetiva y automática del artículo 29.3 ET (...) Tras las SSTJUE 22 de mayo de 2014 (C-139/12, asunto Lock) y 12 de junio de 2014 (C-118/13, asunto Bollacke), ya la STS 497/2016, de 8 de junio (rec. 207/2015), estableció criterios sobre cual debía ser la retribución normal o media de las vacaciones. A la STS 497/2016 se refiere la ya citada STS 535/2019, de 4 de julio (rec. 89/2018), sobre el convenio colectivo aquí aplicable y la retribución de las vacaciones, y que confirmó la STSJ Cataluña de 2 de febrero de 2017 (proc. 42/2016). El «cambio jurisprudencial» al que alude la sentencia de contraste tuvo lugar ya, como puede advertirse, en el año 2016.

A ello ha de añadirse que, como recuerda la sentencia recurrida, la pretensión de condena de los intereses moratorios fue desestimada por el carácter exclusivamente declarativo de las sentencias dictadas en los procedimientos de conflicto colectivo, que derivaban la cuestión de la mora procesal a las demandas individuales o plurales, como la aquí formulada.

A ello -y no a otra cosa- se debe el «prolongado» camino procesal a que hace referencia la sentencia referencial.

Las consideraciones realizadas conducen a desestimar el recurso de casación unificadora y a confirmar la sentencia recurrida (...) De acuerdo con lo razonado, y de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, procede desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina y confirmar y declarar la firmeza de la sentencia recurrida”.

Existen, por tanto, argumentos que refuerzan el carácter claro y no especialmente complejo del proceso de reclamación de deudas, en tanto que la doctrina sobre el pago de vacaciones era una cuestión pacífica desde 2016 y la ausencia de pronunciamiento sobre los intereses moratorios en las sentencias de conflicto colectivo se debe a la naturaleza declarativa de las mismas -no de condena-.

VIII. Pasajes decisivos

El fundamento jurídico tercero incluye la parte decisiva de la sentencia con los argumentos que conducen al fallo:

“«de forma objetiva y automática.»

Como explica la propia STS 17 de junio de 2014, el criterio que «tradicionalmente» había mantenido la Sala IV, conjugando lo que disponen los artículos 1100, 1101 y 1108 CC, era que el recargo por mora al que se refiere el artículo 29.3 ET únicamente cabía imponerlo «cuando la realidad e importe de la retribución no satisfecha fuesen pacíficamente admitidos por las partes, esto es, cuando se trate de cantidades exigibles, vencidas y líquidas, sin que la procedencia o improcedencia de un abono se discuta por los litigantes, pues “cuando lo reclamado como principal es problemático y controvertido, queda excluida la mora en que podrían encontrar causa dichos intereses” .»

Pero, a partir precisamente de la STS 17 de junio de 2014, se sienta el carácter objetivo y automático del artículo 29.3 ET, al hilo de la doctrina de la Sala I del Tribunal Supremo, ya recogida para otros supuestos por esta Sala IV, y ya aplicada en algunos supuestos en base a la aplicación objetiva de los intereses del artículo 1108 CC a los de demora del artículo 29.3 ET.

En consecuencia -concluye la STS 17 de junio de 2014-, el artículo 29.3 ET ha de operar de «forma objetiva y automática», «sin tener en cuenta ni la posible razonabilidad de la oposición empresarial a su pago, ni que en los concretos periodos económicos esa cifra -diez por ciento- sea superior o inferior a la inflación.»

«Y ello es así -prosigue su razonamiento la STS 17 junio 2014-, tanto porque el mandato legal se exprese de forma imperativa y sin condicionamiento alguno [“el interés por mora en el pago del salario será el diez por ciento de lo adeudado”]; cuanto por el importante elemento interpretativo ... que significan los trabajos parlamentarios previos “para desentrañar el alcance y sentido de las normas” [...], en los que claramente se pone de manifiesto -...- la intención de mejorar para los trabajadores el régimen civil común de la mora en el incumplimiento de las obligaciones, que contemplaba un interés legal más bajo que la inflación y que además se aplicaba con todas las limitaciones que ofrecía la interpretación tradicional de la regla “in iliquidis”; y muy probablemente se hizo así por atender a los valores en juego -la relevancia vital que el salario tiene para el trabajador- y por considerar que no sólo era aconsejable ofrecer seguridad jurídica, sino de alguna manera limitar controversias que pudieran comprometer el sustento del empleado”.»

En conclusión, la STS 17 de junio de 2014 establece que las deudas laborales que no ostenten naturaleza salarial han de indemnizarse en el porcentaje previsto en el artículo 1108 CC y las «estrictamente salariales han de ser compensadas con el interés referido en el artículo 29.3 ET». Reiteran esta doctrina, por ejemplo, las SSTS 24 de febrero de 2015 (rcud 547/2014), 69/2017, de 16 de enero (rcud 115/2016) y 16/2019, de 10 de enero (rcud 925/2017).

El recurso de casación unificadora denuncia la infracción del artículo 29.3 ET en relación con la interpretación dada -dice expresamente el escrito de interposición- por la recién citada STS 16/2019. Pero el caso es que esta última sentencia reafirma el carácter objetivo y automático del artículo 29.3 ET y condena a abonar los intereses previstos en el precepto legal.

3.En definitiva, a partir de la STS 17 de junio de 2014 (rcud 1315/2013), y como sintetiza la STS 246/2023, de 29 de marzo (rcud 3266), reiterada por varias posteriores, como por ejemplo, las SSTS 599/2023, de 27 de septiembre (rcud 503/2021), 921/2023, de 7 de noviembre (rcud 4063/2020), y 6/2024, de 8 de enero (rcud 2888/2021), la «regla general» es el «carácter objetivo y automático» de la mora salarial del artículo 29.3 ET y la «regla especial» de no aplicación objetiva y automática se ciñe a «supuestos excepcionalmente complejos» (...).

IX. Comentario

Hemos de reiterar que se venía interpretando por los Tribunales que la cuantía salarial sobre la que aplicar el interés por mora había de ser líquida y determinada, pacífica y no discutida, vencida y exigible, de manera que no se aplicaban cuando existía controversia sobre los mismos (v.gr. STS de 6 de noviembre de 2006). No obstante, esta doctrina ha sido modificada, como expresamente se recoge en la sentencia objeto de debate, por otra posterior en la que tales intereses operan de forma automática y en todo caso, a pesar de las posibles discrepancias, si bien, queda sujeto a una importante casuística, en cuanto que se admiten excepciones por la especial complejidad de la cuestión objeto de debate (v.gr. STS de 18 de enero de 2013). Desde nuestro punto de vista, por tanto, puede entenderse superada la doctrina según la cual, para poder generar el interés por mora, la deuda salarial ha de ser exigible (si se encuentra prescrita no genera interés) encontrarse vencida (es necesario haber superado el plazo para su pago) y ha de ser líquida (determinada o determinable mediante sencillas operaciones matemáticas). A estos tres requisitos, tradicionalmente se ha sumado un cuarto que exigía el carácter pacífico e incontrovertido de la deuda.

De este modo, actualmente, puede considerarse que, como regla general, “es que tratándose de concretas deudas salariales la solución ofrecida por el legislador -ex art. 29.3 ET - ha de operar también de forma objetiva, sin tener en cuenta ni la posible razonabilidad de la oposición empresarial a su pago”, según se afirma en la STS de 21 de enero de 2015 (rec. 304/2013) -si bien, en la propia resolución se indica que “la deuda reclamada es líquida, vencida y exigible”-.

Frente a ello, la excepción a aquella regla general se aplicará a supuestos especialmente complejos, en los que se supera la mera y razonable oposición empresarial, se sustituye por una sucesión de reclamaciones y controversias que constan. Precisamente esta afirmación, como refleja la STS nº 636/2017, de 18 de julio, supone una reiteración de la doctrina contenida en la STS 17 de junio de 2014 (rcud. 1315/2013), sobre la objetiva y automática imposición de los intereses moratorios del art. 29. 3º ET, con independencia de que se presente como más o menos comprensible y razonable la oposición de la empresa a la deuda reclamada por el trabajador.

El TS solo se ha apartado de esa doctrina, como hemos afirmado, repitiendo los argumentos de la Sala IV, en supuestos excepcionales, en los que concurrían singulares circunstancias, cuya complejidad hacía necesario considerar más ajustado a derecho liberar a la empresa del pago de intereses moratorios en razón de tan especiales elementos, por lo que “sus decisiones más que romper con la doctrina general lo que hicieron fue representar una excepción confirmatoria de la propia regla”.

Las excepciones citadas a la regla general clara, exigen la reiterada especial complejidad, como de manera reiterada ha señalado el Tribunal Supremo -STS 29 abril 2013 (RECUD 2554/2012): “A la vista del tortuoso camino que ha seguido el plus de permanencia y desempeño hasta conseguir su reconocimiento, exteriorizado en el

planteamiento de un conflicto colectivo acerca de la interpretación y alcance del precepto del convenio colectivo que regula dicho plus, forzoso es concluir que en este concreto supuesto, teniendo en cuenta el carácter controvertido del plus reclamado, no procede condenar a la demandada al abono de intereses"; STS de 18 junio 2013 (RCUD 2741/2012), "Las cantidades reclamadas en este pleito han de calificarse de esencialmente controvertidas (...) lo que nos lleva a concluir que no procede la condena al abono del interés por mora, a tenor del artículo 29.3 del Estatuto de los Trabajadores. Por todo lo razonado el motivo ha de ser estimado"; STS/4ª de 18 junio 2013 (rcud. 2741/2012); STS de 14 noviembre 2014; STS 29 de marzo de 2023 (RECUD 3266/2020): "Es cierto que el abono de intereses moratorios aparece configurado como objetivo, al margen de las razones por las que la empresa se oponga al pago, pero también que en casos excepcionales, como cuando la obligación de abono solo ha podido establecerse tras un complejo procedimiento, tal regla general debe ceder ante la excepcional, que la complementa y neutraliza (por todas, STS 14 noviembre 2014, rcud. 2977/2013)".

En síntesis, los intereses moratorios se devengan de manera objetiva y automática, salvo supuestos de especial complejidad que es, precisamente, lo que debe ser objeto de análisis y justificación expresa.

X. Apunte final

Solo nos resta hacer una reflexión final y es que, el devengo automático y objetivo de los intereses no implica retrotraerlo más allá de la reclamación que se plantea al respecto. En este punto, resulta absolutamente clarificadora la STS 348/2023, de 11 de mayo (Recurso: 503/2020): "para nuestra doctrina es claro que los créditos salariales deben ser compensados con el interés por mora de forma objetiva y automática [STS de 17 de junio de 2014 (rcud. 1315/2013); 14 de noviembre de 2014 (rcud. 2977/2013); de 21 de enero de 2015 (rcud. 304/2013); y 218/2020, de 10 de marzo (rcud. 1553/2018)] ya que el interés se devenga siempre desde la reclamación del débito, cualquiera que éste sea y siempre que haya prosperado, bien en todo o bien en parte. La doctrina actual de la Sala es que tratándose de concretas deudas salariales la solución ofrecida por el legislador -ex art. 29.3 ET - ha de operar también de forma objetiva, sin tener en cuenta ni la posible razonabilidad de la oposición empresarial a su pago, ni que en los concretos periodos económicos esa cifra -diez por ciento- sea superior o inferior a la inflación". Es decir, que nada tiene que ver el que se reconozca de manera objetiva y automática con el momento en el que comienza su devengo.

De este modo, el criterio jurisprudencial es "que la regla general en esta materia "ha de ser -supuestos exorbitantes aparte- la de que las deudas a favor del trabajador generan intereses a favor de estos desde la interpelación judicial" (FJ 7º STS 30-1-2008)" (STS de 23 de enero de 2013, rec. 1119/2012). Criterio que coincide, entre otras, con la solución de la STSJ Madrid nº 170/2024, de 22 de marzo, cuando resuelve, citando la jurisprudencia más reciente que "el "dies a quo" a partir del cual se deben calcular los intereses debe ser el día de la interpelación o reclamación de las cantidades adeudas y que la sentencia fija en el hecho probado segundo: el 17 de enero de 2019, en que la actora presentó la papeleta de conciliación ante el Smac en reclamación de derechos y cantidad.

La jurisprudencia unificadora en STS de 17/06/2014, recurso nº 1315/2013, indica en relación a la cuestión ahora sometida a la consideración de la Sala:

>> (...) nuestra más reciente doctrina se inclina por la aplicación flexible del interés "indemnizatorio" del Código Civil como regla general en toda clase de deudas laborales, de manera tal que el mismo se devengue siempre desde la reclamación del débito, cualquiera que éste sea y siempre que haya prosperado [bien en todo o bien en parte], en la misma forma la convicción actual de la Sala es que tratándose de concretas deudas salariales la solución ofrecida por el legislador -ex art. 29.3 ET - ha de operar también de forma objetiva, sin tener en cuenta ni la posible razonabilidad de la oposición empresarial a su pago, ni que en los concretos periodos económicos esa

cifra -diez por ciento- sea superior o inferior a la inflación. Y ello es así -consideramos-, tanto porque el mandato legal se expresa de forma imperativa y sin condicionamiento alguno".

En resumen, aunque el derecho de la persona trabajadora al interés moratorio se reconoce de manera automática, no excluye la necesidad de reclamarlo como expresamente señala la STS n. 69/2017, de 26 de enero. Ello implica que el pago de los intereses operan de forma objetiva, pero siempre que haya prosperado, en todo o en parte, la reclamación del débito como reconoce la STS n. 916/2021, de 21 de septiembre, que añade: "Dichas cantidades no abonadas han de devengar el interés del 10%, tal y como establece el artículo 29. 3 del ET, de forma terminante "El interés por mora en el pago del salario será el diez por ciento de lo adeudado". Dicho interés se devenga siempre desde la reclamación del débito, cualquiera que éste sea y siempre que haya prosperado, bien en todo o bien en parte. La doctrina actual de la Sala es que tratándose de concretas deudas salariales la solución ofrecida por el legislador -ex art. 29.3 ET- ha de operar también de forma objetiva, sin tener en cuenta ni la posible razonabilidad de la oposición empresarial a su pago, ni que en los concretos periodos económicos esa cifra -diez por ciento- sea superior o inferior a la inflación". Esto es, no cabe duda, por tanto, desde cuando se devenga, siendo la regla general es que las deudas en favor del trabajador generan intereses a favor de estos desde la interpelación judicial o extrajudicial (STS 23 de enero de 2013, rec. 1119/2012) y no desde el momento en que la empresa debió liquidar y abonar a la persona trabajadora (V.gr. la citada STSJ Madrid nº 170/2024, de 22 de marzo).

§ 58 Aplicación del cupo de reserva del 7 por 100 para personas con discapacidad en la oferta de empleo público de RTVE.

Susana Rodríguez Escanciano

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

Resumen: La Corporación RTVE debe reservar el porcentaje del 7 por 100 de las plazas ofertadas para su cobertura por personas con discapacidad, tal y como prevé el artículo 59 del Estatuto Básico del Empleado Público.

Palabras clave: Personas con discapacidad. Empleo público. Cupo de reserva. Sociedad mercantil pública.

Abstract: The Corporación RTVE must reserve the proportion of 7 per cent of the jobs offered to be filled by persons with disabilities, as provided for in Article 59 of the Basic Statute of the Public Employee.

Keywords: People with disabilities. Public employment. Reserve quota. Public company.

I. Introducción

El fácil recurso a la estadística da sobradas muestras de las acusadas dificultades de empleabilidad que presentan las personas con discapacidad: en España, en 2022, su tasa de empleo fue del 27.8%, mientras que para la población general fue del 68%. Ante tal realidad, el ordenamiento jurídico ha venido implementando un extenso elenco de medidas encauzadas a procurar su contratación, bien en el mercado de trabajo ordinario a través del programa de empleo con apoyo, del establecimiento en las empresas de un cupo de reserva destinada en exclusiva a este colectivo o del diseño de bonificaciones, desgravaciones o subvenciones en las cotizaciones sociales, bien en el denominado empleo protegido promoviendo los Centros Especiales de Empleo y los enclaves laborales.

Dentro de este elenco, una de las medidas más clásicas destinadas al fomento del empleo de las personas con discapacidad es precisamente la denominada “cuota de reserva”, regulada en el art. 42 Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (LGD), en virtud del cual “las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad”.

Además, en el marco del empleo público, existe también, al igual que en el sector privado, un cupo de reserva, en este caso, “no inferior al siete por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad a favor de las personas con discapacidad”. Este cupo se encuentra regulado en el art. 59 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto Básico del

Empleado Público (EBEP), con el fin de que “progresivamente” las personas con discapacidad alcancen “el dos por ciento de los efectivos totales en cada Administración Pública”. Además, añade este precepto que “la reserva del mínimo del siete por ciento se realizará de manera que, al menos, el dos por ciento de las plazas ofertadas lo sea para ser cubiertas por personas que acrediten discapacidad intelectual y el resto de las plazas ofertadas lo será para personas que acrediten cualquier otro tipo de discapacidad”. Incluso, el art. 108.4 Real Decreto Ley 6/2023 eleva, para la Administración General del Estado, al 10 por 100 el quantum general de reserva.

A la luz de estas previsiones, surge la duda sobre el porcentaje concreto (2 por 100 o 7 por 100) que deben respetar algunos organismos del sector público, que no son propiamente Administraciones Públicas de base territorial, sino otro tipo de entes institucionales, tal y como sucede, en el presente caso, con RTVE.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia

Órgano judicial: Tribunal Supremo

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 439/2025, de 20 de mayo.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCO núm. 248/2023

ECLI:ECLI:ES:TS:2025:2401

Fuente: CENDOJ

Ponente: Ilmo. Sr. Félix Vicente Azón Vilas.

Votos Particulares: no concurren votos particulares

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El presente pronunciamiento resuelve un recurso de casación, interpuesto por la Federación de Espectáculos, Información y Gráficas de CGT frente a la Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 87/2023, de 4 de julio de 2023, que había entendido aplicable el art. 42 LGD (cupa de reserva del 2 por 100) y no el art. 59 EBEP (cupa de reserva del 7 por 100) en la oferta de empleo llevada a cabo por RTVE.

Los hechos probados pueden resumirse en los siguientes:

1.-El 21/12/2022, la Corporación RTVE en su página web convocó procesos selectivos para la cobertura de puestos de trabajo destinados a incorporar a su plantilla personal laboral fijo, mediante un documento denominado "bases generales de la convocatoria 1/2022 para la cobertura de puestos de trabajo de personal fijo en la Corporación de Radio y Televisión española".

2.-En las bases de la convocatoria se ofertan un total de 1082 plazas de las que 54 se reservan para personas con discapacidad.

3.-La distribución se realiza en los siguientes procesos: a) 255 plazas, de 16 ocupaciones tipo diferentes, a cubrir mediante el procedimiento especificado en el apartado 6 (regulado en las disposiciones adicionales 6ª, 7ª y 8ª del R.D.L. 20/2021). Proceso de concurso de méritos regulado en el apartado 6 de las bases generales; b) 60 plazas, de 10 ocupaciones tipo diferentes, a cubrir mediante el procedimiento especificado en el apartado 7 (regulado en art. 2 y D.A. 7ª del R.D.L. 20/2021). Proceso de concurso oposición sin pruebas eliminatorias, regulado en el apartado 7 de las bases generales; c) 713 plazas, de 31 ocupaciones tipo diferentes, a cubrir mediante el procedimiento especificado en el apartado 8 (regulado en el art. 13 del III Convenio Colectivo); d) La reserva de 54 plazas para personas con discapacidad se concreta en

8 ocupaciones tipo diferentes, a cubrir mediante el procedimiento especificado en el apartado 8 (regulado en el art. 13 del III Convenio Colectivo).

4.-El 25-1-23, se presentó por el sindicato CCOO un escrito a la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo de la Corporación RTVE en el que ponía de manifiesto, por una parte, que dicha convocatoria no respetaba el cupo del 7 por 100 de reserva para las personas con discapacidad en el sector público atendiendo a lo dispuesto en la disposición adicional 1ª EBEP, que entiende, a su vez, aplicable el art. 59 EBEP a las sociedades mercantiles públicas, y, por otra, que la reserva no se aplicaba a todas las categorías obrantes en la convocatoria. La Comisión Paritaria incluyó dicho asunto en el orden del día de la reunión del 9 de febrero de 2023, manifestándose por la dirección de dicha Corporación que "entendía que las bases estaban totalmente dentro de la normativa, dado que en la disposición adicional 1ª EBEP solo habla de los principios que rigen el acceso al empleo público, pero no del estricto cumplimiento del art. 59 EBEP. Respecto de no reservar plazas en todas las categorías es porque hay centros donde no existe infraestructura para acoger a personas con discapacidad".

5.- Fracasado este intento ante la Comisión Paritaria, se presentó demanda ante la Audiencia Nacional, cuyo suplico reseñaba la obligación de la Corporación RTVE de reservar, en las ofertas de empleo público, el 7% de las plazas para personas con discapacidad en cumplimiento de lo establecido en el art. 59 EBEP, lo que supone, de acuerdo con las bases generales publicadas, la reserva de 76 plazas como mínimo (no de 54), debiendo proceder a modificar y subsanar las convocatorias publicadas hasta alcanzar el aludido mínimo del 7% de plazas reservadas a personas discapacitadas.

6.- La Audiencia Nacional entendió correcta la aplicación del cupo de reserva del 2 por 100, siendo recurrida esta sentencia en casación ante el Tribunal Supremo.

IV. Posición de las partes

La parte demandante (CGT) sostiene "la obligación de la empresa RTVE de reservar, en las ofertas de empleo público, el 7% de las plazas para personas con discapacidad en cumplimiento de lo establecido en el art. 59 del EBEP, lo que supone, de acuerdo con las bases generales publicadas, la reserva de 76 plazas como mínimo". Como consecuencia de lo anterior, solicita que "se declare la necesaria modificación y subsanación de las convocatorias publicadas hasta alcanzar el mínimo del 7% de plazas reservadas a personas discapacitadas".

En contraposición, la Corporación RTVE considera que su naturaleza jurídica es la de sociedad mercantil estatal, es decir, pertenece al sector público institucional pero no es Administración Pública conforme al art. 2 de la Ley 40/2015, de manera que no le afecta la obligación de reserva del 7 por 100 de plazas para personas con discapacidad en las ofertas de empleo público, pues este porcentaje se aplica a las Administraciones Públicas y no a las sociedades estatales. Entiende, por tanto, que el cupo a aplicar es del 2 por 100 de la LGD, referido a empresas privadas y públicas.

V. Normativa aplicable al caso

Varios preceptos son de aplicación al supuesto enjuiciado:

1.- El art. 59 EBEP, cuyo tenor literal establece "1. En las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al siete por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, considerando como tales las definidas en el apartado 2 del artículo 4 del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas, de modo que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales en cada Administración Pública. La reserva del mínimo del siete por ciento se realizará de manera que, al menos, el dos por ciento de las plazas ofertadas lo sea para ser cubiertas por personas que acrediten discapacidad intelectual y el resto de las plazas

ofertadas lo sea para personas que acrediten cualquier otro tipo de discapacidad. 2. Cada Administración Pública adoptará las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo y, una vez superado dicho proceso, las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad.

2.- El art. 70 EBEP, cuyo tenor prevé “1. 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. 2. La oferta de empleo público o instrumento similar, que se aprobará anualmente por los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas, deberá ser publicada en el Diario Oficial correspondiente. 3. La Oferta de empleo público o instrumento similar podrá contener medidas derivadas de la planificación de recursos humanos”.

3.-La disposición adicional primera EBEP, conforme a la cual “los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica”.

4.- El art. 2 EBEP, que extiende el ámbito de aplicación de este Estatuto “al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de las siguientes Administraciones Públicas: a) La Administración General del Estado; b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla; c) Las Administraciones de las entidades locales; d) Los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas; e) Las Universidades Públicas”.

5.- El art. 113 Ley 40/2015, según el cual “las sociedades mercantiles estatales se regirán por lo previsto en esta Ley, por lo previsto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de personal, de control económico-financiero y de contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, sin perjuicio de que excepcionalmente la ley pueda atribuirle el ejercicio de potestades administrativas”.

6.- El art. 42 LDG, en virtud del cual “las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad. El cómputo mencionado anteriormente se realizará sobre la plantilla total de la empresa correspondiente, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquella y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa. Igualmente se entenderá que estarán incluidos en dicho cómputo los trabajadores con discapacidad que se encuentren en cada momento prestando servicios en las empresas públicas o privadas, en virtud de los contratos de puesta a disposición que las mismas hayan celebrado con empresas de trabajo temporal”.

7.- El art. 18 del Convenio Colectivo de la Corporación RTVE indica que “en aplicación de la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Inclusión Social o de la legislación vigente que la sustituya, en los procesos de selección de más de 20 plazas se podrá reservar el porcentaje de plazas que establezca dicha normativa”.

VI. Doctrina básica

La cuestión suscitada en el recurso de casación consiste en determinar si la empresa, Corporación RTVE, tiene obligación de reservar, en las ofertas de empleo público, el 7% de las plazas para personas con discapacidad en cumplimiento de lo establecido en el art. 59 del EBEP, lo que supone, de acuerdo con las bases generales publicadas, la reserva de 76 plazas como mínimo, o simplemente debe aplicar el cupo del 2 por 100 previsto en la LGD. El Tribunal Supremo concluye que el porcentaje correcto a aplicar es el del 7 por 100.

VII. Parte dispositiva

La Sentencia objeto de comentario estima el recurso de casación interpuesto por CGT, casando y anulando el pronunciamiento 87/2023 recurrido, dictado el 4 de julio de 2023, por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (proc. 127/2023). Estima, por tanto, la demanda de conflicto colectivo origen del proceso, condenando a la Corporación RTVE a reservar, en el conjunto de las ofertas de empleo público, el 7% de las plazas para personas con discapacidad.

VIII. Pasajes decisivos

La Sentencia analiza los dos siguientes extremos:

1º.-En primer lugar, la parte recurrente pone de manifiesto un error en la apreciación de la prueba por parte de la sentencia recurrida, proponiendo la modificación uno de los hechos declarado probado. En concreto, la redacción propuesta en cuanto a la distribución de las 1.082 plazas ofertadas sería la siguiente: a) 255 plazas, de 16 ocupaciones tipo diferentes, a cubrir mediante el procedimiento especificado en el apartado 6 (regulado en las disposiciones adicionales 6º, 7ª y 8ª del R.D.L. 20/2021). Proceso de concurso de méritos regulado en el apartado 6 de las bases generales; b) 60 plazas, de 10 ocupaciones tipo diferentes, a cubrir mediante el procedimiento especificado en el apartado 7 (regulado en art. 2 y D.A. 7ª del R.D.L. 20/2021). Proceso de concurso oposición sin pruebas eliminatorias, regulado en el apartado 7 de las bases generales; c) 767 plazas, de 31 ocupaciones tipo diferentes, a cubrir mediante el procedimiento especificado en el apartado 8 (sistema de concurso), con reserva de 54 plazas para personas con discapacidad”.

La novedad estriba en entender que la reserva de las 54 plazas para personas con discapacidad ha tenido lugar en relación con el último apartado, es decir, en las 767 plazas cubiertas mediante el sistema de concurso.

La Corporación RTVE se opone a tal pretensión por cuanto entiende que la causa de desestimación de la demanda nada tiene que ver con la distribución de las plazas reservadas para personas discapacitadas, sino con el hecho de que a dicha entidad no le resulta aplicable el artículo 59 EBEP. El Ministerio Fiscal, sin embargo, señala expresamente que debe estimarse la modificación propuesta en tanto que responde a la literalidad de la convocatoria, pudiendo demostrar, además, la convicción de la propia demandada en cuanto se refiere a su obligación de cumplir con el art. 59 EBEP.

A la vista de tales posturas, el Tribunal Supremo entra a valorar los requisitos que la jurisprudencia viene imponiendo para que prospere la propuesta de revisión fáctica casacional. Toma como referente la Sentencia del Pleno de la Sala Social del Alto Tribunal núm. 960/2022, de 14 diciembre (rec. 131/2022) [seguida por las 133/2023, de 14 de febrero (rec. 165/2020); 168/2022, de 22 de febrero (rec.232/2021); y 1276/2021, de 15 de diciembre (rec. 196/2021)], que recoge las nueve circunstancias siguientes:”1. Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse). 2. Bajo esta delimitación conceptual fáctica no pueden incluirse normas de Derecho o su exégesis. La modificación o adición que se pretende no debe comportar valoraciones jurídicas. Las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica. 3. Que la parte no se limite a manifestar su discrepancia con la sentencia recurrida o el conjunto de los hechos probados, sino que se delimite con

exactitud en qué discrepa. 4. Que su errónea apreciación derive de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos (indicándose cuál o cuáles de ellos así lo evidencian), sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada]. 5. Que no se base la modificación fáctica en prueba testifical ni pericial. La variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental obrante en autos y que demuestre la equivocación del juzgador. En algunos supuestos sí cabe que ese tipo de prueba se examine si ofrece un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte encuentra fundamento para las modificaciones propuestas. 6. Que se ofrezca el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que se consideren acertados, enmendando la que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. 7. Que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia, aunque puede admitirse si refuerza argumentalmente el sentido del fallo. 8. Que quien invoque el motivo precise los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento. 9. Que no se limite el recurrente a instar la inclusión de datos convenientes a su postura procesal, pues lo que contempla es el presunto error cometido en instancia y que sea trascendente para el fallo”.

En consecuencia, entendiendo la doctrina jurisprudencial que la naturaleza extraordinaria del recurso de casación conlleva que la revisión fáctica solo puede prosperar cuando el error fáctico resulte “de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos [...] sin necesidad de argumentaciones o conjeturas”, el Alto Tribunal estima la propuesta de modificación en tanto deriva de un documento indubitado, que está en la base de la propia discusión, al ser la convocatoria origen de la misma, siendo relevante dentro de dicha discusión.

2º.-En segundo término, la parte recurrente entiende que en la sentencia de la Audiencia Nacional ha concurrido una infracción de lo previsto en la disposición adicional primera EBEP. Cabe recordar que la Sentencia de la Audiencia Nacional había concluido que: 1) La Corporación RTVE, en su condición de Sociedad Mercantil Estatal, no tiene la consideración ni Administración pública, ni de entidad u organismo de derecho público; 2) Al personal al servicio de RTVE únicamente le resultan de aplicación aquellos preceptos del EBEP a los que se refiere la disposición adicional primera de dicho texto legal. 3) En la medida en que RTVE no constituye una Administración Pública, no le resultan de aplicación los arts. 59 y 70 EBEP, sino el art. 18 del convenio colectivo, por lo que cumple con la obligación legal simplemente reservando el 2% establecido en el art. 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013.

La parte recurrente considera, empero, que tal interpretación no es sino arbitraria, pues el art. 59 EBEP es posterior a la LPD, debiendo ser aplicable al presente caso. Por su parte, el Ministerio Fiscal propone entender correcta la aplicación del art. 59 EBEP, tal y como se deduce de lo previsto en el art. 113 Ley 40/2014, pues se trata de un asunto en materia de personal y la Corporación RTVE tiene la naturaleza de sociedad mercantil pública.

El Tribunal Supremo recuerda que algunas decisiones de la Sala Cuarta [en concreto, Sentencia 472/2020, de 8 de junio (rec. 1911/2018), reiterada por la las Sentencias 791/2022, de 29 de setiembre (rec. 2068/2019) y 55/2023, de 24 de octubre (rec. 1701/2019)] vienen señalando que, por aplicación de la disposición adicional primera del EBEP, los principios del art. 55 EBEP se aplican a las entidades del sector público estatal no incluidas en el art. 2 EBEP, abarcando tanto entes de derecho público como otros del sector societario. En caso contrario, la reiterada disposición adicional primera del EBEP no tendría ningún contenido porque los organismos de derecho público ya están incluidos en su ámbito de aplicación conforme al artículo 2 EBEP.

Abundando sobre esta idea, también la reciente Sentencia 1184/2021, de 1 de diciembre (rec. 609/2019), ha sentado que “a tenor de la disposición adicional primera del EBEP, puesta en relación con el artículo 55 del mismo Estatuto, resulta que

también en las personas jurídicas privadas integradas en el sector público el acceso al empleo se rige por los principios de igualdad, mérito y capacidad. La disposición adicional primera, bajo la rúbrica de 'ámbito específico de aplicación' establece que "los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica". Es decir, aunque a las entidades de derecho privado que forman parte del sector público no se les aplica con carácter general el Estatuto Básico del Empleado Público, sí que se aplican al personal de estas entidades los principios que rigen los deberes de los empleados públicos (artículo 52), los principios éticos de su actuación (artículo 53), los principios de conducta (artículo 54), los principios rectores de acceso al empleo público (artículo 55), y la reserva de un porcentaje de empleo a personas con discapacidad (artículo 59)".

Atendiendo a tales consideraciones, el Tribunal Supremo concluye que "a la vista de la doctrina constante de la Sala sobre la aplicación, a quienes trabajan para empresas mercantiles del sector público, de los principios reguladores de las condiciones de trabajo de personal recogidas en el artículo 59 EBEP, por remisión directa de la disposición adicional 1ª de la misma norma, resulta evidente que la demandada Corporación RTVE no ha cumplido con las obligaciones que le impone dicha norma en el sentido de que debe reservar el 7% de las plazas del conjunto de la convocatoria para personas discapacitadas; porcentaje que resulta evidentemente más favorable que el 2% previsto en la LPD, norma anterior que cede en su aplicabilidad antela mayor protección que otorga el EBEP posterior: criterio éste que además se cohonesta perfectamente con el artículo 49 de nuestra Constitución". Todo ello sin olvidar, conforme señala el Alto Tribunal, que "con esta interpretación no existe contradicción alguna con la previsión del convenio colectivo, en la medida en que en el mismo se hace referencia a la legislación vigente".

En definitiva, el Tribunal Supremo estima el recurso y condena a la empresa a que la reserva para personas con discapacidad represente el 7% del total de las plazas que componen la oferta de empleo público que ha dado lugar al presente proceso. Todo ello sin imposición de costas.

IX. Comentario

Cierto es que, en un principio, atendiendo a su naturaleza jurídica (sociedad mercantil estatal), la Corporación RTVE entraría dentro del ámbito de aplicación del art. 42 LPD, que obliga a reservar un cupo del 2 por 100 de plazas para personas con discapacidad tanto a empresas privadas como públicas. A esta conclusión llegó la Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de julio de 2023 (proc. 127/2023).

Ahora bien, el Tribunal Supremo rectifica este criterio entendiendo, con una sólida argumentación, que: 1) El EBEP es una norma posterior a la LPD; 2) La disposición adicional primera del EBEP, bajo la rúbrica de "ámbito específico de aplicación" establece que "los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 EBEP serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica". 3) El artículo 2 EBEP se refiere expresamente a "Administración General del Estado, Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla, Administraciones de las entidades locales, organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas y Universidades Públicas) sin hacer referencia a las sociedades mercantiles públicas"; 4) Las entidades de derecho privado que forman parte del sector público no integran el elenco de organismos referenciados en el artículo 2 EBEP y, por ende, no se les aplica con carácter general el EBEP, pero sí están vinculadas, a la luz de la disposición adicional primera del EBEP, por algunos preceptos concretos, tal y como sucede con el artículo 59 EBEP, referido a la reserva de un 7 por 100 de plazas para personas con discapacidad.

En fin, sin duda –tal y como señala el Tribunal Supremo–, este porcentaje de reserva es mucho más favorable para las personas con discapacidad que el 2 por 100 regulado en la LPD.

X. Apunte final

Como resulta fácil de adivinar, el ingreso al trabajo es el primer y más difícil estadio que la persona con discapacidad ha de superar para optar a un desarrollo profesional digno. Las dificultades de empleabilidad de este colectivo no solo tienen lugar en el sector privado sino también en el marco del empleo público donde el objetivo recogido en el art. 59 del EBEP de alcanzar un 2 por 100 de los efectivos totales en cada una de las entidades públicas está muy lejos de ser cumplido.

Es aconsejable, por tanto, seguir diseñando medidas de acción positiva para conseguir mejorar su inserción laboral, no en vano uno de los aspectos nucleares en la existencia vital digna es el acceso al mundo laboral, pues el trabajo presenta un significado muy superior a la mera obtención de ingresos económicos, convirtiéndose en una fuente muy importante de identidad, autoestima y realización inherentes a cualquier persona.

§ 59 Incidencia de los periodos de suspensión por incapacidad temporal en la cuantía del bonus anual.

Elena Lasaosa Irigoyen

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos.

Resumen: *En esta sentencia se examina un programa de incentivos diseñado por la empresa en el cual, para calcular la cuantía del bonus anual a percibir por cada trabajador, se excluyen los periodos de baja por incapacidad temporal superiores a 90 días, considerando que durante los mismos no se devenga derecho al bonus. La Audiencia Nacional debe determinar si esta práctica constituye una discriminación por motivo de enfermedad.*

Palabras clave: *Retribución variable. Incentivos. Incapacidad temporal. Discriminación por enfermedad.*

Abstract: *This ruling examines an incentive program designed by the company in which, to calculate the amount of the annual bonus to be received by each employee, periods of temporary disability exceeding 90 days are excluded, on the grounds that this time does not generate entitlement to the bonus. The Court must determine whether this practice constitutes discrimination on the grounds of illness.*

Keywords: *Variable compensation. Incentive pay. Temporary disability. Discrimination due to illness.*

I. Introducción

La sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 3 de junio de 2025 resuelve un conflicto colectivo iniciado mediante demanda del Sindicato de Empleados de Caixabank, que gira en torno a un programa de incentivos vinculados a los logros individuales de los trabajadores y a los resultados de cada oficina.

La controversia se centra en determinar si es lícita una de las previsiones que contiene este plan, aprobado unilateralmente por la empresa. Concretamente, la que establece que los periodos de suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal superiores a 90 días no devengan este complemento, de tal manera que a quienes han estado en esa situación se les calcula el bonus anual con exclusión proporcional de ese tiempo, minorándose su importe.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia.

Órgano judicial: Audiencia Nacional.

Número de resolución judicial y fecha: Sentencia núm. 78/2025, de 3 de junio.

Tipo y número recurso o procedimiento: Procedimiento de conflicto colectivo núm. 127/2025.

ECLI: ES:AN:2025:2706.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: D. Francisco Javier Piñonosa Ros.

Votos Particulares: Carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Se trata de un conflicto colectivo que afecta a todas las personas trabajadoras de la empresa Caixabank S.A. incluidas en el Plan Comercial Banca Retail.

1. Conflicto colectivo previo

Para situar la cuestión, es conveniente reseñar que con anterioridad ya se había planteado otro conflicto colectivo relativo al mismo complemento de retribución variable (conflicto colectivo número 28/2023), el cual finalizó mediante un acuerdo alcanzado en conciliación judicial de fecha 22 de marzo de 2023.

Entre otros extremos, se establecía en aquel acuerdo que la empresa haría públicas en el primer trimestre de cada año las bases del aludido programa de incentivos, plan que es aprobado unilateralmente por la compañía.

Asimismo, Caixabank S.A. se comprometía a que una vez publicadas dichas bases y durante el periodo de devengo del bonus, no se aplicarían modificaciones en su cálculo que supusieran un empeoramiento para las personas trabajadoras de las condiciones ya fijadas (salvo circunstancias sobrevenidas ajenas a la voluntad de la empresa).

2. Conflicto colectivo actual

En cumplimiento del citado acuerdo, la empresa publicó el 5 de enero de 2024 las bases del Programa de Bonus 2024 de Banca Retail. Y en la misma fecha publicó una circular, informando sobre las métricas para la aplicación del bonus 2024 (parámetros vinculados a los logros individuales de los trabajadores y a los resultados de cada oficina).

En dichas bases se detallaba que, en caso de suspensión del contrato de trabajo durante el año 2024, ese tiempo no devengaría derecho a la percepción de este complemento.

En aplicación de este criterio, la empresa no ha computado los periodos de suspensión por IT superiores a 90 días para calcular el bonus, entendiendo que no devengan este complemento. El bonus anual de quienes han pasado por esa situación se ha calculado proporcionalmente al tiempo efectivamente trabajado, excluyendo esos periodos.

En diciembre de 2024, los empleados de la empresa tuvieron acceso a la información sobre el importe del bonus a través de una aplicación o plataforma puesta en marcha por la entidad. En dicha aplicación se indicaba que en caso de suspensión del contrato superior a 90 días naturales, el bonus se calcularía proporcionalmente excluyendo ese periodo.

Todo lo anterior produjo como efecto que las personas trabajadoras que habían estado de baja médica más de 90 días en 2024 tuvieron acceso a la información sobre el importe de los bonus una vez finalizado el año, a través de la aplicación; pero finalmente no percibieron esa cuantía sino otra inferior, una vez efectuada la minoración excluyendo proporcionalmente las fases de baja por IT. Es esta minoración la que constituye el núcleo de la controversia.

IV. Posición de las partes

1. Parte demandante

Solicita la parte actora, Sindicato de empleados de CaixaBank, que se condene a la entidad a abonar el bonus completo, sin minoración, a las personas trabajadoras que en el año 2024 han tenido bajas de incapacidad temporal superiores a 90 días.

En primer lugar, alega el sindicato que la empresa ha procedido a alterar lo dispuesto en las bases del programa de incentivos, una vez que estas ya habían sido publicadas y durante el periodo de devengo del bonus, para empeorar las condiciones aplicadas a las personas trabajadoras. A pesar de que el acuerdo de fecha 22 de marzo de 2023 vetaba expresamente tales modificaciones, las reglas contenidas en las bases han sufrido variaciones una vez cerrado el año e, incluso con el importe de los bonus ya fijados en la plataforma de la entidad.

En segundo lugar, argumenta que la minoración sufrida en sus bonus por quienes han sufrido bajas de incapacidad temporal superiores a 90 días constituye una discriminación directa por razón de enfermedad, proscrita en la Ley 15/2022, de 12 de julio, para la igualdad de trato y no discriminación.

En otro orden de cosas cabe mencionar que en el plano procesal, en el acto de juicio se inadmite una prueba documental de la parte demandante, porque no ha respetado el plazo de diez días de antelación que se establece en el art. 82.5 LRJS tras la modificación traída por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia. Ante esta inadmisión, la parte actora presenta posteriormente un escrito formulando protesta, indicando que la demanda fue interpuesta antes de la entrada en vigor de la LO1/2015.

2. Parte demandada

La representación de la empresa se opone a la demanda advirtiendo que las personas empleadas han tenido conocimiento durante todo el proceso del criterio controvertido, dado que en las bases se señalaba que los periodos de suspensión del contrato no devengan el bonus, y en la aplicación que puede ser consultada por los empleados se indicaba que *"En el caso de existir periodos de suspensión del contrato de trabajo superiores a 90 días naturales dentro del periodo de devengo, no se devengará remuneración variable. En estos casos, el bonus se calculará proporcionalmente, excluyendo estos días"*. Por lo tanto, no se ha introducido ninguna modificación empeorando las condiciones respecto de lo recogido en las bases y no se ha incumplido el acuerdo alcanzado.

Asimismo, la demandada razona que no puede equipararse la situación de quienes tienen el contrato suspendido a la de quienes no lo tienen. Se trata de una distinción que se deriva de elementos objetivos y es consecuencia del art. 45.2 ET, en cuya virtud durante la suspensión no existe obligación retributiva. Consecuentemente, no concurre discriminación por razón de enfermedad.

Además la demandada hace alusión a la Sentencia de esta misma Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 16 de septiembre de 2024 (ECLI:ES:AN:2024:4806), en la que se declaraba conforme a derecho la exclusión de los periodos de baja por IT superiores a 30 días, a los efectos de devengar una prima por cumplimiento de objetivos individuales.

3. Parte interesada

Se adhieren a la demanda como partes interesadas en este conflicto colectivo las siguientes organizaciones sindicales: Unión General de Trabajadores UGT, Comisiones Obreras CCOO, Asociación Independiente de Cuadros y Profesionales de Servicios Financieros y Administrativos ACCAM, Central Sindical Independiente y de Funcionarios CSIF, Unió Obrera Balear UOB, STOP Sindicato de Trabajadores, Federació d'Estalvi de Catalunya FEC y Sindicato Independiente de Banca SIB.

V. Normativa aplicable al caso

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional resuelve este pleito con apoyo en las siguientes previsiones legales:

-En cuanto a los efectos que tiene la suspensión del contrato en la obligación retributiva, art. 45.2 ET:

“La suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo”.

-En lo referente a la discriminación por enfermedad: Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, art. 2:

“Se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación [...] Nadie podrá ser discriminado por razón de [...] enfermedad o condición de salud [...] o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

[...]

“La enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública”.

-En cuanto a la prueba documental y el plazo establecido para su presentación, art. 82.5 LRJS:

“En la citación también se requerirá el previo traslado entre las partes o la aportación anticipada, con diez días de antelación al acto de juicio, de la prueba documental o pericial de que intenten valerse”.

-Y en cuanto a la entrada en vigor de la actual redacción de este art. 82.5 LRJS, disposición final 38ª.1 de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia:

“La presente ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado”.

-Por otra parte, añádase que la sentencia comentada contiene cita de los siguientes pronunciamientos:

- STS-SOC (rcud 4265/2019), de 25 de enero de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:623), sobre los complementos de retribución variable que vienen establecidos por convenio colectivo: la empresa no puede unilateralmente establecer restricciones en su aplicación.
- STS-SOC (rcud 99/2024), de 20 de enero de 2025 (ECLI:ES:TS:2025:174), declarando que las bajas por IT no pueden producir como efecto que la persona trabajadora pierda el derecho a percibir un incentivo, establecido para combatir el absentismo.
- SAN-SOC núm. 106/2024 (proc. 199/2024), de 16 de septiembre (ECLI:ES:AN:2024:4806), afirmando que resulta conforme a derecho que las bajas por IT superiores a 30 días no devenguen una prima por objetivos y permanencia.

VI. Doctrina básica

En lo fundamental, la doctrina contenida en esta resolución de la Audiencia Nacional puede resumirse así:

- Si un complemento de retribución variable está previsto en el convenio colectivo y este no establece restricciones en su percibo, la empleadora no puede por sí misma tomar la decisión de descontar la parte

correspondiente a los días en los que el trabajador ha estado en situación de IT.

- Ahora bien, cuando un complemento de retribución variable no está previsto en el convenio colectivo sino en un plan aprobado unilateralmente por la empresa, esta puede lícitamente fijar una regla según la cual las situaciones de incapacidad temporal de duración superior a 90 días no devenguen dicho complemento, teniendo en cuenta el art. 45.2 ET, que prescribe que durante el tiempo de suspensión del contrato no hay obligación retributiva.
- Esta medida no supone una penalización desproporcionada para las personas que han estado de baja, ya que solo afecta a las ausencias de mayor duración, en relación con un complemento que premia el rendimiento superior del trabajador; y por ello no incurre en la discriminación por enfermedad que prohíbe la Ley 15/2022, de 12 de julio, para la igualdad de trato y no discriminación.
- En el plano procesal, el requisito de que la prueba documental se presente con diez días de antelación al acto del juicio, establecido en el art. 85.2 LRJS tras su modificación por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, no resulta exigible si la demanda se ha presentado con anterioridad al 3 de abril de 2025 (fecha de entrada en vigor de la LO 1/2025).

VII. Parte dispositiva

Con base en los preceptos legales y en la doctrina jurisprudencial reseñados se desestima la demanda interpuesta por el Sindicato de Empleados de Caixabank S.A., con adhesión de los sindicatos UGT, CCOO, ACCAM, FEC, CSIF, SIB, STOP y UOB, y en consecuencia se absuelve a la empleadora de todas las pretensiones.

Sin imposición de costas.

VIII. Pasajes decisivos

Respecto de la primera cuestión alegada por la demandada, en el sentido de que se han efectuado modificaciones en el cálculo del bonus con posterioridad a su devengo, se afirma:

- *Los documentos aportados por la parte demandante (en particular los emails cruzados) no desvirtúan la existencia y contenido de los pantallazos de la aplicación aportados por la empresa. No cabe afirmar, por ello, que se trate de una modificación al plan introducida una vez los bonus ya se habían devengado.*

Y en cuanto a la cuestión más trascendental, que es la denunciada discriminación por razón de enfermedad, se expone lo siguiente:

- *La respuesta, debe ya adelantarse, ha de ser negativa. Como ya señalamos en la SAN de 16-09-2024, proc. 199/2024, "De conformidad con el art. 45.1 c) ET, es causa de suspensión del contrato la incapacidad temporal del trabajador, exonerando dicha situación de la obligación de trabajar y de retribuir el trabajo".*
- *Es cierto que, a diferencia de aquel otro supuesto, no nos encontramos ante objetivos estrictamente individuales sino ante objetivos directamente relacionada con la evolución del negocio de las oficinas. Sin embargo, ello no impide apreciar que el Plan de Bonus publicado premie la dedicación extraordinaria o el rendimiento superior al habitual del trabajador y los resultados obtenidos en el ejercicio de su actividad. Siendo ello así, tampoco se aprecia vulneración de lo dispuesto en la Ley 15/2022 pues no resulta que en el cómputo del citado bonus se penalice de manera*

desproporcionada a quien se ha visto obligado a permanecer en situación de IT, en los términos previstos en la STS de 20-01-2025, rec. 99/2024. Esto es, es lícito que por aplicación de la dinámica de la suspensión contractual se deje de devengar el incentivo como cualquier otro concepto salarial pues durante los periodos de suspensión el empleador está exonerado de abonar el salario (art. 45.2 del ET).

- *En definitiva, ni resulta acreditada una variación del Plan de Bonus una vez finalizado el periodo de devengo ni cabe afirmar la existencia de discriminación prohibida por razón de enfermedad pues es lícito que no se devengue incentivo alguno mientras dure la situación de suspensión, sin que se aprecie penalización o desproporción alguna en el criterio mantenido por la empresa (recordemos que únicamente se prevé que no devengue retribución variable en caso de periodos de suspensión superiores a 90 días naturales, no relacionados con maternidad/paternidad; calculando en tales casos el bonus proporcionalmente).*

Además, en lo relativo a la admisión de la prueba documental aportada en el juicio, la Sala afirma:

- *...verificado que la fecha de presentación de la demanda fue la de 2 de abril de 2025 y que en tal fecha aún no había entrado en vigor la citada LO 1/2025 (que entró en vigor el 3 de abril de 2025, según su Disposición final trigésimo octava) dicha documentación sí ha sido valorada de forma expresa, tal y como se refleja en la declaración de hechos probados.*

IX. Comentario

Son varios los aspectos de esta resolución que conviene destacar, con referencia a la posible discriminación por enfermedad en la determinación del importe de un complemento de retribución variable.

En primer lugar, es importante tener en cuenta que el bonus que aquí se examina no viene previsto en el convenio colectivo, sino que forma parte de un plan establecido unilateralmente por la empresa.

Este dato es relevante porque conduce a descartar la aplicación a este supuesto de la doctrina contenida en la Sentencia del TS de 25 de enero de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:623), tal y como señala la resolución comentada. En aquella ocasión afirmaba la Sala de lo Social del TS, respecto de un complemento por objetivos, que la empresa no podía lícitamente aplicarlo añadiendo una restricción que no estaba prevista en el convenio, consistente en descontar proporcionalmente del complemento los días transcurridos en incapacidad temporal, *por ser insuficiente la mera decisión empresarial para cambiar lo establecido en la fuente reguladora del incentivo.*

Sin embargo en el presente caso no existe una cláusula convencional que interpretar y aplicar, sino que ha de partirse de las reglas contenidas en el programa elaborado por la empresa. Y una de estas, explicitada claramente en las bases del plan y en la plataforma implementada por la compañía, es que la suspensión del contrato por incapacidad temporal, cuando supere los 90 días, producirá una minoración proporcional del importe del bonus.

A partir de ahí, se procede a examinar el posible carácter discriminatorio de dicha regla.

Al respecto, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional reitera la doctrina ya expresada en su Sentencia de 16 de septiembre de 2024 (ECLI:ES:AN:2024:4806). En ella se analizaba el método de cálculo de una prima por objetivos y permanencia, por el que se minoraba su importe para las personas que habían tenido bajas por IT debidas a enfermedad común superiores a 30 días.

Reproduciendo los argumentos ya expuestos en aquella sentencia, en el supuesto ahora comentado la Sala descarta que concurra discriminación por enfermedad, por las siguientes razones:

De entrada, porque la incapacidad temporal conlleva la suspensión del contrato (art. 45.1.c ET) y en esa situación la empresa no tiene obligación de remunerar el trabajo (art. 45.2 ET); de donde se desprende que durante ese tiempo tampoco se devenga la parte correspondiente de los conceptos retributivos de periodicidad anual.

Además, se considera que la medida empresarial denunciada no produce una penalización excesiva o desproporcionada para las personas que han tenido bajas por enfermedad, habida cuenta de sus características. En este sentido, se señala que únicamente se produce la minoración del complemento cuando la baja ha superado los 90 días, es decir que se excluyen solo las ausencias que por su elevada duración inciden de forma evidente en el desempeño del trabajo; y la reducción se aplica proporcionalmente al tiempo en que no se ha prestado servicios (no se pierde todo el complemento, sino solo la parte proporcional a la ausencia).

Asimismo, se trata de un bonus que está vinculado a los logros individuales de los trabajadores (aunque no solo, porque también se conecta con los resultados de cada oficina). Dado que está relacionado con el desempeño efectivo de las funciones encomendadas y con el cumplimiento de los estándares de objetivos fijados por la empresa, resulta justificado que no se computen los periodos de IT, en los que la persona trabajadora no ha podido llevar a cabo cometido alguno.

X. Apunte final

Según ha quedado dicho la incapacidad temporal es una de las causas de suspensión del contrato de trabajo y esta figura conlleva la exoneración de la obligación retributiva.

Consecuentemente, durante la baja por IT no se devenga derecho al salario, y ello es predicable tanto de la remuneración mensual como de las percepciones salariales de periodicidad superior. Se entiende así que esta sentencia admita la exclusión de los periodos de baja a la hora de calcular un bonus anual, vinculado a los logros individuales de los trabajadores y a los resultados de cada oficina. Al fin y al cabo, sucede lo mismo respecto de las gratificaciones extraordinarias; en efecto, el tiempo en que la persona trabajadora ha estado en IT no devenga derecho a las gratificaciones extraordinarias (salvo que por pacto individual o colectivo se establezca lo contrario), tal y como afirmaba la STS-SOC (rcud.1657/2008), de 18 de febrero de 2009.

Ahora bien, adviértase que la cuestión sería distinta si estuviéramos ante un complemento destinado a combatir el absentismo, que penalizase las ausencias por incapacidad temporal. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha puesto de relieve en la STS-SOC (rcud. 99/2024), de 20 de enero de 2025 (ECLI:ES:TS:2025:174) que reducir el absentismo es una causa lícita, pero no se puede configurar un complemento retributivo con esta finalidad penalizando a quienes se han ausentado por causa de enfermedad, negándoles el acceso al complemento (ni tampoco a quienes han utilizado permisos relacionados con la conciliación de la vida laboral y familiar), porque son prácticas discriminatorias. Siguiendo la estela de este pronunciamiento, la Audiencia Nacional corregía en la SAN-SOC de 19 de junio de 2023 (ECLI:ES:AN:2023:3257) su doctrina anterior contenida en la SAN-SOC de 8 de junio de 2016 (ECLI:ES:AN:2016:2174).

El criterio clave que conviene retener, en suma, es que la determinación del importe de un bonus de devengo anual puede incluir una reducción que sea proporcional al tiempo en que el contrato ha estado suspendido por IT; sencillamente, porque durante el tiempo de la suspensión no existe el derecho a la retribución. Pero lo que no es admisible es un descuento que vaya más allá del cálculo proporcional, como el que se produce cuando se niega el acceso a un determinado complemento

por el hecho de haber estado de baja; semejante medida está vetada por la Ley 15/2022, para la igualdad de trato y no discriminación.

Finalmente cabe aclarar, ya en otro orden de cosas, que nada de cuanto se ha expuesto resulta trasladable al cálculo de la retribución de las vacaciones. Cuando una persona trabajadora ha estado en IT durante una parte del periodo de referencia para el cálculo del salario vacacional, este último no se debe ver afectado por dicha situación; así lo ha establecido el TJUE, entre otras, en la Sentencia de 9 de diciembre de 2021, *Staatssecretaris van Financiën*, Asunto C-217/20 (ECLI:EU:2021:987): *“el derecho a vacaciones anuales retribuidas debe determinarse, en principio, en función de los períodos efectivamente trabajados con arreglo al contrato de trabajo, sin que se tenga en cuenta el hecho de que el importe de esa retribución se haya reducido como consecuencia de una situación de incapacidad laboral por enfermedad”*.

§ 60 Despido y comisión de delito leve de estafa por uso indebido de datos personales: es procedente aún sin la audiencia previa obligada por el art. 7º del Convenio nº 158 OIT.

Inmaculada Ballester Pastor

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I de Castellón.

Resumen: *El actual recurso de suplicación califica como procedente el despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual de un teletrabajador que se apropia de varios equipos informáticos y que ha sido condenado por estafa por usar datos personales de otra trabajadora. Este pronunciamiento es, también, un buen primer ejemplo del “retraso” en la exigencia de la audiencia previa prevista en el art. 7º del Convenio nº 158 de la OIT tras la STS de 18 de noviembre de 2024.*

Palabras clave: *Despido disciplinario. Audiencia previa. Teletrabajo. Transgresión de la buena fe contractual. Prescripción.*

Abstract: *The current appeal qualifies as justified the disciplinary dismissal for breach of good faith of a teleworker who appropriated several computer equipment and who has been convicted of fraud for using another employee's personal data. This ruling is also a good first example of the “delay” in requiring the prior hearing provided for in Article 7 of ILO Convention No. 158 following the Supreme Court ruling of November 18, 2024.*

Keywords: *Disciplinary dismissal, preliminary hearing, teleworking, breach of good faith in the contract, statute of limitations.*

I. Introducción

ORANGE despidió disciplinariamente a Fabio -teletrabajador de su empresa- por utilización irregular de los dispositivos cedidos por la empresa para teletrabajar y por cometer un delito de estafa al apropiarse de información confidencial protegida de otra trabajadora, información a la que tiene acceso con ocasión de su desempeño laboral; dicho comportamiento implica una vulneración de la relación de confianza, habiéndose quebrado la buena fe contractual que sustenta toda relación laboral, y todo ello con independencia del reproche penal que dichas actuaciones pudieran generar, en su caso. La empresa argumenta en la carta de despido que la actuación del trabajador constituye dos infracciones muy graves de sus obligaciones laborales tipificadas en el Convenio colectivo de contact center, en los arts. 74.4º y 74.9º, que se ha vulnerado igualmente el art. 54.2.d) ET y el art. 58.1º del ET, y dicha conducta es sancionada, por ello, con despido disciplinario.

El trabajador interpone demanda contra la empresa solicitando la nulidad y subsidiariamente la improcedencia del despido y la Sentencia del Juzgado desestima

la pretensión. Fabio presenta, entonces, recurso de suplicación solicitando la improcedencia del despido, un recurso que es el aquí abordado y que es nuevamente desestimado, confirmandose la procedencia del despido.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Superior de Justicia.

Número de resolución judicial y fecha: 844/2025.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de suplicación nº 14/2025.

ECLI: ES:TSJAS:2025:1266.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: María de la Almudena Veiga.

Votos Particulares: Carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Antecedentes y Hechos probados

Fabio es técnico de control de ORANGE ESPAÑA SERVICIOS DE TELEMARKETING, acredita una antigüedad de 5-9-2011 y permanece adherido al acuerdo marco en materia de trabajo flexible suscrito con la empresa el 20 de mayo de 2023. Según el protocolo de la empresa para el sistema de trabajo flexible, la empresa asigna a cada trabajador un equipo de trabajo a distancia y éste solamente puede usar el equipo que le suministra la empresa a través del Área de sistemas, siendo los trabajadores de este Departamento los que controlan la entrega, la devolución o la reparación de éste. El supervisor del departamento de Conducción de Tráfico tiene conocimiento a través del personal de su equipo de trabajo la semana previa al 25 de marzo de 2024 de ciertas irregularidades cometidas por el trabajador, irregularidades consistentes en la utilización de diferentes ordenadores, así como su acceso al Área de sistemas a primera hora de la mañana. El 26 de marzo los trabajadores de este Departamento encuentran 4 ordenadores encima de su mesa de trabajo y comprueban que la persona que había usado la última sesión es D. Fabio. Asimismo, se procede a revisar el material y se comprueba que faltan otros 4 ordenadores y que D. Fabio es la última persona que ha iniciado sesión en todos ellos. El día 27 de marzo de 2024 la empresa inicia una investigación, la cual finaliza el 5 de abril de 2024, una investigación que concluye que Fabio había estado usando los 4 ordenadores devueltos el día 26 de marzo, ordenadores pertenecientes a personas de baja o a quienes se ha retirado el equipo por tenerlo estropeado y cuyos equipos no habían sido maquetados, conservando la configuración de dichos agentes; que uno de los ordenadores desaparecidos es el equipo registrado en el acuerdo de teletrabajo, es decir, el equipo nominativo asignado a Fabio; que solamente consta en una ocasión que Fabio solicitara al Área de sistemas un equipo por haber sufrido una incidencia y que 4 ordenadores más, en esa fecha, siguen desaparecidos, ordenadores que no habían sido maquetados y tenían la configuración de los agentes a los que pertenecían.

Además de ello existe una denuncia presentada por D^a Ofelia contra D. Fabio el 14-9-2022 como consecuencia de un requerimiento que había recibido ésta de la Agencia tributaria referido a hechos producidos en el año 2020. Tras la denuncia el 8-03-2024 el Juzgado de Instrucción nº 2 de Langreo dicta Sentencia por la que se condena a D. Fabio como autor de un delito leve de estafa al declararse probado que Fabio ha utilizado sin consentimiento los datos personales de D^a Ofelia para efectuar apuestas en casas de juegos on line, datos de los que tiene conocimiento en el ámbito laboral, causando con ello un perjuicio económico a D^a Ofelia, quien es requerida de

declaración de ganancias por la Agencia Tributaria. Fabio efectúa dicha conducta a consecuencia de su ludopatía, estando en tratamiento por su adicción al juego.

La empresa remite el 8-4-2024 carta de despido por burofax a D. Fabio por causas disciplinarias de conformidad con lo previsto en los arts. 74.4º y 74.9º del III Convenio colectivo de Contact center, y en los apartados 1 y 2, letra d) del art. 54 del ET.

2. Sentencia de instancia previa

Previamente a la interposición del presente recurso de suplicación Fabio demanda a ORANGE solicitando la nulidad del despido con abono de una indemnización adicional de 7.501 euros o, subsidiariamente, que se reconozca la improcedencia del despido, aunque la Sentencia nº 455/2024, de fecha de 21 de octubre de 2024, desestima íntegramente la demanda, confirma la procedencia del despido y absuelve a la empresa.

3. Recurso de suplicación: los motivos

Frente a tal pronunciamiento se alza en suplicación el trabajador aunque desaparece del recurso la pretensión de nulidad solicitándose únicamente la improcedencia del despido. El recurso es objeto de impugnación por la representación letrada de la empresa. Como primer motivo de suplicación se pide revisar, lo primero, el relato de los Hechos probados adicionando uno nuevo, una revisión que es desestimada. A continuación, en el apartado de la censura jurídica, el recurrente plantea dos motivos: en el primero de ellos denuncia la falta de aplicación de lo dispuesto en el art. 7º del convenio nº 158 de la OIT así como la doctrina del TS nº 1250/2024, de 18 de noviembre, y en el segundo de ellos se denuncia que infringe la Sentencia de instancia la doctrina gradualista, que es necesaria la plena adecuación entre el hecho, la persona y la sanción y que, por lo tanto, se han de analizar las circunstancias individuales de cada caso; en tercer lugar y a renglón seguido, se alega también que no es cierto que los datos de la compañera de trabajo se obtienen como consecuencia de un acto fraudulento en el trabajo o como consecuencia del mismo y que este hecho, aún sin entrar en su valoración, estaría prescrito con arreglo a lo dispuesto en el art. 60.2º ET y a la doctrina judicial que se cita.

IV. Normativa aplicable al caso

Arts. 74.4º y 74.9º del III Convenio colectivo de contact center

Arts. 54º apartados 1º y 2º, letra d) ET

Art. 58.1º ET

Art. 7º Convenio nº 158 OIT

V. Doctrina básica

1. No se puede exigir -aún- la audiencia previa contenida en art. 7º del convenio nº 158 OIT por mor de la doctrina contenida en la STS 1250/2024, de 18 de noviembre

El recurrente alega que no se ha aplicado a este conflicto el art. 7º del Convenio nº 158 de la OIT ni tampoco la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1250/2024, del Tribunal Supremo, lo que causa indefensión y da lugar a la calificación del despido como improcedente; frente a ello la empresa expone que la doctrina referenciada solo puede tener efecto a futuro en nuestro ordenamiento y que, al haber sido pronunciada en el mes de noviembre, la misma no afecta al despido disciplinario ocurrido en abril de 2024. La Sala sale en defensa de la empresa, desestimando casi automáticamente este primer motivo.

La Sala recuerda que es cierto que la Sentencia de Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2024 (rcud 4735/23) exige por primera vez en nuestro ordenamiento la audiencia previa al trabajador en despidos disciplinarios, y lo hace por ser de aplicación el artículo 7 del Convenio de la OIT número 158, un

precepto que impone un derecho de audiencia exigible antes de despedir al trabajador. Pero también es cierto que la mentada doctrina advierte que la mentada exigencia existe sólo desde la publicación de la citada sentencia, tal como se reitera por el Alto Tribunal en la STS de 5 de marzo de 2.025 (rcud 2076/24) y de 11 de marzo de 2025 (rcud 939/24). A tal efecto, para descartar la improcedencia del despido se trae a colación el razonamiento que se contiene en esta última sentencia desde el que se concluye que^[1]: (...) *los incumplimientos de la audiencia previa al trabajador en despidos previos a la doctrina que rectificamos en nuestra STS 1250/2024, no pueden ser calificados de improcedentes, ni mucho menos de nulos, como consecuencia o efecto de la omisión de la audiencia previa (...)*

2. La falta no está prescrita porque la ocultación de la conducta inherente en el caso altera el inicio del cómputo del plazo

El trabajador recurrente censura que sea cierto que los datos que se hayan obtenido de la compañera de trabajo se hayan obtenido como consecuencia de un acto fraudulento en el trabajo o como consecuencia de éste y, además, que no puede imputársele un hecho que constituiría una falta que, según el art. 60 ET, estaría prescrita.

La Sala examina entonces si concurre o no la prescripción y lo hace a pesar de reconocer *a priori* que ésta es una cuestión nueva y que, como tal, no podría ser objeto de examen en el recurso. A tal efecto, recuerda la Sala el tenor del artículo 60.2 ET, en el que se establece para la prescripción que *"las faltas leves prescribirán a los diez días; las graves, a los veinte días, y las muy graves, a los sesenta días a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de su comisión y, en todo caso, "a los seis meses de haberse cometido"*.

Y se sigue señalando que la jurisprudencia ha sostenido tradicionalmente que la regla de partida para el cómputo del plazo largo de prescripción es la de que ésta comienza a contar desde que se cometió la falta y no desde que la empresa tuvo conocimiento. Pero existen situaciones en las que no es posible aplicar tal literalidad, como son los casos de las faltas continuadas o de las faltas ocultadas por el propio trabajador. En este último caso se ha venido aplicando el criterio de partir del cese de la ocultación porque las normas estatutarias que parten de la fecha de conocimiento de la empresa deben acoger las matizaciones introducidas por la doctrina jurisprudencial, referidas a los supuestos en que la falta de conocimiento de la empresa pudiera obedecer a aquellas excepcionales circunstancias.

Quiere ello decir que no siempre el plazo de prescripción del artículo 60.2 ET se aplica con el rigor literal ligado a la fecha de conocimiento o comisión, y, como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2.022 (rcud 1274/2020)^[2] (...) *no basta, a los efectos del inicio del plazo prescriptivo, con que la empresa tenga "un conocimiento superficial, genérico o indiciario de las faltas cometidas", pues a tales efectos se requiere "un conocimiento cabal, pleno y exacto" de los hechos acaecidos. [...]*».

Y, por tanto, dado que -en el supuesto debatido- la ocultación es inherente al propio carácter oculto de los hechos para la propia perjudicada denunciante, trabajadora de la empresa respecto de quien la sentencia condenatoria por delito leve expresa que solo tuvo conocimiento cuando la agencia tributaria le requirió para la declaración de ganancias de juego y de cuyos datos se había apoderado el demandante inadvertidamente para cometer el delito leve de estafa por el que es condenado en virtud de la sentencia judicial de fecha 8/3/2024 al que alude el hecho probado tercero, esto es, ni un mes antes de que la empresa tuviese conocimiento de las irregularidades investigadas y que desembocaron en la decisión de despido de fecha 8/4/2024, es claro que la empresa puede imponer la sanción disciplinaria pues el plazo para ello no ha prescrito.

3. La conducta tiene pleno encaje en la transgresión de la buena fe contractual

El recurrente entiende que la sentencia de instancia infringe la doctrina gradualista, siendo necesaria, cuando aparece la transgresión de la buena fe contractual que aparezca la plena adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, y que resulta necesario analizar las circunstancias individuales de cada caso para aplicar la correspondiente sanción. Y, a tal efecto se argumenta que no se ha obtenido ventaja o lucro de la empresa, que no se han desviado recursos o se han utilizado medios para fines particulares, que no hay perjuicio y que tampoco el trabajador se oculta pues su comportamiento queda reflejado en los registros de entradas y salidas en los equipos y en los lugares de trabajo.

No obstante, la Sala entiende que sí concurre la transgresión de la buena fe contractual ya que el artículo 54.2.d) ET habilita al despido disciplinario cuando se trate de un incumplimiento contractual grave y culpable. Y explica la Sala que, desde esta perspectiva y a estos efectos, gravedad y culpabilidad son dos elementos distintos. La gravedad se construye sobre elementos de índole fundamentalmente objetiva porque hace referencia a la índole o importancia de la obligación laboral quebrantada y al grado en que el trabajador la ha quebrantado. La culpabilidad, por su parte, se asienta en el reproche que atendidas las circunstancias del caso afectan subjetivamente al trabajador. La concurrencia de ambos es imprescindible para que el despido merezca el calificativo de procedente, de modo que para su apreciación han de ponderarse todos los aspectos, objetivos y subjetivos concurrentes en la conducta. Y, en este concreto supuesto, la sentencia de instancia no solo tiene por acreditado lo que se imputa al trabajador en la carta de despido y su calificación legal y convencional sino que concluye que la valoración del comportamiento tiene pleno encaje en la transgresión de la buena fe contractual ya que la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo es una causa compleja de amplios contornos en la que se pueden incluir conductas muy variadas que entrañan incumplimientos del deber de buena fe contractual, deber que viene impuesto en el contrato de trabajo a partir del art. 5.a) y 20 del ET.

El principio general de la buena fe forma parte esencial del contrato de trabajo, condiciona y limita el ejercicio de los derechos subjetivos de las partes para que no se efectúe de una manera ilícita o abusiva con lesión o riesgo para los intereses de la otra parte, sino ajustándose a las reglas de lealtad, probidad y mutua confianza, convirtiéndose, finalmente, este principio general de buena fe en un criterio de valoración de conductas al que ha de ajustarse el cumplimiento de las obligaciones recíprocas. Además, la transgresión de la buena fe contractual constituye un incumplimiento que admite distintas graduaciones en orden singularmente a su objetiva gravedad, pero que, cuando sea grave y culpable y se efectúe por el trabajador, es causa que justifica el despido, lo que acontece cuando se quiebra la fidelidad y lealtad que el trabajador ha de tener para con la empresa o se vulnera el deber de probidad que impone la relación de servicios para no defraudar la confianza en el trabajador depositada, justificando el que la empresa no pueda seguir confiando en el trabajador que realiza la conducta abusiva o contraria a la buena fe.

Llevando esta doctrina al supuesto aquí analizado, la sentencia ofrece un amplio relato de hechos que integran el incumplimiento contractual grave y culpable que queda al caso constatado y de cuantos hechos detalladamente descritos como acreditados y valorados anteceden, desde los que concluye el Juzgador a quo que "constituye una clara vulneración de la buena fe, elemento esencial e inherente a una relación contractual que debe presidir el desarrollo de la relación laboral, lo que constituye la deslealtad y quebrantamiento de la buena fe contractual que sancionan los preceptos invocados en la carta de despido.

VI. Parte dispositiva

La Sala debe convenir con el razonamiento judicial de instancia con arreglo a la misma norma y doctrina invocada, cuya infracción descartamos a tenor del mismo relato. Por consiguiente, ha de estimarse correcta y ajustada a derecho la sentencia de

instancia que desestima la demanda interpuesta por el accionante, lo que conlleva la desestimación en su integridad del recurso en aras a la improcedencia del despido y la confirmación de la calificación de procedencia.

(...) desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. Fabio contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de Oviedo, dictada el 21 de octubre de 2024, en los autos nº 456/2024 seguidos a su instancia contra Ministerio Fiscal, Orange España Servicios de Telemarketing S.A.U Y Fondo de Garantía Salarial sobre Despido, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada.

VII. Pasajes decisivos

(...) En efecto, la citada sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2.024 (rcud 4735/23) exige por primera vez en nuestro ordenamiento audiencia previa al trabajador en despidos disciplinarios por ser de aplicación el artículo 7 del Convenio de la OIT número 158, que impone un derecho de audiencia exigible antes de despedir al trabajador. Mas como la misma pone de manifiesto al advertir que rectifica su propia doctrina, ello es sólo desde la publicación de la citada sentencia. Así lo reiteran también las sentencias más recientes de 5 de marzo de 2.025 (rcud 2076/24) y 11 de marzo de 2025 (rcud 939/24), razonando expresivamente esta última que *«Llegados a este punto, en el que concluimos que, para la extinción de la relación laboral por despido disciplinario, que es lo que aquí se está debatiendo, es exigible la audiencia previa del trabajador, constando que en el caso presente no ha sido cumplida, no podemos olvidar que ese requisito va acompañado de una excepción ("a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad") por lo que también debe ser examinada.*

Y sobre este extremo y con ese amparo normativo, debemos indicar que, en el caso que nos ocupa, así como en todos los casos en los que el despido se produjo con anterioridad a nuestro cambio de doctrina, es aplicable dicha excepción ya que no podía razonablemente pedirse al empleador que tuviera que conceder tal audiencia al trabajador en tanto que en el momento en que activó el despido no se le podía exigir ese requisito, cuando expresamente nuestra propia jurisprudencia -con independencia de lo que pudiera decir la doctrina judicial-, venía manteniendo lo contrario de lo que aquí concluimos desde los años ochenta, y que pacíficamente se ha venido manteniendo hasta la actualidad, generando un principio de seguridad jurídica en la materia que amparaba su modo de proceder, al no tomar en consideración lo que expresamente no se estaba exigiendo entonces y los beneficiados por ello ni tan siquiera venían demandando en vía judicial, permaneciendo dicho criterio pacífico en el tiempo hasta la actualidad que ha vuelto a resurgir y que por vía de la presente resolución y en este momento aquella doctrina se está modificando. En consecuencia, los incumplimientos de la audiencia previa al trabajador en despidos previos a la doctrina que rectificamos en nuestra STS 1250/2024, no pueden ser calificados de improcedentes, ni mucho menos de nulos, como consecuencia o efecto de la omisión de la audiencia previa».

(...) Tradicionalmente en la jurisprudencia se ha sostenido que la regla de partida para el cómputo del plazo largo de prescripción es la de que ésta comienza a contar desde que se cometió la falta y no desde que la empresa tuvo conocimiento. Pero existen situaciones en las que no es posible aplicar tal literalidad, como son los casos de las faltas continuadas o de las faltas ocultadas por el propio trabajador. En este último caso se ha venido aplicando el criterio de partir del cese de la ocultación porque las normas estatutarias que parten de la fecha de conocimiento de la empresa deben acoger las matizaciones introducidas por la doctrina jurisprudencial, referidas a los supuestos en que la falta de conocimiento de la empresa pudiera obedecer a aquellas excepcionales circunstancias.

Quiere ello decir que no siempre el plazo de prescripción del artículo 60.2 ET se aplica con el rigor literal ligado a la fecha de conocimiento o comisión. (...) En nuestro caso, la ocultación es inherente al propio carácter oculto de los hechos para la propia

perjudicada denunciante, trabajadora de la empresa respecto de quien la sentencia condenatoria por delito leve expresa que solo tuvo conocimiento cuando la agencia tributaria le requirió para la declaración de ganancias de juego y de cuyos datos se había apoderado el demandante inadvertidamente para cometer el delito leve de estafa por el que fue condenado en virtud de la sentencia judicial de fecha 8/3/2024 a que alude el hecho probado tercero, esto es, ni un mes antes de que la empresa tuviese conocimiento de las irregularidades investigadas (hecho probado cuarto) y que desembocaron en la decisión de despido de fecha 8/4/2024 (hecho probado sexto).

VIII. Comentario

Esta Sentencia es relevante porque:

1) Se trata de uno de los primeros pronunciamientos de un TSJ en el que se aplica la doctrina del TS de 18 de noviembre de 2024, un pronunciamiento que marca un antes y un después al exigir que la empresa dé audiencia previa al trabajador antes de despedirlo por considerar directamente aplicable el art. 7º del Convenio nº 158 de la OIT, alterando así la doctrina judicial que el Alto Tribunal mantenía e introduciendo, con ello, una medida de equidad que proporcionaría más seguridad al trabajador en el momento previo al despido.

No obstante, desde la lectura de dicha doctrina todavía no cabe exigir la audiencia previa y se permite que la empresa la eluda bajo el criterio de la razonabilidad. Y ello porque, según la mentada doctrina del Alto Tribunal, dicha audiencia solamente va a requerirse para despidos *ad futurum*, es decir, en aquellos despidos que hayan tenido lugar después del 18 de noviembre de 2024 generándose una irretroactividad extraordinaria e inédita^[3] que encuentra un origen “forzado” desde la lectura del propio art. 7º, precepto que permitiría eludir esta audiencia, cuando dice: “a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad -de audiencia previa-”^[4].

Dado que el despido de Fabio tiene lugar en abril de 2024 y la doctrina del Alto Tribunal emana de un pronunciamiento posterior -fechado en noviembre de 2024- no puede razonablemente pedirse al empleador que aplique una exigencia que, en abril de 2024, a la vista de la doctrina judicial aplicable entonces -vigente desde los años 80 y 90- no existía.

2) El trabajador es despedido disciplinariamente al aparecer conductas que vienen tipificadas en el convenio colectivo y constituyen la transgresión de la buena fe contractual, un motivo que aquí se reconoce actúa como cajón de sastre, y que cuando atiende a un comportamiento grave y culpable y se efectúa por el trabajador, es causa que justifica el despido ya que se quiebra la confianza o la fidelidad y lealtad que el trabajador ha de tener para con la empresa, lo que acaba defraudando la confianza que la empresa deposita en éste^[5].

3) La comisión del ilícito penal no sería tan reprochable si no se efectuara como consecuencia del desempeño laboral^[6]. A estos efectos, el daño aquí se produce sobre la trabajadora agredida y trasciende a la misma empresa incluso a su propia imagen y credibilidad porque tiene proyección sobre el deber de la empresa de proteger los datos personales de sus propios trabajadores. El trabajador por lo demás, según consta en el relato de los hechos probados, está aquejado de ludopatía y en tratamiento por su adicción al juego, un elemento que quizá juega como atenuante en el proceso penal pero que no tiene la misma significación y repercusión en el proceso laboral^[7].

4) El ilícito penal cometido por el trabajador es conocido por la empresa mucho tiempo después de que se cometiera la supuesta falta, ya que la tramitación del procedimiento penal se inicia por una denuncia presentada por Dª Ofelia el 14-9-2022, como consecuencia de un requerimiento que había recibido de la Agencia tributaria referido a hechos sucedidos en el año 2020; no obstante, la ocultación de la falta es inherente al mismo carácter reservado de los hechos, ya que la trabajadora afectada

solamente tiene conocimiento de ellos cuando la Agencia tributaria le requiere, mucho tiempo después. Por ello, el plazo de prescripción del art. 60 ET sigue vigente aquí, se adecúa y se flexibilizaría para seguir abierto y permitir abarcar a supuestos como éste.

IX. Apunte final

La presente Sentencia es sugerente porque es una de las primeras veces que se aplica -automáticamente- la nueva doctrina del Tribunal Supremo emanada de la STS de 18 de noviembre de 2024, doctrina que ofrece una aplicación pro futuro al carecer de efectos retroactivos y que precisaría ahora una intervención legislativa y/o una regulación convencional suficiente que proporcionara pautas para que dicha audiencia previa fuera lo suficientemente garantista sin imponer un procedimiento excesivamente complejo para todas las empresas y sin aumentar la conflictividad^[8]; además, aborda la revisión de una Sentencia en la que se acredita que el trabajador había sido condenado como autor de un delito de estafa por utilizar datos personales de otra trabajadora, datos que fueron conocidos en el ámbito laboral, unas conductas éstas que deben ser objeto de máxima censura y que deben ser exigibles -sobre todo y ante todo- a quienes manejan secretos profesionales y datos personales en el ámbito del trabajo digital.

Referencias:

1. [^] «Llegados a este punto, en el que concluimos que, para la extinción de la relación laboral por despido disciplinario, que es lo que aquí se está debatiendo, es exigible la audiencia previa del trabajador, constando que en el caso presente no ha sido cumplida, no podemos olvidar que ese requisito va acompañado de una excepción ("a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad") por lo que también debe ser examinada. Y sobre este extremo y con ese amparo normativo, debemos indicar que, en el caso que nos ocupa, así como en todos los casos en los que el despido se produjo con anterioridad a nuestro cambio de doctrina, es aplicable dicha excepción ya que no podía razonablemente pedirse al empleador que tuviera que conceder tal audiencia al trabajador en tanto que en el momento en que activó el despido no se le podía exigir ese requisito, cuando expresamente nuestra propia jurisprudencia -con independencia de lo que pudiera decir la doctrina judicial-, venía manteniendo lo contrario de lo que aquí concluimos desde los años ochenta, y que pacíficamente se ha venido manteniendo hasta la actualidad, generando un principio de seguridad jurídica en la materia que amparaba su modo de proceder, al no tomar en consideración lo que expresamente no se estaba exigiendo entonces y los beneficiados por ello ni tan siquiera venían demandando en vía judicial, permaneciendo dicho criterio pacífico en el tiempo hasta la actualidad que ha vuelto a resurgir y que por vía de la presente resolución y en este momento aquella doctrina se está modificando. En consecuencia, los incumplimientos de la audiencia previa al trabajador en despidos previos a la doctrina que rectificamos en nuestra STS 1250/2024, no pueden ser calificados de improcedentes, ni mucho menos de nulos, como consecuencia o efecto de la omisión de la audiencia previa».
2. [^] A propósito del cómputo de la prescripción larga y la interrupción de la prescripción corta, ambos en faltas por infracciones muy graves, las sentencias de 27 de noviembre de 2019 (rcud. 430/2018) y 13 de octubre

de 2021 (rcud. 4141/2018) compendiaron la doctrina jurisprudencial sobre la materia, como también lo hizo la sentencia de 14 de septiembre de 2.018 (rcud.3540/2016) cuando «[...] se hace eco del consolidado criterio con cita de la STS de 19 de septiembre de 2011 (R C U D) cuyos términos son los siguientes:«1).- En los supuestos de despidos por transgresión de la buena fe contractual o abuso de confianza, "la fecha-en que se inicia el plazo de prescripción establecido en el artículo 60.2 del Estatuto de los Trabajadores no es aquella en que la empresa tiene un conocimiento superficial, genérico o indiciario de las faltas cometidas, sino que, cuando la naturaleza de los hechos lo requiera, ésta se debe fijar en el día en que la empresa tenga un conocimiento cabal, pleno y exacto de los mismos"(sentencias de 25 de julio del 2002 , 27 de noviembre y 31 de enero del 2001 , 18 de diciembre del 2000 , 22de mayo de 1996 , 26 de diciembre de 1995 , 15 de abril de 1994, 3 de noviembre de 1993 , y 24 de septiembre y 26 de mayo de 1992); [...] conocimiento efectivo, real y cierto, no siendo aceptable sustituir ese conocimiento real y cierto por la mera posibilidad de haber tenido la empresa noticia de los hechos acontecidos, sin que ese conocimiento hubiese tenido lugar, y menos aún cabe admitir a este respecto la aplicación de ficciones o suposiciones".

3. ^ La STS (Social) de 5 de marzo de 2025, nº 175/2025, nº rec. 2076/2024 explica que ello no debe generar equívocos en los cánones de la irretroactividad: (...) Con esa importante advertencia, sin duda válida para los despidos acaecidos antes de que se publicase nuestra STS 1250/2024, aseveramos que no estamos alterando la doctrina en relación con el alcance del cambio de jurisprudencia, estableciendo cánones de irretroactividad, propio de las leyes, sino, simplemente, aplicando la excepción de la propia norma objeto de análisis, que permite valorar la razón por la que el empleador no ha dado audiencia previa al trabajador y que, en estos casos, se encuentra razonablemente justificada en los términos que hemos expuesto.
4. ^ Esta decisión del Alto tribunal ha sido criticada por la doctrina llegándola a considerar equivocada o cuanto menos discutible. Vid. ALFONSO MELLADO, C.L., Audiencia previa en materia de despido disciplinario. Una necesaria, aunque incompleta, rectificación de la jurisprudencia precedente, Revista CEF, enero-febrero 2025, p. 275 y ss. El propio Tribunal se ha dado cuenta de lo forzado de la situación y ofrece una solución generalista a partir de una excepción que -tal como ha sido formulada en el propio precepto- serviría para ser aplicada atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto. En lugar de ello, esta doctrina hace que tal excepción, como queda demostrado en este supuesto, sea retrasada de forma casi automática. MOLINA NAVARRETE, C., en El TS deshoja la margarita del juicio de convencionalidad: audiencia previa al despido disciplinario si, indemnización adicional no, de momento, en Diario La Ley, nº 10638, sección doctrina, enero de 2025, es algo más benévolo con esta Sentencia por negar su efecto retroactivo y se apartarse de la STC 7/2015, de 22 de enero al entender que de alguna manera ello se justificaría dada la naturaleza complementaria de la jurisprudencia respecto de la ley que aplica e interpreta.
5. ^ Aunque cada despido es un mundo y hay que atender a sus circunstancias, el hecho de estar imputado en una causa penal puede determinar esa pérdida de confianza y favorecer el despido del trabajador, lo que no ocurre cuando los hechos por los que se imputa al trabajador obedecen a circunstancias personales extralaborales. Vid. ARIAS DOMINGUEZ, A., ¿Es causa de despido que un trabajador esté imputado

por la comisión de un delito?, Anuario de la Facultad de Derecho de la UEx, nº 33, 2017.

6. ^ *La imputación del trabajador en un delito y la calificación de su procedencia tiene que ver con que la comisión del delito se produce en el ámbito laboral. Vid. ARIAS DOMINGUEZ, A., Delito y despido disciplinario, Revista española de derecho del trabajo, nº 220, 2019.*
7. ^ *Vid. CASTRO ARGUELLES, La ludopatía como atenuante que excluye el despido disciplinario: el particular caso del vendedor de la ONCE, Aranzadi Social, 2002, nº 3.*
8. ^ *Vid. RODRIGUEZ CARDO, I., La configuración del trámite de defensa previa al despido, en Revista crítica de relaciones de trabajo, nº 14, 2025, p. 35-66 y PALOMO BALDA, E., El empresario debe escuchar al trabajador antes de proceder a su despido disciplinario: un inesperado giro jurisprudencial y un aluvión de incógnitas por despejar, en Revista de Jurisprudencia Laboral, nº 1, 2025.*

§ 61 Nuevas manifestaciones de la igualdad en vínculos temporales (Crédito formativo).

Antonio V. Sempere Navarro

Director de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Universidad (s.e.)

Resumen: La STJUE de 7 julio 2025 (C-268/24) se suma a la larga lista de pronunciamientos que han venido parificando las condiciones de empleo entre el personal con vinculación temporal y quienes poseen fijeza. Aquí se trata de proyectar la Directiva 1999/70/CE sobre el litigio suscitado por una Profesora interina que viene realizando sustituciones discontinuas de dos o más meses. Ella solicita la tarjeta electrónica (con recarga de crédito) correspondiente a los últimos cursos en que ha trabajado. Se le deniega porque no es interina de cursos completos. Ya no se trata de comparar personas trabajadoras que son temporales con quienes poseen fijeza, sino que la cuestión se centra en los supuestos de temporalidad más precaria.

Palabras clave: Contratación temporal. No discriminación. Contratación interina. Profesorado.

Abstract: L'arrêt de la CJUE du 7 juillet 2025 (C-268/24) s'ajoute à la longue liste de prises de position qui ont parifié les conditions d'emploi entre les travailleurs sous contrat temporaire et ceux sous contrat à durée indéterminée. Il s'agit ici de projeter la Directive 1999/70/CE sur le litige soulevé par une enseignante intérimaire qui a effectué des remplacements discontinus de deux mois ou plus. Elle demande la carte électronique (avec recharge de crédit) correspondant aux derniers cours dans lesquels elle a travaillé. La carte est refusée parce qu'elle n'est pas intérimaire pour des cours complets. Il ne s'agit plus de comparer les travailleurs temporaires avec les travailleurs permanents, mais de se concentrer sur les cas d'emplois temporaires plus précaires.

Keywords: *Embauche temporaire. Non-discrimination. Embauche intérimaire. Personnel enseignant.*

I. Introducción

Ya en 1989, la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores proclamaba como objetivo de la Comunidad Europea la mejora de las condiciones de empleo aplicadas a quienes poseen vínculos temporales^[1]. Hay que esperar diez años a que se apruebe 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. La sencillez de sus proclamas en la materia y su propia ontología probablemente no pueden explicar la enorme relevancia que ha tenido en la realidad de nuestros sistemas productivos. No, desde luego, sin tener en cuenta la muy abundante jurisprudencia que el TJUE ha ido generando sobre la

materia, animando así a que los propios tribunales nacionales, convenios colectivos o, incluso, legislaciones estatales desarrollen esos magros principios.

La sentencia ahora comentada aparece como uno de los últimos eslabones de esa larga cadena de pronunciamientos que el Tribunal Luxemburgués emite para modalizar y proyectar sobre la realidad concreta los principios de no discriminación, proporcionalidad o singularidad excepcional. Si acaso debemos destacar de ella lo siguiente: 1.º) Entra en juego la temporalidad especialmente precaria, no en abstracto. 2.º) La materia examinada posee connotaciones interesantes y tecnológicas. 3.º) Un asunto parecido se había resuelto previamente y parece que la jurisprudencia italiana lo interpretaba de modo polémico.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala Décima del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Supremo (Tres integrantes).

Número de sentencia y fecha: Sentencia de 7 de julio de 2025.

Tipo y número recurso o procedimiento: Asunto C-268/24, Lalfi (Cuestión prejudicial).

ECLI:EU:C:2025:526.

Fuente: Curia.

Ponente: Bernardus Maria Polycarpus Smulders

Abogada General: Juliane Kokott

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes.

La cuestión se plantea en el ámbito de un litigio entre una Profesora interina y la Administración educativa (Ministero dell'Istruzione e del Merito italiano). La demandante ha visto denegada su solicitud referida a la indemnización anual (500 euros), en forma de tarjeta electrónica, que permite al colectivo docente adquirir diferentes bienes o servicios para promover su formación continua y mejorar sus competencias profesionales.

1. El problema de fondo

Durante el curso escolar 2020/2021, la Profesora realizó una sustitución que comenzó antes del 31 de diciembre de 2020 y continuó hasta el final del curso escolar. Al siguiente desempeñó sustituciones en tres centros y periodos (8 octubre a 22 de diciembre; 24 enero a 10 febrero; 11 febrero a 27 mayo). La actora solicitó la concesión de la tarjeta electrónica prevista normativamente, cuyo valor nominal es de 500 euros anuales, correspondiente a esos dos cursos escolares.

Está en juego el beneficio consistente en una ventaja financiera de 500 euros anuales, concedida para apoyar la formación continua de los profesores y mejorar sus competencias profesionales. La tarjeta electrónica se puede utilizar para: 1) Compra de libros y textos, incluso en formato digital, publicaciones y revistas útiles para la actualización profesional. 2) Compra de hardware y software. 3) Inscripción en cursos de actualización y calificación de competencias profesionales. 4) Matrícula en cursos de grado, maestría, especialización o grado de ciclo único, relacionados con el perfil profesional. 5) Cursos de postgrado o másteres universitarios relacionados con el perfil profesional. 6) Representaciones teatrales y cinematográficas. 7) Admisión a museos, exposiciones y eventos culturales. 8) Actuaciones en vivo. 9) Otras actividades formativas. 10) Compra de servicios de conectividad con el fin de cumplir con la obligación de realizar actividades profesionales a distancia.

2. El Auto del TJUE y su aplicación jurisprudencial

Mediante Auto de 18 mayo 2022 (C-450/21, EU:C:2022:411) el Tribunal ya había entendido que el Derecho UE se opone a reservar para el personal docente fijo, excluyendo a los profesores con contrato de duración determinada, la ventaja económica representada por la tarjeta electrónica^[2]. Consideró comparable la situación del profesorado temporal con la del fijo y carente de razones objetivas el dispar tratamiento dispensado.

Conclusión clara de ese primer litigio ante el TJUE era que los profesores interinos que hayan efectuado sustituciones por la duración del curso escolar también tienen derecho a la tarjeta electrónica en cuestión. Sin embargo, no se pronunció expresamente sobre la existencia de tal derecho en favor de los profesores interinos que hubieran efectuado sustituciones de corta duración.

A la vista de tal doctrina, la *Corte suprema di cassazione*, como es lógico, acogió el criterio de que la tarjeta electrónica en cuestión también debe concederse en lo sucesivo a los profesores interinos que efectúan sustituciones por la duración del curso escolar, cuya actividad se inscribe así en el marco de la enseñanza anual. Sus razonamientos, sin embargo, parecían apuntar a la idea de que los profesores interinos que hubieran efectuado sustituciones de corta duración no tenían igual derecho, lo que dio lugar a una jurisprudencia divergente de los jueces que conocieron del fondo del asunto a este respecto^[3].

3. La cuestión prejudicial

El *Tribunale di Lecce* (Tribunal de Lecce, Italia), que es el órgano jurisdiccional remitente subraya que el Derecho nacional distingue entre sustituciones anuales (comienzan antes de 31 diciembre y se prolongan todo el curso) y las ocasionales (de corta duración).

Discrepa de la doctrina que destila la jurisprudencia nacional sobre extensión del beneficio en cuestión al profesorado que realiza sustituciones breves. Considera que la denegación a la Profesora resulta contraria a la doctrina emanada del ATJUE de 18 de mayo de 2022 porque:

- Las tareas y las funciones desempeñadas son las mismas que las del profesorado titular, así como sus obligaciones.
- La contratación interina sigue el orden de unas listas de personas que poseen la Titulación y perfil exigidos.
- La planificación de la enseñanza es un requisito previo a la actividad de todos los profesores, incluidos los interinos de corta duración.
- El vínculo entre la tarjeta electrónica y el carácter anual de la enseñanza es hipotético, pues el profesor puede hacer uso de ella en cualquier momento del curso académico.
- Parece discriminatorio, y contrario al principio *pro rata temporis*, excluir completamente del beneficio al profesorado interino, máxime cuando, en la práctica, las sustituciones de corta duración pueden alcanzar, durante un curso escolar, una duración acumulada equivalente a las sustituciones por la duración del curso escolar.

Mediante sus cuatro cuestiones prejudiciales, que realmente son reconducibles a una única, pregunta, en esencia, si la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre trabajos de duración determinada debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, tal como la interpreta la Corte Suprema, que reserva el derecho a una tarjeta electrónica de un valor nominal de 500 euros anuales, que permite la compra de diversos bienes y servicios destinados a fomentar la formación continua de los profesores, a los profesores titulares y a los profesores interinos que efectúan sustituciones por la duración del curso escolar, con exclusión de los profesores interinos que efectúen sustituciones de corta duración.

IV. Posición de las partes

1. Gobierno Italiano

El Gobierno italiano sostiene que las cuestiones planteadas son inadmisibles porque la regulación nacional permite que la tarjeta electrónica en cuestión se conceda también a los profesores que ejercen sustituciones de corta duración. Sostiene que el Tribunal de Lecce debería haber realizado una interpretación conforme con el Derecho UE en lugar de plantear cuestiones prejudiciales. Además, reprocha a dicho órgano que asume una interpretación equivocada de la jurisprudencia emanada de la Corte suprema.

En todo caso, la diferencia de trato se debe a la naturaleza particular de las sustituciones de corta duración, a veces limitadas a un reducido número de horas por semana y en varios centros diferentes para enseñar materias a menudo diferentes, al margen de la programación anual.

Por último, invoca también consideraciones presupuestarias.

2. Abogada General

La Abogada General no formuló Conclusiones en el asunto.

3. La Comisión Europea

Para la Comisión, resulta incoherente, a la luz del objetivo consistente en mejorar la calidad de la enseñanza anual, que se excluya del beneficio de la tarjeta electrónica en cuestión a los profesores encargados de sustituciones de corta duración.

Quienes se encuentran en esta posición de precariedad profesional pueden, incluso, tener mayores necesidades de formación cuando se encuentran al inicio de su actividad profesional o están llamados a impartir diferentes asignaturas en diferentes escuelas.

La negativa al beneficio reduce indebidamente el ámbito de aplicación de la protección contra la discriminación conferida por la Directiva, que debe aplicarse a todos los trabajadores con contrato de duración determinada.

V. Normativa aplicable al caso

1. Derecho de la UE

El Acuerdo Marco que acompaña a la Directiva 1999/70 se aplica “a los trabajadores con un trabajo de duración determinada cuyo contrato o relación laboral esté definido por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro” (cláusula 2).

La Directiva define al “contrato de duración determinada” (aquel en 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) y al “trabajador con contrato de duración indefinida comparable” (que está en el mismo centro de trabajo, realiza un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña).

Por descontado, resulta esencial recordar el «Principio de no discriminación» reflejado en los dos apartados de la cláusula 4ª:

1. Por lo que respecta a las 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.

2. Cuando resulte adecuado, se aplicará el principio de *pro rata temporis*.

2. Derecho italiano

La legislación académica^[4] establece como un deber del docente la actualización de los conocimientos (adaptación de los conocimientos al desarrollo de la ciencia en las diferentes disciplinas y en las conexiones interdisciplinarias, una mayor preparación para la enseñanza).

La Ley 124/1999^[5] obliga a cubrir con interinidades las plazas del personal docente que queden efectivamente vacantes, sea para curso completo, sea para etapas más breves.

Asimismo, la Ley 107/2015^[6] reguló el beneficio en discordia estableciendo: 1) La tarjeta se crea "*con objeto de fomentar la formación continua del personal docente y mejorar sus competencias profesionales*". 2) El crédito (importe nominal de 500 euros anuales por cada curso escolar) es multiuso pues permite aplicarse a destinos variados. 3) Su importe no constituye un complemento de retribución ni un ingreso sujeto a tributación.

VI. Doctrina básica

1. Admisibilidad de la cuestión

Despejando el óbice opuesto por el Gobierno italiano, la sentencia considera bien formuladas las cuestiones prejudiciales:

- El órgano jurisdiccional nacional puede plantear cuestiones prejudiciales cuya respuesta, según alguna de las partes litigantes, sea indubitada.
- El órgano jurisdiccional nacional que no resuelve en última instancia debe tener la libertad de someter las cuestiones que se le planteen, si considera que la valoración jurídica efectuada por el órgano de rango superior, incluso de rango constitucional, pudiera llevarle a dictar una sentencia contraria al Derecho de la Unión.
- Al TJUE no le corresponde la interpretación de las normas o jurisprudencia nacionales, ni siquiera para comprobar como aplican los criterios sentados por él.
- La comparabilidad no desaparece por la duración (prevista) más o menos breve que posea la contratación del profesorado

2. Comparabilidad de las relaciones

La sentencia considera que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal establece una diferencia de trato en perjuicio de los profesores interinos, contratados por tiempo determinado, que efectúan sustituciones de corta duración en relación con los profesores titulares contratados por tiempo indefinido. El contraste entre personal fijo e interino de corta duración lo entiende viable por varias razones:

1.ª) Las tareas encomendadas a los profesores interinos encargados de sustituciones de corta duración no se distinguen sustancialmente de las desenvueltas por los profesores titulares. Su actividad se inscribe, al igual que la de los profesores titulares a los que sustituyen, en el marco de la programación anual de la enseñanza de los centros escolares.

2.ª) La tarjeta electrónica puede utilizarse para la compra de un amplio abanico de bienes y servicios que contribuyen, con carácter general, a la actividad docente, y no únicamente para la compra de bienes y servicios específicamente vinculados a las tareas eventualmente reservadas a los profesores titulares.

3.^a) El Acuerdo Marco se aplica a todos los trabajadores cuyas prestaciones sean retribuidas en el marco de una relación laboral de duración determinada que los vincule a su empleador.

4.^a) La supresión de la diferencia de trato entre los profesores titulares fijos y los profesores interinos de curso completo no impide que una parte de los profesores interinos (los de corta duración) siga siendo objeto de una diferencia de trato en relación con los profesores titulares.

5.^a) La eventual existencia de tareas en que no interviene el profesorado interino (en especial si es de corta duración) como la planificación del curso académico aparece como marginal para el problema pues no ocupan un lugar preponderante en el ejercicio de sus funciones, en particular en relación con sus actividades docentes, por parte de los profesores interinos que efectúan sustituciones por la duración del curso escolar.

3. Estamos ante una condición de trabajo

No estamos ante una retribución, pero sí ante «condiciones de trabajo», en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco, pues a tal efecto lo decisivo es que se adquiere como consecuencia del empleo, es decir, de la relación laboral entre un trabajador y su empleador. Por tanto, la tarjeta electrónica en cuestión debe considerarse comprendida en las «condiciones de trabajo», en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco.

4. Finalidad del crédito electrónico

La diferencia de trato va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido, en la medida en que todos los profesores titulares tienen derecho a la concesión de la tarjeta electrónica en cuestión, con independencia de si ejercen efectivamente una actividad que pueda inscribirse en el marco anual de la enseñanza.

Las características del trabajo interino de corta duración (rotación de materias y de centros) hace que incluso en su caso posea más sentido el reciclaje profesional que posibilita la tarjeta.

5. Limitaciones presupuestarias

Aunque las consideraciones de índole presupuestaria puedan ser el motivo de las opciones de política social de un Estado miembro e influir sobre la naturaleza o el alcance de las medidas que este desea adoptar, no justifican un objetivo perseguido por esta política. Por tanto, no pueden justificar la aplicación de una normativa nacional que dé lugar a una diferencia de trato en perjuicio de los trabajadores con contrato de duración determinada.

6. Ausencia de razones objetivas que justifiquen el diferente trato

El diferente trato puede justificarse por la existencia de elementos precisos y concretos que caractericen la condición de trabajo de que se trate en el contexto, con objetividad y transparencia. Se trata de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto.

La decisión diferenciadora, para ser válida, debe responder a una necesidad auténtica y no proceder, en realidad, de una elección que se asemeje más bien a un criterio basado, de manera general y abstracta, exclusivamente en la duración misma de la relación laboral^[7]. Tal es lo que sucede en el caso.

VII. Parte dispositiva

La desembocadura de la resolución comentada es del todo coherente con la pregunta. Tras invocar el Fundamento normativo principal (la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración

determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada) se expone la conclusión:

La regulación de la Directiva se opone a una normativa nacional, tal como la interpreta un tribunal supremo nacional, que reserva el derecho a una tarjeta electrónica de un valor nominal de 500 euros anuales, que permite la compra de diversos bienes y servicios destinados a fomentar la formación continua de los profesores, a los profesores titulares y a los profesores interinos que efectúan sustituciones por la duración del curso escolar, con exclusión de los profesores interinos que efectúen sustituciones de corta duración, a menos que tal exclusión esté justificada por razones objetivas en el sentido de dicha disposición. El mero hecho de que la actividad de estos últimos no esté destinada a durar hasta el final del curso escolar no constituye una razón objetiva de este tipo.

VIII. Pasajes decisivos

En el apartado 68 de la sentencia aparece una afirmación que vale la pena resaltar:

Admitir que la mera naturaleza temporal de una relación laboral basta para justificar una diferencia de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos vaciaría de contenido los objetivos de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo Marco y equivaldría a perpetuar el mantenimiento de una situación desfavorable para los trabajadores con contrato de duración determinada

IX. Comentario

En el caso, los profesores titulares tienen derecho a la concesión de la tarjeta electrónica en cuestión, con independencia de si ejercen efectivamente una actividad que pueda inscribirse en el marco anual de la enseñanza. Esa constatación aleja la razonabilidad de los argumentos contrarios a que el profesorado temporal no se beneficie del derecho.

X. Apunte final

1. Aunque desarrollado en el país trasalpino, el caso resulta muy familiar para el laboralismo español:

- Aparece un tema de fondo (Profesora interina que viene realizando sustituciones discontinuas de dos o más meses y solicita la tarjeta electrónica de los últimos cursos en que ha trabajado; se le deniega porque no es interina de cursos completos) en el que posee aplicación un importante principio albergado en la Directiva 1999/70 (no discriminación).
- La cuestión fue ya objeto de un pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo (Auto 18 mayo 2022), explicando que el Derecho UE exigía aplicar el beneficio al personal interino que ocupaba una plaza durante buena parte del curso académico.
- La doctrina del TJUE es aplicada por la jurisprudencia nacional (Corte di Cassazione), pero introduciendo matices o restricciones en sus razonamientos para concordar con la legislación nacional.
- Un órgano jurisdiccional (Tribunal de Lecce) considera que la jurisprudencia nacional está separándose de la eurounitaria y opta por plantear cuestión prejudicial, en lugar de resolver directamente y conforme a su criterio.

2. La respuesta dada por el Tribunal de Luxemburgo, desde luego, es coherente con el tenor de las preguntas que había recibido: 1º) El Derecho UE se opone a que el profesorado interino que realiza sustituciones de corta duración quede privado de la tarjeta electrónica (500 euros anuales) que permite comprar bienes y servicios

destinados a fomentar la formación continua de los profesores. 2º) La exclusión de ese derecho solo sería válida si estuviera justificada por razones objetivas, sin que como tales pueda considerarse que la actividad profesional no esté destinada a durar hasta el final del curso escolar. 3º) Siendo las tareas desempeñadas similares a la del profesorado fijo, la mera temporalidad no puede justificar la privación del derecho.

3. Se echa de menos una reflexión explícita sobre la pertinencia de aplicar la proporcionalidad como criterio modulador de la no discriminación. Al igual que sucede con la contratación a tiempo parcial, hay que subrayar que determinados derechos no soportan bien esa minoración correlativa y probablemente el crédito formativo en cuestión sea uno de ellos.

4. También es buen asunto para suscitar la reflexión sobre si no sería pertinente que en casos como el presente se abriese una vía de consulta o informe a fin de permitir a la correspondiente Corte de casación (o, en su caso, al Tribunal Constitucional) exponer el verdadero alcance de su doctrina. Se trataría de compatibilizar la posibilidad de que cualquier órgano judicial se dirija al Tribunal de la UE para cuestionar el acierto de determinada jurisprudencia nacional (ordinaria o constitucional) con la presencia del propio creador de esa doctrina en el correspondiente Estado.

Del mismo modo que el Gobierno de cada país interviene en defensa de su ordenamiento (o de los intereses que considera pertinente), esta modalidad de *Diálogo entre Tribunales* mejoraría la calidad de las respuestas eurounitarias, minoraría la posibilidad de que una jurisprudencia sea expuesta de modo erróneo y mejoraría el clima de confianza recíproca entre las instituciones nacionales y comunitarias.

Referencias:

1. [^] *Conforme a su apartado 7, "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. Este proceso se efectuará 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".*
2. [^] *La cuestión fue promovida por el Tribunal Ordinario de Vercelli*
3. [^] *Según el Tribunal de Lecce, la Corte suprema di cassazione consideró que si también se reconociera esta ventaja a los profesores encargados de estos últimos tipos de sustituciones, el vínculo que debe existir entre la concesión de la tarjeta electrónica en cuestión y el marco anual de la enseñanza «se alteraría injustificadamente», incluso en el supuesto de que la suma de los días de trabajo realizados por dichos profesores resulte a posteriori igual a la de los días trabajados por los profesores titulares o por los que efectúan sustituciones por la duración del curso escolar.*
4. [^] *Artículo 282 del Decreto Legislativo n.º 297 — Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado (GURI n.º 115, de 19 de mayo de 1994, suplemento ordinario n.º 79).*
5. [^] *Disposizioni urgenti in materia di personale scolastico (Ley n.º 124, por la que se establecen disposiciones urgentes relativas al personal escolar), de 3 de mayo de 1999 (GURI n.º 107, de 10 de mayo de 1999).*
6. [^] *Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti (Ley n.º 107 de reforma del sistema nacional de enseñanza y formación y delegación para la reforma*

de las disposiciones legislativas en vigor), de 13 de julio de 2015 (GURI n.º 162, de 15 de julio de 2015).

7. *^ Es necesario que tal diferencia de trato responda a una necesidad auténtica, permita alcanzar el objetivo perseguido y resultar indispensable al efecto.*

§ 62 ¿El periodo de formación sanitaria especializada computa a efectos de carrera profesional del personal estatutario de los servicios de salud?

María Areta Martínez

Secretaria de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos

Resumen: La STS-CONT núm. 851/2025, de 26 de junio (Recurso de casación núm. 4119/2023), dictamina que el periodo de formación sanitaria especializada ha de reconocerse a efectos de carrera profesional del personal estatutario de los servicios de salud. Concretamente, en el caso ahora examinado, el TS declara que el periodo de formación como Enfermero Interno Residente (EIR) en la especialidad de Obstetricia-Ginecología, realizado en el marco de la correspondiente relación laboral especial, ha de computar dentro del tiempo mínimo de ejercicio profesional requerido para acceder al grado/nivel de carrera profesional de Matrón/Matrona. La STS-CONT núm. 851/2025 confirma el criterio recogido en la precedente STS-CONT núm. 659/2025, según la cual, el periodo de prestación de servicios en régimen laboral como Médico Interno Residente (MIR) en la especialidad de Medicina Física y Rehabilitación computa a efectos del acceso al grado de carrera profesional en la categoría de Facultativo Especialista del Área (FEA) de Medicina Física y Rehabilitación. El periodo de formación especializada por el sistema de residencia realizado por el personal estatutario ha de ir referido a la misma especialidad sanitaria desde la que solicita el acceso a la carrera profesional.

Palabras clave: Personal estatutario sanitario. Carrera profesional. Cómputo del periodo de ejercicio profesional. Periodo de formación sanitaria especializada. Enfermero Interno Residente (EIR). Médico Interno Residente (MIR).

I. Introducción

Las páginas que siguen a continuación tienen por objeto comentar los Antecedentes de Hecho, los Fundamentos de Derecho y el Fallo de la STS-CONT núm. 851/2025, de 26 de junio (ECLI:ES:TS:2025:2957), que resuelve el recurso de casación núm. 4119/2023, que la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias interpone contra la STSJ de Canarias/Las Palmas-CONT núm. 50/2023, de 16 de febrero, dictada en recurso de apelación núm. 242/2022 (ECLI:ES:TSJCAN:/2023:2485) frente a la sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 2 de las Palmas de Gran Canaria, pronunciada el 21 de julio de 2022 en el recurso contencioso-administrativo núm. 141/2022 contra la desestimación presunta del recurso de reposición de 2 de mayo de 2019, presentado frente a la Resolución de 8 de abril de 2019, de la Dirección Gerencia del Complejo Hospitalario Insular-Materno Infantil, que aprueba la relación definitiva de personas que no reúnen los requisitos y

condiciones para el encuadramiento en ningún nivel/grado de carrera profesional del personal diplomado sanitario.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 851/2025, de 26 de junio.

Tipo y número de procedimiento: recurso de casación núm. 4119/2023.

ECLI:ES:TS:2025:2957.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si, a efectos de carrera profesional del personal estatutario sanitario de los servicios públicos de salud, ha de computarse el periodo de formación sanitaria especializada. En particular, se trata de determinar si el periodo de formación sanitaria en la especialidad de Enfermería Obstétrico-Ginecológica ha de computarse para completar los periodos mínimos de ejercicio profesional requeridos para acceder a los distintos grados/niveles de carrera profesional en la categoría de Matrán/Matrona.

En orden a la resolución de la cuestión de fondo planteada destaca el *iter* cronológico señalado a continuación:

- El **6 de marzo de 2018**, el Director del Servicio Canario de Salud dicta la Instrucción núm. 2/2018, relativa al régimen aplicable y procedimiento a seguir para el encuadramiento en los distintos grados o niveles de carrera profesional del personal del Servicio Canario de Salud. De conformidad con lo establecido en la Instrucción Cuarta, apartado 1.C), de la mencionada Instrucción núm. 2/2018, para el encuadramiento en el nivel/grado 3 de carrera profesional es preciso acreditar un periodo mínimo de ejercicio profesional de 16 años, cualquiera que sea la categoría profesional.
- El **8 de abril de 2019**, la Dirección Gerencia del Complejo Hospitalario Universitario Insular-Materno Infantil dicta Resolución (definitiva) por la que se aprueba, de conformidad con la propuesta del Comité de Evaluación de carrera profesional del personal diplomado sanitario adscrito a esta Dirección Gerencia, la relación definitiva de las solicitudes de interesados que no reúnen los requisitos y condiciones necesarios para el encuadramiento en ningún nivel/grado superior al que tengan, en su caso reconocido, la relación definitiva de las solicitudes desestimadas de interesados que no superan la correspondiente evaluación de los méritos acreditados, así como la relación definitiva de las solicitudes estimadas, de acuerdo con el procedimiento ordinario excepcional previsto en la Instrucción 2/2018, del Director (BO Canarias núm. 74, de 16 abril 2019). La trabajadora demandante, que es personal estatutario sanitario diplomado (Matrona), no ha obtenido el nivel/grado 3 de carrera profesional solicitado por carecer del tiempo mínimo de prestación de servicios

requerido, que es de 16 años. A la trabajadora se le han computado un total de 5.173 días; es decir: 14 años, 2 meses y 3 días, a fecha 31 de junio de 2018, que es la del periodo de cierre y computable. A la trabajadora no se le ha computado como tiempo de prestación de servicios el de formación sanitaria en la especialidad de Enfermería Obstétrico-Ginecológica (Matrona), que realizó desde el 28 de junio de 2002 hasta el 27 de junio de 2004 en el hospital universitario de Málaga. De haberse computado el periodo de formación como EIR, la trabajadora habría alcanzado los 16 años de servicios exigidos para obtener el nivel/grado 3 de carrera profesional.

- El **2 de mayo de 2019**, la trabajadora interpone recurso de reposición frente a la Resolución de 8 de abril de 2008, que es desestimado por silencio administrativo.
- El **21 de julio de 2022**, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Las Palmas de Gran Canaria dicta sentencia, que estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo núm. 141/2022 interpuesto frente a la desestimación presunta del recurso de reposición. El Juzgado anula la Resolución de 8 de abril de 2019, debiendo retrotraerse el procedimiento a la vía administrativa para computar, a efectos de carrera profesional, el periodo de formación sanitaria como residente, que va desde el 28 de junio de 2002 hasta el 27 de junio de 2004. El Juzgado declara que *los residentes, tanto médicos como enfermeros, siguen un programa plurianual de formación como especialistas, sometido a un régimen jurídico especial de indole laboral. Esta situación especial en la que desarrollan su labor y su formación ha generado problemas a la hora de establecer si tales periodos de formación como residente deben ser tenidos en cuenta a efectos de trienios u otras instituciones similares, en las que podemos encuadrar la carrera profesional, ya que el propio TS así lo ha declarado en sentencias como la aportada de parte, y más recientemente la de 6/7/2022, en la que, en relación con los MIR, expresamente se señala la posibilidad de que una vez que se establezca una relación estatutaria con la Administración, este tiempo compute a efectos de trienio*^[1]. El Juzgado considera que la argumentación empleada por el TS para computar el periodo de formación sanitaria especializada a efectos del reconocimiento de trienios al personal estatutario sanitario es *extrapolable al ámbito de la carrera profesional donde igualmente se valora, entre otras, la experiencia en las tareas asistenciales, por lo que, en aras de un principio de justicia efectiva, cabe acordar la retroacción del procedimiento a la vía administrativa, a los efectos de que vuelva a llevarse a cabo la valoración, a efectos de carrera profesional, del periodo de formación como residente, que va desde el 28/6/2002 hasta el 27/6/2004.*
- El **28 de septiembre de 2022**, la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias interpone recurso de apelación frente a la sentencia de 21 de julio de 2022, del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 2 de Las Palmas de Gran Canaria.
- El **2 de noviembre de 2022**, la trabajadora formaliza escrito de oposición al recurso de apelación, en el que hace constar que la sentencia recurrida se ajusta a Derecho, y termina con la súplica de que se desestime el recurso y se confirme la sentencia impugnada.

- El **10 de febrero de 2023** fue la fecha fijada inicialmente para que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Canarias procediese a la votación y fallo del recurso de apelación, si bien dicho acto tuvo lugar finalmente en la fecha de la sentencia, que es el 16 de febrero de 2023.
- El **16 de febrero de 2023**, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Canarias dicta la sentencia núm. 50/2023(ECLI:ES:TSJCAN:2023:2485), que desestima el recurso de apelación núm. 242/2022 interpuesto frente a la sentencia de 21 de julio de 2022, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Las Palmas de Gran Canaria en el recurso contencioso-administrativo núm. 141/2022, con imposición de las costas procesales causadas a la parte recurrente (Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias).
- El **10 de abril de 2024**, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS dicta auto mediante el que se acuerda admitir a trámite el recurso de casación núm. 4119/2023, interpuesto por la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias frente a la STSJ de Canarias-CONT núm. 50/2023, de 16 de febrero.
- El **26 de abril de 2024**, la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias formaliza el escrito de interposición del recurso de casación, solicitando que se dicte sentencia por la que, casando y anulando la sentencia recurrida ya referenciada, se estime plenamente el recurso en los términos interesados.
- El **16 de mayo de 2024** se dicta providencia para conferir trámite de oposición al recurso de casación.
- El **1 de julio de 2024**, la trabajadora presenta escrito de oposición al recurso de casación, solicitando se declare su desestimación, con imposición de costas a la parte recurrente.
- El **10 de abril de 2025** se dicta providencia que señala el **24 de junio de 2025** como fecha para la deliberación (votación) y fallo del recurso de casación, fecha en la que tuvieron lugar. El **25 de junio de 2025**, el Magistrado Ponente entregó la sentencia que resuelve el recurso de casación núm. 4119/2023, y que es objeto de comentario en las páginas que siguen a continuación.

IV. Posiciones de las partes

1. La parte recurrente: Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias

En su escrito de interposición del recurso de casación, la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Canarias mantiene que el periodo como residente para la obtención de una especialidad en Ciencias de la Salud no debe computar a efectos de carrera profesional porque es un periodo de formación y no de prestación de servicios (tareas asistenciales, docentes o de investigación), que es lo que configura el desarrollo de la carrera profesional.

La Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias considera que una vez que el personal sanitario establece una relación de servicio estatutario (fija o temporal), el periodo previo de formación sanitaria especializada puede tomarse como tiempo de prestación de servicios para devengar el derecho al cobro de trienios (complemento de antigüedad), tal y como establece el TS, pero no a efectos de carrera profesional. Hay que diferenciar *entre el reconocimiento de servicios previos a*

efectos de antigüedad y la valoración del trabajo desarrollado (ejercicio profesional) a efectos de carrera profesional.

La Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias apoya su argumentación en la postura seguida por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los TSJ de Madrid y Aragón.

2. La parte recurrida (Personal estatutario)

La trabajadora, que es personal estatutario sanitario diplomado (Matrona) en el Servicio Canario de Salud, considera que, a efectos de carrera profesional, debe valorarse como de ejercicio profesional el periodo de formación sanitaria en la especialidad de Enfermería Obstétrico-Ginecológica (Matrona), que realizó desde el 28 de junio de 2002 hasta el 27 de junio de 2004 en el hospital universitario de Málaga. La trabajadora sostiene que ha de ser encuadrada en el sistema de la carrera profesional, asignándole el nivel/grado 3 solicitado, porque, computando el periodo como Enfermera Interna Residente (EIR), cumpliría el tiempo mínimo de servicios de 16 años.

La trabajadora argumenta que es extensible al ámbito de la carrera profesional la doctrina del TS que computa como periodo de prestación de servicios para el devengo de trienios el de formación sanitaria especializada como MIR. El periodo de formación sanitaria especializada, como MIR y EIR, ha de computarse como periodo de servicios tanto a efectos de trienios como de carrera profesional del personal estatutario sanitario.

V. Normativa aplicable al caso

En orden a resolver la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, la STS-CONT núm. 851/2025 aplica la normativa y jurisprudencia señaladas a continuación:

- Normativa estatal básica sobre carrera profesional del personal estatutario de los Servicios de Salud:
 - Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (BOE núm. 128, de 29 mayo 2003): artículo 41.1.
 - Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (BOE núm. 280, de 22 noviembre 2003): artículos 37 y 38 y disposición adicional primera.
 - Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud (BOE núm. 301, de 17 diciembre 2003): artículos 40 y 43.e).
 - Real Decreto 450/2005, de 22 de abril, sobre especialidades de enfermería (BOE núm. 108, de 6 mayo 2005): artículos 1 y 2.
 - Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre, por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud (BOE núm. 240, de 7 octubre 2006): artículo 4.
 - Orden SAS/1349/2009, de 6 de mayo, por la que se aprueba y publica el programa formativo de la especialidad de Enfermería Obstétrico-Ginecológica (Matrona) (BOE núm. 129, de 28 mayo 2009): Anexo.
 - Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) (BOE núm. 261, de 31 octubre 2015): artículos 16, 17 y 20.3.
- Normativa autonómica sobre carrera profesional del personal estatutario del Servicio Canario de Salud:

- Decreto 278/2003, de 13 de noviembre, por el que se aprueba y desarrolla el modelo de carrera profesional del personal facultativo del Servicio Canario de Salud (BO Canarias núm. 223, de 14 noviembre 2003).
- Decreto 129/2006, de 26 de septiembre, por el que se aprueba y desarrolla el modelo de carrera profesional del personal diplomado sanitario del Servicio Canario de Salud (BO Canarias núm. 195, de 5 octubre 2006).
- Decreto 421/2007, de 26 de diciembre, por el que se aprueba y desarrolla el modelo de carrera profesional del personal sanitario de formación profesional y del personal de gestión y servicios del Servicio Canario de la Salud (BO Canarias núm. 6, de 9 enero 2008; Corr. Err., BO Canarias núm. 7, de 10 enero 2008).
- Jurisprudencia:
 - STS-CONT núm. 927/2022, de 6 de julio (Recurso de casación núm. 1327/2021. ECLI:ES:TS:2022:2718). Los MIR no tienen derecho a devengar trienios, pero una vez finalizan la residencia y establecen una relación de servicio estatutaria (temporal o fija) con la Administración, comienzan a devengar trienios y el periodo previo de residencia computa como tiempo de servicios para el cálculo de trienios.
 - STS-CONT núm. 932/2022, de 6 de julio (Recurso de casación núm. 1678/2021. ECLI:ES:TS:2022:2713). Los MIR no tienen derecho a devengar trienios, pero una vez finalizan la residencia y establecen una relación de servicio estatutaria (temporal o fija) con la Administración, comienzan a devengar trienios y el periodo previo de residencia computa como tiempo de servicios para el cálculo de trienios. El derecho a reclamar el abono de trienios devengados y no cobrados prescribe a los 4 años, es decir, no puede retrotraerse en el tiempo más atrás de los 4 años anteriores a la fecha de la correspondiente reclamación.
 - STS-CONT núm. 659/2025, de 29 de mayo (Recurso de casación núm. 514/2023. ECLI:ES:TS:2025:2551). A efectos del reconocimiento de la carrera profesional, se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados en régimen tanto administrativo como laboral en el grupo/subgrupo profesional de la categoría para la que se solicita el reconocimiento, pues la categoría profesional es la que comprende las funciones, cualificación y competencias que se vinculan con los conocimientos y la experiencia que se deben acreditar. En este sentido, a efectos del grado de carrera profesional en la categoría de Facultativo Especialista del Área (FEA) de Medicina Física y Rehabilitación, computa el periodo de prestación en régimen laboral, como MIR en la especialidad de Medicina Física y Rehabilitación, y en régimen administrativo, como FEA de Medicina Física y Rehabilitación. Sin embargo, no computa el periodo de prestación de servicios en régimen laboral, como MIR en la especialidad de Medicina Familiar y Comunitaria, y en régimen administrativo, como Médico de Familia de Atención Primaria.
 - STS-CONT núm. 1796/2018, de 18 de diciembre (Recurso de casación núm. 3723/2017. ECLI:ES:TS:2018:4290). El TS sintetiza las normas jurídicas estatales que regulan la carrera profesional del personal estatutario de los servicios de salud, señalando que tienen

carácter básico y común, de modo que las Comunidades Autónomas las tomarán como punto de partida para regular la carrera profesional del personal estatutario de su correspondiente servicio autonómico de salud.

VI. Doctrina básica

Con arreglo a la normativa aplicable al caso, la STS-CONT núm. 851/2025 declara que el periodo de 2 años de formación sanitaria en la especialidad de Enfermería Obstétrica-Ginecológica (Matrón y Matrona) computa como periodo de prestación de servicios para el reconocimiento del grado/nivel de carrera profesional del personal estatutario de los servicios de salud en la categoría de enfermero especialista en Obstetricia-Ginecología (Matrón y Matrona).

La STS-CONT núm. 851/2025 reitera el criterio de la precedente STS-CONT núm. 659/2025, de 29 de mayo (Recurso de casación núm. 514/2023. ECLI:ES:TS:2025:2551), según la cual, el periodo de 4 años de formación sanitaria en la especialidad de Medicina Física y Rehabilitación computa como periodo de prestación de servicios para el reconocimiento de grado/nivel de carrera profesional del personal estatutario de los servicios de salud en la categoría de Facultativo Especialista del Área (FEA) de Medicina Física y Rehabilitación.

Aclaración: el período de formación MIR y EIR (cabe entender que también el periodo FIR, PIR, etc.) computará siempre que vaya referido a la misma especialidad sanitaria desde la que el personal estatutario sanitario solicita el grado/nivel de carrera profesional. La STS-CONT núm. 659/2025 precisa que el periodo de formación MIR en la especialidad de Medicina Familiar y Comunitaria y el periodo de prestación de servicios como Médico de Familia de Atención Primaria no computarán a efectos del grado/nivel de carrera profesional del personal estatutario en la categoría de FEA de Medicina Física y Rehabilitación. De la doctrina expuesta cabe entender que los periodos de prestación de servicios computables a efectos de carrera profesional del personal estatutario facultativo no son tanto los prestados en la misma categoría, sino más bien en la misma especialidad. En este sentido, FEA (Facultativo Especialista de Área, más conocido como “médico adjunto”) y MIR (Médico Interno Residente) no son la misma categoría profesional. Sin embargo, a efectos de la carrera profesional del personal estatutario FEA, se toman en cuenta no solo los servicios prestados como FEA, sino también como MIR, siempre y cuando unos y otros vayan referidos a la misma especialidad médica.

VII. Parte dispositiva

En nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS ha decidido:

- Desestimar el recurso de casación núm. 4119/2023, interpuesto por la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias contra la STSJ de Canarias-CONT núm. 50/2023, de 16 de febrero, dictada en recurso de apelación núm. 242/2022, que se confirma.
- En materia de costas, cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad, ex artículo 93.4 de la Ley 29/1998.

VIII. Comentario

1. Concepto legal de carrera profesional y normativa reguladora

La carrera profesional es el derecho de los profesionales de los servicios de salud a *progresar, de forma individualizada, como reconocimiento a su desarrollo profesional* (artículo 41.1 Ley 16/2003, artículo 37 Ley 44/2003 y artículo 40.2 Ley 55/2003). La carrera profesional del personal estatutario de los servicios de salud se configura legalmente como:

- Un derecho individual. La carrera profesional es el derecho que tiene el personal estatutario a que se reconozca de manera expresa e individualizada el desarrollo alcanzado en su trabajo.
- Un derecho renunciabile. El acceso a al sistema de carrera profesional es voluntario, y se articula siempre ha instancia de parte; es decir, previa solicitud del personal estatutario interesado, presentada dentro del plazo habilitado al efecto. Por tanto, el personal estatutario decide si solicita o no el reconocimiento del desarrollo profesional alcanzado en el ejercicio de su profesión.
- Un derecho de promoción horizontal. La carrera profesional se concibe como un sistema de promoción o desarrollo profesional horizontal, dentro del mismo puesto de trabajo.
- Un derecho públicamente reconocido. El reconocimiento de la carrera profesional es público y con atribución expresa del grado alcanzado por el personal estatutario en el ejercicio del conjunto de funciones que le son propias.

El marco jurídico de la carrera profesional del personal estatutario de los servicios de salud está conformado por un conjunto de normas jurídicas estatales, que tienen carácter *básico y común respecto de los sistemas autonómicos de carrera profesional y a partir de las que el legislador autonómico establecerá la correspondiente regulación sobre la expresada carrera de su personal estatutario*^[2]. Las normas jurídicas estatales que regulan la carrera profesional son las recogidas en el apartado V de este documento.

El marco jurídico de la carrera profesional se completa con la normativa autonómica. El artículo 40.1 de la Ley 55/2003 establece que las Comunidades Autónomas establecerán, previa negociación en las mesas correspondientes, mecanismos de carrera profesional para el personal estatutario de sus servicios de salud *de acuerdo con lo establecido con carácter general en las normas aplicables al personal del resto de sus servicios públicos, de forma tal que se posibilite el derecho a la promoción de este personal conjuntamente con la mejor gestión de las instituciones sanitarias*. En definitiva, la normativa autonómica está sujeta a tres parámetros:

- Primero: debe partir de lo dispuesto en la normativa estatal, que tiene carácter básico.
- Segundo: debe partir de lo establecido, con carácter general, en la normativa autonómica aplicable al personal de los demás servicios públicos.
- Tercero: debe adoptarse previa negociación en las mesas sectoriales de sanidad. El artículo 80.2.h) de la Ley 55/2003, en la misma línea que el artículo 40.1 de la Ley 55/2003, es claro al incluir expresamente los sistemas de carrera profesional entre las materias que deben ser objeto de negociación. La disposición adicional cuarta de la Ley 44/2003 dispone que *Los efectos que sobre la estructura de las retribuciones y la cuantía de las mismas pudieran derivarse del reconocimiento de grados de desarrollo profesional se negociarán en cada caso con las organizaciones sindicales que, a tenor de lo dispuesto en la normativa aplicable, corresponda*.

Atendiendo a la función desarrollada, el personal estatutario de los servicios de salud se ordena en dos grupos: 1) personal estatutario sanitario (artículo 6 Ley 55/2003) y 2) personal estatutario de gestión y servicios (artículo 7 Ley 55/2003). Este trabajo se centra en la carrera profesional del personal estatutario sanitario; todo ello sin perjuicio de alguna breve referencia que pueda hacerse a la carrera profesional del personal estatutario de gestión y servicios.

2. Estructura del sistema de carrera profesional en grados (niveles)

El artículo 38.1.a) de la Ley 44/2003 señala que el sistema de carrera profesional se estructura en cuatro grados (niveles) con posibilidad de añadir un grado (nivel) inicial previo, sumando así un total de cinco.

Las Comunidades Autónomas regulan la estructura del sistema de carrera profesional diferenciando según que el personal estatutario sanitario sea: 1) licenciado sanitario/facultativo (grupo A1 EBEP); 2) diplomado sanitario (grupo A2 EBEP) o 3) de formación profesional (grupo C EBEP). En este sentido, se establece un sistema de carrera profesional propio para cada categoría, que se define en función de la titulación de acceso. Dos consideraciones al respecto:

Primera consideración: el sistema de carrera profesional del personal estatutario sanitario no se ajusta a la organización actual del sistema educativo, de ahí que tal vez sea necesario un proceso de adaptación. La Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias diferencia entre: 1) profesiones sanitarias tituladas (artículo 2 Ley 44/2003), que se ordenan en dos grupos (licenciado y diplomado); y 2) profesionales del área sanitaria de formación profesional (artículo 3 Ley 44/2003), que también se ordenan en dos grupos (grado superior y grado medio). El Estatuto Marco del Personal Estatutario también clasifica el personal estatutario sanitario en función de la titulación académica de ingreso, diferenciando entre: 1) personal sanitario de formación universitaria [artículo 6.2.a) Ley 55/2003], que divide en cuatro grupos (Licenciado con título de especialista en Ciencias de la Salud, Licenciado sanitario, Diplomado con título de especialista en Ciencias de la Salud y Diplomado sanitario); y 2) personal sanitario de formación profesional [artículo 5.2.b) Ley 55/2003], que divide en dos grupos (Técnicos Superiores y Técnicos). En esta misma línea, el sistema de carrera profesional del personal estatutario sanitario diferencia entre Licenciado sanitario (facultativo), Diplomado sanitario y personal sanitario de Formación Profesional. Esta estructura del sistema de carrera profesional no responde al sistema vigente de enseñanza superior universitaria, que se ordena en los tres ciclos siguientes (artículo 9 Ley Orgánica 2/2023): 1) Grado, 2) Máster Universitario y 3) Doctorado. Además, las enseñanzas superiores incluyen no solo las universitarias (Grado, Máster Universitario y Doctorado), sino también la Formación Profesional de grado superior y otras enseñanzas (artículo 3.5 Ley Orgánica 2/2006). Los títulos de Licenciado y Diplomado responden a la organización de los estudios universitarios de la derogada Ley Orgánica 11/1983, cuyo artículo 30 los estructuraba en los tres ciclos siguientes: 1) título de Diplomado (Arquitecto Técnico e Ingeniero Técnico), 2) título de Licenciado (Arquitecto e Ingeniero) y 3) título de Doctor. Los títulos de Diplomado y Licenciado se integran actualmente dentro del título de Grado. Cabe diferenciar hasta tres situaciones en el proceso de adaptación de los títulos de Diplomatura y Licenciatura a los distintos títulos de Grado que habilitan para el ejercicio de profesiones sanitarias:

- Primera situación: la conversión de los títulos de Diplomatura en títulos de Grado ha supuesto incrementar la duración de los estudios. En este sentido, el plan de estudios del título universitario oficial de Diplomado en Enfermería tenía una duración de 3 años (Anexo.Directriz Tercera Real Decreto 1466/1990), mientras que el plan de estudios del actual título de Grado que habilita para el ejercicio de la profesión de Enfermero tiene una duración de 4 años académicos, distribuidos en 240 créditos ECTS (artículo 5 Orden CIN/2134/2008).
- Segunda situación: la conversión de algunos títulos de Licenciatura en títulos de Grado ha supuesto reducir la duración de los estudios. Dentro del ámbito de las profesiones sanitarias, son muy pocos los títulos de Grado cuyo plan de estudios ha visto reducida su duración respecto al precedente título de Licenciatura. En este sentido, el plan de estudios del título de Licenciado en Psicología tenía una duración de entre 4 y 5 años (Anexo.Directriz Segunda Real Decreto 1428/1990), y el plan de estudios

del actual Grado de Psicología es de 4 años, distribuidos en 240 créditos ECTS.

- Tercera situación: la conversión de algunos títulos de Licenciatura en títulos de Grado no ha supuesto modificar la duración de los planes de estudios. Un aspecto destacable es que el plan de estudios de la mayoría de los títulos de Grado que habilitan para ejercer profesiones sanitarias y que proceden de un título de Licenciatura han mantenido su duración. En este sentido, por ejemplo: 1) el plan de estudios del título universitario oficial de Licenciado en Farmacia tenía una duración de 5 años (Anexo.Directriz Segunda Real Decreto 1464/1990), y el plan de estudios del actual Grado de Farmacia también tiene una duración de 5 años, distribuidos en 300 créditos ECTS (artículo 5 Orden CIN/2137/2008); 2) el plan de estudios del título universitario oficial de Licenciado en Odontología tenía una duración de 5 años (Anexo.Directriz Primera Real Decreto 970/1986), y el plan de estudios del actual título de Grado que habilita para el ejercicio de la profesión de Dentista tiene una duración de 5 años, distribuidos en 300 créditos ECTS (artículo 5 Orden CIN/2136/2008); y 3) el plan de estudios del título universitario oficial de Licenciado en Medicina tenía una duración de 6 años (Anexo.Directriz Segunda Real Decreto 1417/1990), y el plan de estudios del actual Grado de Medicina también tiene una duración de 6 años, distribuidos en 360 créditos ECT (Anexo.5 Orden ECI/332/2008).

Segunda consideración: la legislación básica estatal reconoce al personal estatutario de los servicios de salud el derecho a la carrera profesional, pero tal reconocimiento no se hace expresamente para cada una de las categorías profesionales. De hecho, indirectamente, se admite la posibilidad de que algunas categorías profesionales carezcan de sistema de carrera profesional. En este sentido, el artículo 42.3.e) de la Ley 55/2003, al regular el complemento de carrera del personal estatutario de los servicios de salud, señala que retribuye el grado alcanzado en la carrera profesional *cuando tal sistema de desarrollo profesional se haya implantado en la correspondiente categoría*; es decir: está admitiendo la posibilidad de que no esté implantado en todas las categorías. El sistema de carrera profesional comenzó articulándose para el personal facultativo de los servicios de salud (Licenciado sanitario), posteriormente alcanzó al personal diplomado sanitario, y en los últimos años cada vez son más las Comunidades Autónomas que lo han extendido tanto al personal sanitario de formación profesional como al personal de gestión y servicios del correspondiente servicio autonómico de salud. No obstante, todavía hay Comunidades Autónomas que no han aprobado y desarrollado un modelo de carrera profesional para todas y cada una de las categorías de personal estatutario de los servicios de salud.

3. Requisitos para el reconocimiento

Para alcanzar un determinado nivel de carrera profesional no basta con acreditar el periodo mínimo de prestación de servicios, siendo preciso también obtener la evaluación favorable en una serie de méritos.

3.1 Periodo mínimo de ejercicio profesional

El artículo 38.1.a) de la Ley 44/2003 señala que para acceder al primer grado/nivel de carrera profesional es necesario acreditar, al menos, 5 años de ejercicio profesional, y la progresión a los grados superiores podrá solicitarse siempre que hayan transcurrido, como mínimo, 5 años (de ejercicio profesional) desde la precedente evaluación positiva. Llegados a este punto conviene realizar varias consideraciones sobre las reglas aplicables para el cómputo del periodo de prestación de servicios.

Primera consideración: sobre el cómputo del periodo de formación sanitaria especializada a efectos de carrera profesional. Todo el personal estatutario sanitario, cualquiera que sea su categoría profesional, debe acreditar, al menos, 5 años de ejercicio profesional para acceder al nivel 1 de carrera profesional, y además han de haber transcurrido un mínimo de 5 años de ejercicio profesional desde el reconocimiento de un nivel para progresar al nivel superior [artículo 38.1.c) Ley 44/2003]. En relación con el cómputo del periodo de formación sanitaria especializada a efectos de carrera profesional conviene destacar, al menos, tres aspectos:

- Primer aspecto: la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS ha declarado en dos sentencias de 2025 (núms. 659/2025 y 851/2025) que, a efectos de carrera profesional, para acreditar los 5 años de ejercicio profesional se computará el periodo de formación sanitaria especializada realizado a través de la relación laboral especial que regula el Real Decreto 1146/2006, y siempre que dicho periodo de formación vaya referido a la misma especialidad sanitaria desde la que el personal estatutario pretende acceder al sistema de carrera profesional^[3]. En este sentido, el TS ha dictaminado que tanto el periodo de formación MIR en de Medicina Familiar y Comunitaria como el posterior periodo de prestación de servicios como Médico de Familia de Equipo Atención Primaria (EAP) no computan a efectos del grado/nivel de carrera profesional de un FEA en la especialidad de Medicina Física y Rehabilitación, y ello es así por ir referidos a distinta especialidad. No obstante, conviene aclarar que existen distintos puestos (categorías) que pueden ejercerse con el mismo título de especialista en Ciencias de la Salud, en cuyo caso, han de computarse la totalidad de los periodos de prestación de servicios. En este sentido, por ejemplo, a efectos de carrera profesional de un Médico de Familia en EAP computarán como periodos de prestación de servicios no solo el periodo de ejercicio profesional como Médico de Familia en EAP y el periodo de formación sanitaria especializada en Medicina Familiar y Comunitaria, sino también, los servicios que haya podido realizar como Médico de Urgencias Hospitalarias. Hasta la creación del Título de Médico/a Especialista en Medicina de Urgencias y Emergencias^[4], la especialidad que habilitaba para trabajar como médico/a de urgencias hospitalarias ha venido siendo la de Medicina Familiar y Comunitaria, de ahí que el periodo de prestación de servicios como médico urgenciólogo compute a efectos de carrera profesional de un Médico de Familia en EAP.
- Segundo aspecto: el artículo 64.1 de la Ley 55/2003 dispone que el personal estatutario sanitario pasará a situación de servicios especiales cuando acceda a una plaza de formación sanitaria especializada por el sistema de residencia, computando dicho periodo de formación sanitaria a efectos de carrera profesional. Este supuesto tiene la particularidad de que quien accede a una plaza de formación sanitaria especializada es personal estatutario que pasa a situación de servicios especiales mientras realiza la residencia. La cuestión pasa por determinar si el periodo de formación sanitaria especializada computa en todo caso, aun cuando la plaza que pasa a ocupar el personal estatutario tras finalizar la situación de servicios especiales y desde la que se solicita la carrera profesional no se corresponda con la especialidad realizada durante la residencia.
- Tercer aspecto: todos los programas de formación sanitaria especializada son plurianuales, pero no de igual duración. En este sentido, por ejemplo, los programas de formación de las especialidades de Enfermería (EIR) duran 2 años, los programas de las especialidades médicas (MIR) de 4 a 5 años y los de las especialidades de Farmacia de 3 a 4 años (FIR). Por

tanto, en función de la especialidad, el periodo de formación sanitaria representará una parte mayor o menor del periodo mínimo de ejercicio profesional requerido para acceder al nivel de carrera profesional. Así, el periodo de formación sanitaria en cualquiera de las especialidades de enfermería, que es de 2 años, representa menos de la mitad del tiempo de ejercicio profesional requerido para que el personal estatutario de enfermería acceda al nivel de carrera profesional. Sin embargo, el periodo de formación sanitaria en cualquiera de las especialidades médicas, que es de 4 o 5 años, representa gran parte e incluso la totalidad del tiempo de ejercicio profesional requerido al personal estatutario facultativo para acceder al mismo nivel.

Segunda consideración: sobre el cómputo de los servicios prestados en diferentes servicios autonómicos de salud. El TS ha dictaminado que el tiempo de servicios computable al personal estatutario temporal puede acotarse al prestado en el servicio autonómico de salud en el que solicita el reconocimiento de la carrera profesional si esa limitación se prevé también para el personal estatutario fijo, pero será discriminatorio si para el personal estatutario fijo se prevé que el tiempo de servicios para progresar de grado se refiera al prestado en el Sistema Nacional de Salud, sin limitarlo al concreto servicio autonómico de salud en el que presenta la solicitud^[5].

Tercera consideración: sobre las situaciones administrativas del personal estatutario sanitario que computan a efectos de carrera profesional. A efectos de acreditar el periodo mínimo de ejercicio profesional requerido para acceder al nivel/ grado de carrera profesional, se tomará en cuenta no solo el periodo de tiempo en que el personal estatutario se encuentra en situación de servicio activo, prestando efectivamente servicios, sino también otras situaciones administrativas. El artículo 62.1 de la Ley 55/2003, en términos similares al artículo 85.1.a) del EBEP, señala que las situaciones administrativas en las que puede hallarse el personal estatutario fijo son las siguientes: a) servicio activo, b) servicios especiales, c) servicio bajo otro régimen jurídico, d) excedencia por servicios en el sector público, e) excedencia voluntaria y f) suspensión de funciones. Las siguientes situaciones administrativas computan expresamente como periodos de ejercicio profesional a efectos de carrera profesional del personal estatutario: 1) servicio activo^[6], 2) excedencia por prestar servicios en el sector público (artículo 66.3 Ley 55/2003) y 3) servicios especiales (artículo 64 Ley 55/2003). Además, el periodo de excedencia por cuidado de familiar también se reconoce expresamente a efectos de carrera profesional (artículo 62.3 Ley 55/2003, en relación con artículo 89.4.párrafo 5º EBEP). Sin embargo, el periodo de tiempo en situación de excedencia voluntaria no computa a efectos de carrera profesional (artículo 67.3 Ley 55/2003).

3.2 La valoración de los méritos a efectos de carrera profesional

El haber completado el periodo mínimo de prestación de servicios requerido en cada grado/nivel de carrera profesional no es suficiente para su efectivo reconocimiento; también es preciso superar la evaluación de una serie de méritos. En relación con los méritos evaluables para obtener tanto el primer nivel como los niveles superiores de carrera profesional, la normativa básica estatal dispone lo siguiente:

- El artículo 41.1 de la Ley 16/2003 establece que se evalúa el *desarrollo profesional en cuanto a conocimientos, experiencia en las tareas asistenciales, investigación y cumplimiento de los objetivos de la organización en la cual prestan sus servicios*.
- El artículo 38.1.b) de la Ley 44/2003 requiere la evaluación favorable de los méritos del personal estatutario, en relación con *sus conocimientos, competencias, formación continuada acreditada, actividad docente e investigación*, así como *los resultados de la actividad asistencial del interesado, la calidad de la misma y el cumplimiento de los indicadores que*

para su valoración se hayan establecido, así como su implicación en la gestión clínica.

- El artículo 40.2 de la Ley 55/2003 dispone que se evalúa el *desarrollo profesional en cuanto a conocimientos, experiencia y cumplimiento de los objetivos de la organización a la cual prestan sus servicios.*

El tenor literal de los tres preceptos señalados no es el mismo, destacando algunos aspectos diferenciales. El artículo 40.2 de la Ley 55/2003, a diferencia del artículo 41.1 de la Ley 16/2003 y el artículo 38.1.b) de la Ley 44/2003: 1) no toma en cuenta la investigación y 2) toma en cuenta la experiencia, en general, sin limitarla expresamente a la adquirida en tareas asistenciales. Además, el artículo 38.1.b) de la Ley 44/2003, a diferencia del artículo 41.1 de la Ley 16/2003 y del artículo 40.2 de la Ley 55/2003, contempla la gestión clínica como mérito evaluable. En la práctica, más allá del periodo mínimo de prestación de servicios, los méritos evaluables en los distintos niveles de carrera profesional suelen ser los siguientes: 1) actividad asistencial, 2) formación continuada, 3) docencia, 4) investigación, 5) compromiso con la organización y 6) gestión clínica.

Para el efectivo reconocimiento del correspondiente nivel de carrera profesional se exige haber obteniendo una puntuación mínima para el conjunto de los méritos, incluso la legislación de algunas Comunidades Autónomas exige haber puntuado en todos y cada uno de ellos. Llegados a este punto conviene destacar que, aunque el periodo de formación sanitaria especializada en Ciencias de la Salud compute como tiempo de ejercicio profesional, no siempre resulta fácil puntuar en algunos méritos, especialmente en los referidos a docencia, investigación o gestión. Por tanto, no basta con acreditar el periodo mínimo de prestación de servicios, haciendo valer para ello el tiempo de formación sanitaria especializada, si luego no se supera la evaluación de los méritos; sucede que algunos méritos solo pueden reunirse una vez transcurrido un tiempo desde la obtención de la especialidad sanitaria. Esta situación puede quedar salvada en aquellas Comunidades Autónomas donde: 1) la puntuación mínima de los méritos para obtener la evaluación positiva no es la misma en todos los niveles, sino que se incrementa conforme se progresa en la carrera profesional; y 2) no es preciso puntuar en todos los méritos y/o un mínimo en cada mérito, siendo suficiente obtener la puntuación mínima en conjunto, es decir, que sumando la puntuación de todos los méritos se alcanza la mínima exigida, pudiendo puntuar más en unos méritos que en otros, incluso sin necesidad de puntuar en todos los méritos.

El hecho de que la normativa básica estatal concrete una serie de méritos comunes que son evaluados en el sistema de carrera profesional de todos servicios de salud que integran el Sistema Nacional de Salud, permite la homologación entre servicios autonómicos de salud. El artículo 40.3 de la Ley 55/2003 dispone que la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud es la encargada de *fixar los principios y criterios generales de homologación de los sistemas de carrera profesional de los diferentes servicios de salud, a fin de garantizar el reconocimiento mutuo de los grados de la carrera, sus efectos profesionales y la libre circulación de dichos profesionales en el conjunto del Sistema Nacional de Salud.* La Resolución de 29 de enero de 2007, de la Dirección General de Recursos Humanos y Servicios Económico-Presupuestarios, publica el acuerdo por el que se fijan los criterios generales de homologación de los sistemas de carrera profesional del personal de los servicios de salud (BOE núm. 50, de 27 febrero 2007). En definitiva, el hecho de que haya unos elementos evaluables en el sistema de carrera profesional comunes a todo el Sistema Nacional de Salud permite que el grado de carrera profesional que el personal sanitario estatutario tenga reconocido en un servicio autonómico de salud pueda hacerlo valer en otro servicio distinto al que vaya a trabajar. En el reconocimiento del grado de carrera profesional, junto a los méritos comunes que son evaluados por todos los servicios de salud, hay otros específicos que son definidos por cada Comunidad Autónoma para el personal estatutario del correspondiente servicio autonómico de salud, y que no cabe invocarlos (homologarlos) en otro servicio de salud.

4. Retribución del nivel de carrera profesional alcanzado

El sistema retributivo del personal estatutario de los servicios de salud se estructura en retribuciones básicas y retribuciones complementarias (artículo 41.1 Ley 55/2003).

El grado de carrera profesional alcanzado por el personal estatutario se retribuye a través del “complemento de carrera”, que reviste naturaleza de retribución complementaria [artículo 42.3.e) Ley 55/2003]. La cuantía del complemento de carrera varía en función de la categoría profesional del personal estatutario y del nivel alcanzado, y difiere de unas Comunidades Autónomas a otras.

IX. Apunte final: el modelo de carrera profesional no es el mismo en todas las Comunidades Autónomas

A modo de apunte final merece la pena destacar, siquiera sea brevemente, la ausencia de un sistema de carrera profesional uniforme para el personal estatutario de todos los servicios de salud que integran el Sistema Nacional de Salud. Aun cuando existe una legislación básica estatal, común a todas las Comunidades Autónomas, estas desarrollan posteriormente un sistema propio de carrera profesional adaptado a las concretas circunstancias del correspondiente servicio autonómico de salud. Esto determina la existencia de diferencias entre Comunidades Autónomas al aprobar y desarrollar el modelo de carrera profesional del personal estatutario, que se centran principalmente en cinco aspectos:

- **Naturaleza del vínculo jurídico: personal estatutario fijo y personal estatutario temporal (sustituto).** La mayoría de las Comunidades Autónomas reconocen actualmente el complemento de carrera profesional tanto al personal estatutario fijo como al temporal. Sin embargo, algunas Comunidades Autónomas, las menos, siguen limitándolo al personal estatutario fijo, lo cual resulta discriminatorio. La carrera profesional es un derecho del personal estatutario sanitario tanto fijo como interino. Inicialmente, el personal estatutario sanitario fijo era el único que tenía acceso al sistema de carrera profesional, no así el personal estatutario sanitario interino. Sin embargo, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS ha reiterado que la exclusión del personal estatutario interino del sistema de carrera profesional resulta discriminatoria y contraria a la Cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada (Anexo Directiva 1999/70/CE)^[7]. Conviene subrayar que el efecto del fallo de las SSTS-CONT es meramente anulatorio del precepto del decreto autonómico que excluía del sistema de carrera profesional al personal estatutario interino de larga duración (con, al menos, cinco años de prestación de servicios). Así, siendo el fallo meramente anulatorio, la Sala no podía obligar a la Comunidad Autónoma a adoptar una norma que reconociera al personal estatutario interino el acceso al sistema de carrera profesional, ni tampoco poner remedio a los casos de lentitud de la Comunidad Autónoma en el ejercicio de su potestad normativa para regular el acceso del personal estatutario interino al sistema de carrera profesional. Así, una vez que el TS dictaminó que el personal estatutario interino tiene derecho a acceder al sistema de carrera profesional, las Comunidades Autónomas han ido reformando progresivamente, con mayor o menor celeridad, el sistema de carrera profesional del correspondiente servicio autonómico de salud para permitir el acceso al personal estatutario interino.
- **Número de niveles o grados del sistema de carrera profesional.** El sistema de carrera profesional se estructura en un concreto número de niveles o grados de carácter retribuido, que no es el mismo en todas las

Comunidades Autónomas. Unas Comunidades Autónomas lo fijan en 4 niveles y otras lo amplían a 5 niveles. Tal diferencia parte, tal y como ha quedado expuesto más arriba, de lo dispuesto en el artículo 38.1.a) de la Ley 44/2003, que fija un mínimo de cuatro niveles, con posibilidad de ampliar a un quinto nivel. La STS-CONT núm. 851/2025, que ahora se comenta, analiza el acceso al sistema de carrera profesional de una Matrona en el Servicio Canario de Salud, donde el sistema de carrera profesional se ha venido estructurando en cuatro niveles. No obstante, el pasado 17 de junio de 2025 entró en vigor el Decreto 80/2025, de 9 de junio (BO Canarias núm. 117, de 16 junio 2025), que modifica los distintos Decretos autonómicos que aprueban y desarrollan el modelo de carrera profesional en todas las categorías de personal estatutario del Servicio Canario de Salud, para implantar un nuevo nivel o grado retribuido, el quinto.

- **Categorías profesionales que cuentan con sistema de carrera profesional.** Inicialmente, el sistema de carrera profesional comenzó articulándose para el personal sanitario Licenciado de los servicios de salud, posteriormente alcanzó al personal Diplomado sanitario, y en los últimos años cada vez son más las Comunidades Autónomas que lo han extendido tanto al personal sanitario de Formación Profesional como al personal de Gestión y Servicios del correspondiente servicio autonómico de salud. No obstante, todavía hay Comunidades Autónomas que no han aprobado y desarrollado un modelo de carrera profesional para todas y cada una de las categorías de personal estatutario de los servicios de salud.
- **Valoración del ejercicio profesional y de los méritos.** Aunque la todas las Comunidades Autónomas valoran una serie de méritos comunes fijados por la normativa básica estatal (docencia, investigación, compromiso con la institución, gestión clínica), varían en el modo de valorar cada mérito individualmente y todos en su conjunto. Además, algunas Comunidades Autónomas incorporan méritos adicionales específicos. Estas diferencias pueden dificultar la homologación de los grados/niveles de carrera profesional entre los diferentes servicios autonómicos de salud que integran el Sistema Nacional de Salud.
- **Cuantía del complemento de carrera profesional.** La cuantía del complemento de carrera difiere de unas Comunidades Autónomas a otras, tanto en cada concreto nivel como en el incremento aplicado al pasar de un nivel al otro superior.

Referencias:

1. [^] *El TS ha declarado que, aunque los Médicos Internos Residentes (MIR) no tienen derecho al cobro de trienios, el periodo de formación sanitaria especializada realizado por los MIR, tanto en centros públicos como privados, computa como periodo de prestación de servicios para que el personal estatutario de los servicios de salud devengue trienios. No obstante, el TS destaca la necesidad de distinguir entre el derecho a devengar trienios y el derecho a reclamar el abono de los trienios*

devengados y no cobrados. El TD declara que el derecho al abono de atrasos por trienios devengados y no cobrados no puede retrotraerse más atrás en el tiempo de los cuatro años anteriores a la fecha de la correspondiente reclamación. Por todas, vid., STS-SOC núm. 88/2020, de 28 de enero (Recurso de casación núm. 1562/2017. ECLI:ES:TS:2020:214); STS-CONT núm. 927/2022, de 6 de julio (Recurso de casación núm. 1327/2021. ECLI:ES:TS:2022:2718); STS-CONT núm. 932/2022, de 6 de julio (Recurso de casación núm. 1678/2021. ECLI:ES:TS:2022:2713); STS-CONT núm. 1022/2022, de 18 de julio (Recurso de casación núm. 1142/2021. ECLI:ES:TS:2022:3066); y STS-CONT núm. 1705/2022, de 20 de diciembre (Recurso de casación núm. 1148/2021. ECLI:ES:TS:2022:4643).

2. ^ Por todas, vid., STS-CONT núm. 1796/2018, de 18 de diciembre (Recurso de casación núm. 3723/2017. ECLI:ES:TS:2018:4290); STS-CONT núm. 227/2019, de 21 de febrero (Recurso de casación núm. 1805/2017. ECLI:ES:TS:2019:584); STS-CONT núm. 239/2019, de 25 de febrero (Recurso de casación núm. 4336/2017. ECLI:ES:TS:2019:665); y STS-CONT núm. 1308/2021, de 3 de noviembre (Recurso de casación núm. 843/2020. ECLI:ES:TS:2021:4034).
3. ^ STS-CONT núm. 659/2025, de 29 de mayo (Recurso de casación núm. 514/2023. ECLI:ES:TS:2025:2551); y STS-CONT núm. 851/2025, de 26 de junio (Recurso de casación núm. 4119/2023. ECLI:ES:TS:2025:2957).
4. ^ Real Decreto 610/2024, de 2 de julio, por el que se establece el título de Médica/o Especialista en Medicina de Urgencias y Emergencias y se actualizan diversos aspectos en la formación del título de Médica/o Especialista en Medicina Familiar y Comunitaria (BOE núm. 160, de 3 julio 2024).
5. ^ Por todas, vid., STS-CONT núm. 97/2024, de 23 de enero (Recurso de casación núm. 8444/2021. ECLI:ES:TS:2024:417); STS-CONT núm. 510/2024, de 21 de marzo (Recurso de casación núm. 759/2022. ECLI:ES:TS:2024:1784); y STS-CONT núm. 663/2024, de 18 de abril (Recurso de casación núm. 1197/2022. ECLI:ES:TS:2024:2014).
6. ^ La situación administrativa de servicio activo comprende no solo el periodo de prestación efectiva de servicios correspondientes al nombramiento como tal o el periodo en comisión de servicios, sino también determinados periodos de inactividad, tales como vacaciones, permisos retribuidos o incapacidad temporal (artículo 63.3 Ley 55/2003).
7. ^ Por todas vid., STS, Sala Contencioso Administrativo, de 13 de junio de 2014 (Recurso de casación núm. 1846/2013. ECLI:ES:TS:2014:2887); STS-CONT núm. 1796/2018, de 18 de diciembre (Recurso de casación núm. 3723/2017. ECLI:ES:TS:2018:4290); STS-CONT núm. 227/2019, de 19 de febrero (Recurso de casación núm. 1805/2017. ECLI:ES:TS:2019:584); y STS-CONT núm. 294/2019, de 6 de marzo (Recurso de casación núm. 5297/2017. ECLI:ES:TS:2019:744).

§ 63 Al personal de una ETT en misión se le aplica la mejora de IT contemplada en el convenio colectivo de la EU: Cambio jurisprudencial.

José Fernando Lousada Arochena

Magistrado de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia. Profesor asociado de la Universidad de Coruña.

Resumen: La controversia suscitada en la STS de 25 abril 2025 (RCUD 673/2023) se ciñe a determinar si el trabajador contratado por una ETT tiene a derecho a percibir la mejora voluntaria de IT contemplada en los convenios aplicables a las EU en donde prestaba trabajo en misión. Antes de esa STS, la jurisprudencia negaba ese derecho. La STS comentada cambia la doctrina pues el trabajador sí tiene derecho al complemento de IT.

Palabras clave: Trabajo en ETT. Mejoras voluntarias de Seguridad Social.

Abstract: The controversy raised by the Supreme Court ruling of April 25, 2025 (RCUD 673/2023) concerns whether a worker hired by a temporary employment agency is entitled to receive the voluntary temporary sick leave supplement provided for in the agreements applicable to the EU countries where they performed their work assignments. Before the Supreme Court ruling, case law denied this right. The aforementioned Supreme Court ruling changes the legal doctrine, as the worker is entitled to the temporary sick leave supplement.

Keywords: Temporary employment agency work – Voluntary social security improvements.

I. Introducción

La Ley 29/1999, de 16 de julio, de modificación de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal, estableció, en el artículo 11.1 de la LETT, el derecho de “los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias tendrán derecho durante los períodos de prestación de servicios en las mismas a percibir, como mínimo, la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria, calculada por unidad de tiempo”.

Ante la cuestión de si ese derecho a la equiparación retributiva incluía las mejoras de Seguridad Social establecidas en el convenio colectivo de la EU, la jurisprudencia inicialmente lo negó justificándolo en que dichas mejoras no son retribuciones salariales.

La STS de 25 abril 2025 (RCUD 673/2023), objeto de comentario, supone un cambio radical en la jurisprudencia en la materia pues considera que al personal de una ETT en misión se le aplica la mejora de IT contemplada en el convenio colectivo de la EU.

Ciertamente, era un cambio jurisprudencial esperable a la vista de la doctrina de la STJUE de 22 febrero 2024 (C-649/2022), pero no por ello debe de pasar desapercibido.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: STS 466/2025, de 27/05/2025.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCU 673/2023.

ECLI:ES:TS:2025:2760.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro.

Votos Particulares: No.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El trabajador demandante, contratado por una ETT, fue destinado en misión a dos EU, ambas sujetas a convenios colectivos donde se establece una mejora de IT. El trabajador, en dos periodos diferentes en que estaba destinado en dichas EU, estuvo en baja médica.

Ante la negativa de la ETT de abonarle las mejoras de IT, demanda judicialmente, y el Juzgado de lo Social n.º 10 de Bilbao, en Sentencia 317/2022, de 5 de julio, estima parcialmente la demanda, al apreciar prescripción de una parte de lo reclamado.

La STSJ/País Vasco de 20 de diciembre de 2022 (Rec. Sup. 2322/2022) desestima el recurso interpuesto por la empresa y confirma la sentencia dictada en la instancia.

Frente a la STSJ/País Vasco, la empresa recurre en casación para la unificación de doctrina, alegando como de contraste la STJUE Cataluña de 27 mayo 2022 (Rec. Sup. 334/2022) que confirma la sentencia dictada por el JS que desestimó la demanda.

IV. Posición de las partes

La representación letrada de empresa ha formulado recurso de casación para la unificación de doctrina con fundamento en el artículo 11 de la LETT. Solicita que se case y anule la sentencia recurrida al infringir la legalidad aplicable y la jurisprudencia del TS.

El letrado del actor ha presentado escrito de impugnación donde insta la inadmisión al no concurrir la triple identidad con la sentencia de contraste, y defiende la argumentación de la sentencia recurrida atendiendo al artículo 11 de la LETT y la normativa europea.

La representante del Ministerio Fiscal en su informe considera que concurre contradicción y que el artículo 11 y la doctrina de la Sala no ha cambiado en 2020 y 2021.

V. Normativa aplicable al caso

— Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008 relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, artículo 5.1.

— Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, artículo 11.1, en la redacción aplicable al caso derivada de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

VI. Doctrina básica

Se reconoce el derecho de una persona trabajadora contratada por una ETT a percibir la mejora voluntaria de IT que contemplaban los convenios aplicables a las EU en las cuales había prestado servicios en misión al amparo de contratos de puesta a disposición.

VII. Parte dispositiva

(1) Desestimar el recurso de casación para la unificación en nombre y representación de la empresa ADECCO TT SA ETT. (2) Confirmar y declarar la firmeza de la sentencia 2672/2022 dictada por la Sala de lo Social del TSJ/País Vasco de 20 de diciembre, en el recurso de suplicación 2322/2022 interpuesto frente a la sentencia del JS 10 de Bilbao de 5 de julio de 2022, en autos 908/2021. (3) Declarar la pérdida del depósito constituido para recurrir. (4) Condenar en costas a la mercantil recurrente en cuantía de 1.500 euros.

VIII. Pasajes decisivos

“A la vista de lo anterior consideramos que la propia evolución normativa ya había puesto de relieve que nuestra doctrina unificada había quedado privada de soporte y que era preciso acomodarla al tenor tanto de la propia Ley 14/1994 cuanto de la Directiva. En todo caso, la sentencia dictada un año atrás por el Tribunal de Luxemburgo ha venido a despejar cualquier duda que pudiera subsistir al respecto. De esta manera resulta que:

A) Dentro del concepto de «condiciones esenciales de trabajo y empleo» de nuestro art. 11 de la LETT y del art. 5 de la Directiva queda comprendida la remuneración que la persona cedida debe percibir.

B) El concepto de remuneración ha de ser interpretado de forma amplia por lo que debe incluir también las mejoras voluntarias que puedan contemplar los convenios de las empresas usuarias.

C) Resulta evidente que si el actor hubiera sido contratado directamente por la empresa usuaria habría percibido esa mejora en caso de incapacidad temporal.

D) Solo con el reconocimiento de esa mejora se garantiza la igualdad de trato con trabajadores en las mismas condiciones de la empresa usuaria cumpliéndose así con la finalidad perseguida por la Directiva comunitaria y el tenor actual de nuestra Ley 14/1994.

E) No existen en el caso de autos elementos que permitan afirmar que paralelamente el trabajador ha tenido algún tipo de ventajas compensatorias.

F) A estos efectos ninguna diferencia se observa entre la incapacidad permanente del caso del TJUE y la temporal del presente ya que en ambos se trata de compensar al trabajador por la pérdida de ingresos resultante de esa inhabilitación para ejercer su profesión habitual”.

IX. Comentario

Momento es de recordar el concepto, potenciado desde la Unión europea, de la flexiseguridad en la regulación de las condiciones de trabajo según el cual se buscaba encontrar un equilibrio entre una flexibilidad favorecedora de la gestión empresarial y una seguridad en los derechos de las personas trabajadoras. Objetivo nada fácil de conseguir.

Entre las medidas de flexibilidad, se encontraba la normalización de empresas de trabajo temporal, que, en nuestro país, vino de la mano de la Ley 14/1994, de 1 de junio.

Pero la seguridad no se implantó tan pronto como la flexibilidad ni en nuestro derecho ni en el de la Unión europea. De hecho, la redacción originaria del artículo

11.1 de la LETT remitía, para la retribución del personal en misión de la ETT, al convenio colectivo de la ETT, y solo en su defecto al de la EU. Fue la Ley 29/1999, de 16 de julio, de modificación de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal, la que estableció la equiparación del personal de la ETT en misión con el personal directamente contratado por la EU en relación con “la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria”.

Bajo la vigencia de esta regulación es cuando la jurisprudencia entendió que el término “retribución” no incluía las mejoras de la Seguridad Social: SSTS de 18 marzo 2004 (RCUD 23/2023), de 7 febrero 2007 (RCUD 104/2005) y de 22 enero 2009 (RCUD 4262/2007).

Desde esas sentencias se produjeron más cambios normativos en la línea de más seguridad. La Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008 relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, en su artículo 5.1, extiende la exigencia de igualdad del personal de la ETT en misión con el personal directamente contratado por la EU a todas “las condiciones esenciales de trabajo y de empleo”. Y, en su trasposición, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, reformó el artículo 11.1 de la LETT para, manteniendo la referencia a la equiparación de todas las retribuciones económicas, añadir que la equiparación incluía a todas “las condiciones esenciales de trabajo y de empleo”.

Los vientos soplaban hacia una total equiparación. Y el golpe de gracia, en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el TSJ/País Vasco, lo dio la STJUE de 22 febrero 2024 (C-649/2022), según la cual la Directiva 2008/104/CE se opone a una normativa nacional, interpretada por la jurisprudencia nacional, en virtud de la cual la indemnización a la que tienen derecho los trabajadores cedidos por ETT en caso de incapacidad permanente total para ejercer su profesión habitual derivada de un accidente de trabajo acaecido en la EU, incapacidad que ha tenido como consecuencia la extinción de su relación de trabajo con la ETT, es de un importe inferior al de la indemnización a la que dichos trabajadores tendrían derecho, en la misma situación y por el mismo motivo, si hubiesen sido contratados directamente por la EU para ocupar el mismo puesto durante el mismo período de tiempo.

El Tribunal de Luxemburgo, fiel a su jurisprudencia sobre el concepto amplio de retribución (manteniendo en otros ámbitos de aplicación del principio de igualdad, y muy significativamente, la igualdad de trato entre hombres y mujeres), entendió que, aunque la mejora voluntaria no se abone directamente como contrapartida de una prestación laboral realizada por un trabajador cedido por una ETT, constituye una gratificación en dinero que, por un lado, viene concedida indirectamente por el empresario al trabajador en razón del empleo de este último en la medida en que está prevista por un convenio colectivo aplicable a la relación laboral y, por otro lado, se abona a dicho trabajador con la finalidad de compensar la pérdida de ingresos resultante de la incapacidad de este para ejercer su profesión habitual, de modo que tiene por objeto garantizarle una fuente de ingresos.

Con estas argumentaciones, el TS estaba compelido al cambio de su jurisprudencia, y eso es lo que efectivamente ha hecho en la STS de 25 abril 2025 (RCUD 673/2023). Resulta significativo el razonamiento final dado en ella para el cambio de su jurisprudencia: “A estos efectos ninguna diferencia se observa entre la incapacidad permanente del caso del TJUE y la temporal del presente ya que en ambos se trata de compensar al trabajador por la pérdida de ingresos resultante de esa inhabilitación para ejercer su profesión habitual”.

X. Apunte final

Más de treinta años después de su implantación legal, las ETT se han normalizado en nuestro mercado laboral y, sin embargo, aún hay mucho campo para la mejora de las condiciones de empleo de su personal en misión. La Sentencia objeto de nuestro

comentario se sitúa en este camino hacia una equiparación plena entre el personal en misión de la ETT con el personal de la EU en la cual se encuentran prestando servicios.

§ 64 ¿Constituye accidente de trabajo in itinere la caída por resbalón al salir del domicilio para dirigirse al puesto de trabajo?

Belén García Romero

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

Resumen: *Determinación de contingencia. Se trata de determinar si constituye o no un accidente de trabajo in itinere el accidente consistente en un resbalón y una caída, ocurrido al salir del domicilio para dirigirse al puesto de trabajo.*

Palabras clave: *Accidente de trabajo in itinere. Caída al salir del domicilio. Determinación de contingencia.*

Abstract: *Determination of contingency. The issue is to determine whether or not an accident consisting of a slip and fall that occurred while leaving home to go to work constitutes a work-related accident.*

Keywords: *Work-related accident while commuting. Fall upon leaving home. Determination of contingency.*

I. Introducción

Es suficientemente conocido que el artículo 156 de la LGSS (Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la LGSS), tras establecer en su punto 1 el concepto de accidente de trabajo, realiza después una serie de inclusiones expresas para dar cabida en dicha contingencia a una serie de supuestos que no son materialmente accidente de trabajo. Entre ellos se incluye el conocido como accidente de trabajo *in itinere* (artículo 156.2 a) LGSS).

Existe un amplio consenso jurisprudencial, científico y doctrinal acerca de que el accidente "in itinere" debe estar motivado única y exclusivamente por el desarrollo de la relación laboral, es decir, su causa ha de residir en el inicio o finalización de los servicios (elemento teleológico). Además, se exigen otros requisitos, tales como el cronológico, el topográfico y el mecánico, así como también la corrección de la actitud y un comportamiento no temerario del trabajador.

En el presente caso el único motivo en discusión se centra en determinar si debemos considerar accidente "in itinere" aquel supuesto en que la persona accidentada ya ha iniciado su desplazamiento al centro de trabajo, pero todavía no ha salido a la vía pública encontrándose en la zona intermedia entre la vivienda propiamente dicha y la salida de su jardín, más concretamente en el porche de su casa unifamiliar.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: STS-SOC núm. 522/2025, de 2 de junio de 2025.

Tipo y número recurso o procedimiento: Unificación de doctrina, RCUd núm. 813/2023.

ECLI:ES:TS:2025:2817.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Félix Vicente Azón Vilas.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Problema suscitado

En el presente litigio se plantea un problema de determinación de la contingencia. Concretamente, se cuestiona si el accidente producido, consistente en resbalón y caída, cuando se está saliendo del domicilio para dirigirse al puesto de trabajo merece la calificación de accidente de trabajo “in itinere”.

2. Hechos y antecedentes

- El actor, con la categoría profesional de Encargado de obra en la mercantil codemandada, y que comenzaba su jornada de trabajo a las 8 de la mañana, sufrió una caída sobre las 7:30 horas del día 8 de marzo de 2018.
- El accidente se produjo cuando al salir por el portal de su vivienda resbala en los escalones de salida y cae al suelo, motivo por el que inició proceso de IT por contingencias comunes.
- Iniciado expediente de determinación de contingencia se dictó resolución por el INSS declarando el carácter de accidente no laboral de la IT en cuestión, en virtud de informe médico del EVI.
- El beneficiario tiene su domicilio en una vivienda unifamiliar. El accidente se produce cuando se dispone a salir hacia el trabajo, cayendo por las escaleras de su casa dentro de su finca sin haber salido al exterior.

3. Sentencias recaídas en el procedimiento

- La sentencia núm. 99/2021 dictada por el Juzgado de lo Social de núm. 1 de Murcia, con fecha de 26 de marzo de 2021, desestimó la demanda presentada por el trabajador accidentado contra el INSS, la TGSS, el Servicio Murciano de Salud (SMS), la Mutua Ibermutuamur y la Empresa Unión de Desarrollos y Proyectos Grupo empresarial SL., por Proceso de Determinación de Contingencia, absolviendo a la demandada de las peticiones deducidas en su contra.
- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Murcia dictó sentencia con fecha de 5 de julio de 2022, que revoca la sentencia de instancia y, con estimación de la demanda, declaró que el accidente sufrido por el actor el 8 de marzo de 2018, debe ser considerado accidente de trabajo “in itinere”.
- Contra la anterior sentencia, la representación de Ibermutua, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social número 274, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la Sentencia de la Sala de lo Social

del TSJ de Galicia, dictada en sede del Recurso de Suplicación 909/2015, en número de Autos de Seguridad Social 855/2014, y asimismo con la sentencia del mismo Tribunal núm. 1217/2028, de 29 de abril, dictada en el Recurso de Suplicación 1211/2005, en Autos de Seguridad Social 857/2004.

4. Análisis de la contradicción

En el análisis de contradicción recogido en el fundamento de Derecho segundo de la sentencia comentada, se pone de manifiesto lo siguiente:

- En la sentencia recurrida el accidente se produjo cuando al salir por el portal de su vivienda unifamiliar resbala en los escalones de salida y cae por las escaleras de su casa al suelo dentro de su finca sin haber salido al exterior, cuando se dispone a dirigirse a su puesto de trabajo. La sentencia de suplicación entiende que nos encontramos ante el supuesto previsto en el artículo 156.2.a) de la LGSS y lo califica como accidente de trabajo “*in itinere*”, basándose en que “el actor ha iniciado el trayecto para dirigirse al trabajo, por lo que concurren tanto el elemento temporal como topográfico, (...) aunque lo fuese en el interior de su parcela individual y no en el exterior de la misma, pero habiéndose abandonado la vivienda”.
- En la sentencia de contraste, el trabajador demandante al salir de la puerta de su casa- vivienda unifamiliar con finca y jardín, resbaló en el porche, cayendo sobre el hombro derecho. En la citada sentencia se razona que “el accidente del trabajador acontece cuando sale de la puerta de su casa, en el porche, no ha abandonado la vivienda habitual, su propiedad, compuesta de finca y jardín, que es consustancial a la vivienda y sirve para identificarla y en consecuencia no puede afirmarse que transitara por un lugar de libre acceso para cualquier persona, no ha salido de su domicilio; no ha llegado a su medio de transporte habitual (a coger el coche), no se ha puesto en marcha y, por tanto, no llegó a iniciar parte del trayecto” y concluye que no se trata de un accidente de trabajo.

Es evidente que existe una manifiesta contradicción entre ambas sentencias, en tanto que sobre hechos prácticamente idénticos se alcanzan conclusiones opuestas: en efecto, en ambos casos se trata de accidentes que se producen en viviendas unifamiliares cuando los respectivos accidentados están saliendo de su respectiva vivienda para dirigirse a su puesto de trabajo, y una sentencia entiende que estamos ante un accidente de trabajo “*in itinere*” y la otra que se trata de un accidente no laboral.

IV. Posición de las partes

La parte recurrente – La Mutua Ibermutuamur- plantea que la interpretación que realiza la Sala de Suplicación del TSJ de Murcia ampliando extraordinariamente el concepto de domicilio llevaría a que cualquier accidente sufrido dentro del mismo cuando se está preparando para ir al trabajo tendría la calificación de contingencia profesional, mientras que a su modo de ver debemos entender que “para apreciar accidente laboral *in itinere*, entre los que se encuentra el haber comenzado el trayecto al trabajo, es necesario haber abandonado el domicilio”.

El escrito de impugnación de la parte recurrida- el trabajador accidentado- reitera lo que considera los elementos básicos del concepto de accidente de trabajo “*in itinere*” y entiende que en el presente caso concurren los mismos, citando algunas sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

El Ministerio Fiscal se centra en su informe en el análisis de si “las escaleras del portal del inmueble en el que radica el domicilio del trabajador constituyen parte del

trayecto que recorre éste hasta el lugar de trabajo, a los efectos del denominado “accidente in itinere” o si, por el contrario, dicho trayecto solo se inicia una vez que se accede a la vía pública”. Cita la STS de 26 de febrero de 2024 (rcud. 1328/2007), y concluye que “en este caso no hay duda alguna de que el accidentado realizaba el trayecto con la finalidad de ir al trabajo, de cuanto debe deducirse que se produjo el accidente “in itinere”, y solicita la desestimación del recurso.

V. Normativa aplicable al caso

La resolución del presente recurso tan solo exige el examen del artículo 156.2.a) LGSS, que dispone que “Tendrán la consideración de accidentes de trabajo: a) Los que sufra el trabajador al ir o volver del lugar de trabajo”.

VI. Doctrina básica

1. Requisitos jurisprudenciales del accidente de trabajo “in itinere”

Como se pone de manifiesto en el fundamento jurídico cuarto de la Sentencia glosada, existe un consenso jurisprudencial, doctrinal y científico en el sentido de que el accidente “in itinere” debe estar motivado única y exclusivamente por el desarrollo de la relación laboral. Es decir, que la finalidad del viaje (elemento teleológico) ha de residir en el inicio o finalización de los servicios. Además, se viene exigiendo la concurrencia de otros elementos o requisitos para apreciar la laboralidad del accidente. Así, el requisito cronológico que se traduce en que el accidente debe ocurrir en el momento inmediato o razonablemente próximo a las horas de entrada y salida del trabajo. También existe un requisito topográfico, que significa que el accidente debe producirse cuando se utiliza un trayecto habitual entre el domicilio y el centro de trabajo, que no tiene por qué ser el más corto, pero sí el habitual; y es relevante señalar que el riesgo se produce desde el momento de la entrada o salida del domicilio, por lo que si este se encuentra en un piso el accidente puede ocurrir en la propia escalera o en el ascensor. Otro aspecto a tener en cuenta es el medio utilizado para el desplazamiento, que ha de ser razonable y adecuado a la realidad social (requisito mecánico), pudiendo ser a pie o mecánico, sea público o privado, e incluso el facilitado por la empleadora, circunstancia que no impide que se considere accidente “in itinere” el que se produce sin usar el transporte empresarial cuando se haya dado libertad para ello. Por último, es importante que el comportamiento de la persona accidentada no haya supuesto un comportamiento equivalente a la imprudencia temeraria, y no considerándose tal la infracción de algunas normas del código de circulación.

2. Extensión del concepto de domicilio, según se trate de una vivienda unifamiliar o de un apartamento en un bloque de pisos

Respecto de la extensión del concepto de domicilio, la jurisprudencia ha distinguido los casos en que se habita en una vivienda unifamiliar de aquellos otros en que se reside en un apartamento en un bloque de pisos, existiendo entonces unas zonas comunes utilizables por todos los propietarios para entrar al piso propio desde la calle o bien para salir a ella desde el mismo.

En este sentido, la STS-SOC de 26/02/2008, rcud 1328/2007, considera que “cuando el trabajador desciende de las escaleras del inmueble en el que se ubica su vivienda ya no está en el espacio cerrado, exclusivo y excluyente para los demás, constitucionalmente protegido, sino que ya ha iniciado el trayecto que es necesario recorrer para ir al trabajo, transitando por un lugar de libre acceso para los vecinos y susceptible de ser visto y controlado por terceras personas ajenas a la familia”. En definitiva, es accidente “in itinere” cuando ya ha salido de su vivienda propia y transita espacios comunes sobre los que no tienen capacidad propia y exclusiva de mantenimiento y cuidado, sino que los tienen la comunidad de propietarios o vecinos.

En otras sentencias el Tribunal Supremo ha tenido que resolver el problema de calificación como accidente de trabajo “in itinere” el que tiene lugar al salir el trabajador

de su casa, siendo esta una vivienda unifamiliar, con soluciones diferentes, según se trate o no de una propiedad vallada o protegida.

Así, de un lado, en la STS de 14 de febrero de 2011 (rcud 1420/2010), aunque el accidente se produce antes de que el trabajador abandonara su propiedad no cerrada con valla u otro tipo de protección, la Sala estima que concurren todos los elementos requeridos por la jurisprudencia, porque cuando tuvo lugar el accidente el trabajador ya había dejado atrás su domicilio o vivienda (entendida como espacio personal y privado) y por otra parte ya había iniciado el trayecto que normalmente le conducía al centro de trabajo, haciendo uso de un medio de transporte idóneo (la motocicleta), que habitualmente utilizaba a esa hora para su desplazamiento al lugar de prestación de servicios. En otras palabras, aunque el accidente se produce dentro del recinto de la vivienda unifamiliar, se da la circunstancia de que ya había tomado la motocicleta con clara intención de dirigirse al trabajo, como hacía cada día.

De otro lado, la STS 200/2018 (rcud 1647/2016) analiza otro supuesto de accidente producido al abandonar su vivienda unifamiliar, en este caso dotada de finca y jardín. El accidente se produce en concreto cuando el trabajador sale de la puerta de su casa, resbala y cae en el porche. La Sala considera que como la vivienda está compuesta por finca y jardín, cuando sucede el accidente el trabajador aun no transita por un lugar libre de acceso para cualquier otra persona (escaleras comunitarias, garaje compartido con otros vecinos o el recinto cerrado común a varias edificaciones), ni ha llegado siquiera a coger su coche (su medio de transporte habitual), sino que acaece en una zona de su exclusiva titularidad.

VII. Parte dispositiva

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

1. Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por María del Mar Calabria Pérez, en representación de Ibermutuamur, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social número 274.

2. Casar y anular la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia 751/2022, de 05/07/2022 (recurso 555/2021).

3. Resolver el recurso de suplicación interpuesto por la parte actora en el sentido de acordar su desestimación y confirmar la sentencia de 26 de marzo de 2021 dictada por el Juzgado de lo Social (procedimiento 328/2019).

4. Sin condena al pago de costas.

VIII. Pasajes decisivos

Los pasajes más relevantes en la resolución del presente recurso de casación para la unificación de doctrina se encuentran en los últimos párrafos del F.J. 4º:

A la vista de los hechos concurrentes y de la doctrina expresada nos encontramos que existen elementos fácticos que pueden llevar a la conclusión de que nos encontramos, o no, ante un accidente de trabajo in itinere, según otorguemos más importancia al elemento teleológico o al elemento geográfico. En efecto de dar mayor peso al elemento geográfico, resultaría evidente que el accidentado no ha abandonado su domicilio, como espacio de su propiedad en el que legalmente disfruta del derecho a la intimidad y a su inviolabilidad, (...) el inicio del camino al centro de trabajo debe ser situado en el momento en que abandona su propiedad, su porche o jardín, y llega a la vía pública (...). Por el contrario, de dar mayor relevancia al elemento teleológico, resulta evidente que en el momento que se abandona la vivienda en sentido estricto, como espacio de intimidad material real, y se inicia el desplazamiento por más que sea dentro de su propio jardín o porche, resulta obvio que se ha iniciado el camino hacia el

centro de trabajo y este hecho determina que nos encontremos ante una contingencia profesional.

Parece evidente que deberá analizarse cada caso concreto para alcanzar la conclusión pertinente, resultando difícil establecer criterios generales cerrados.

No obstante, con carácter general cabe entender que el accidente que se produce dentro de la vivienda unifamiliar, (...), no podrá ser considerado como accidente in itinere en la medida en la que no ha salido a la vía pública, punto geográfico éste en el que no tiene ninguna capacidad de intervención para minimizar dicho riesgo. Por el contrario, de existir circunstancias excepcionales podrá alcanzarse diferente decisión, si bien en tal caso deberá quedar suficientemente acreditada la circunstancia excepcional que implique la consideración de accidente de trabajo in itinere dentro de la vivienda unifamiliar propia. En definitiva, el criterio espacial primará para este tipo de supuestos fácticos salvo que el criterio teleológico sea tan relevante que pueda llevar a conclusión contraria.

IX. Comentario

El accidente de trabajo "in itinere" es el que se produce "al ir o volver del lugar de trabajo" (art. 156.2ª) LGSS). Ahora bien, mientras que "el término lugar de trabajo no suele presentar problemas de determinación" (STS-SOC 26/02/2008, rcud. 1328/2007), el otro punto de salida o de llegada queda sin precisar por el legislador y la jurisprudencia lo ha identificado como el domicilio del trabajador, término este que sí suscita problemas de determinación en la práctica, aunque está claro que el que está todavía en el domicilio, antes de salir o después de entrar en él, no está en el trayecto protegido y, por lo tanto, lo que suceda en su interior no es accidente "in itinere".

Ahora bien, en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, el único motivo en discusión se centra en determinar si debemos considerar accidente "in itinere" aquel supuesto en que la persona accidentada ya ha iniciado su desplazamiento al centro de trabajo, pero todavía no ha salido a la vía pública encontrándose en la zona intermedia entre la vivienda propiamente dicha y la salida de su jardín, más concretamente en el porche de su casa unifamiliar.

El problema fundamental "en este caso estriba en la extensión que se dé al concepto de domicilio, teniendo en cuenta que puede estar constituido por una vivienda unifamiliar o bien por un apartamento en un bloque de pisos, existiendo entonces unas zonas comunes utilizables por todos los propietarios para entrar al piso propio desde la calle o bien para salir a ella desde el mismo".

En este supuesto, el trabajador accidentado tiene su domicilio en una vivienda unifamiliar. El accidente se produce cuando se dispone a salir hacia el trabajo, cayendo por las escaleras de su casa dentro de su finca sin haber salido al exterior.

A la vista de los hechos concurrentes y de la doctrina expresada en su F.J. 4º, la Sala considera que existen elementos fácticos que pueden llevar a la conclusión de que nos encontramos, o no, ante un accidente de trabajo "in itinere", según otorguemos más importancia al elemento teleológico o al elemento geográfico. Así, de dar mayor importancia al criterio geográfico, puesto que el accidentado no ha abandonado su domicilio, como espacio de su propiedad en el que disfruta del derecho a la intimidad y a su inviolabilidad, no nos encontramos ante un accidente de trabajo. Es decir, aplicando este elemento, el inicio del camino al centro de trabajo debe ser situado en el momento en que abandona su propiedad, su porche o jardín y llega a la vía pública (todo ello a no ser que concurren otros elementos como los de la sentencia 200/2028, en la que el accidentado ya llevaba en sus manos la motocicleta). Por el contrario, de dar mayor relevancia al requisito teleológico, resulta evidente que en el momento en que se abandona la vivienda en sentido estricto, como espacio de intimidad material real, y se inicia el desplazamiento por más que sea dentro de su propio porche o jardín, resulta obvio que se ha iniciado el camino hacia el centro de trabajo y este hecho determina que nos encontremos ante una contingencia profesional.

Para el Alto Tribunal resulta difícil establecer criterios generales cerrados, siendo necesario analizar cada caso concreto para alcanzar la conclusión pertinente.

No obstante, concluye que, salvo que concurren circunstancias excepcionales, cabe entender que el accidente que se produce dentro de la vivienda unifamiliar, cuya obligación de mantenimiento y cuidado recae en la persona accidentada o en sus allegados, no puede ser calificado como laboral, en la medida en que no ha salido a la vía pública.

En definitiva, para la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el criterio espacial primará en este tipo de supuestos fácticos, salvo que el elemento teleológico sea tan relevante que pueda llevar a la conclusión contraria.

Aplicando dicha doctrina al supuesto analizado, concluye que el accidente no puede ser calificado como “in itinere”, en la medida en que se encontraba aun dentro del espacio de su vivienda unifamiliar y no concurren circunstancias excepcionales que puedan llevar a dejar en un segundo término de valoración la cuestión geográfica.

X. Apunte final

Una vez más se pone de manifiesto el casuismo imperante en la calificación de los accidentes “in itinere” y que la decisión que se adopte dependerá del mayor o menor peso que se otorgue al elemento teleológico sobre los restantes criterios jurisprudenciales.

De acuerdo con la sentencia analizada, será menos complicado apreciar la existencia de accidente de trabajo “in itinere” en supuestos en que el trabajador vive en un apartamento en un bloque de pisos y el accidente se produce en zonas comunes (garaje, portal o escaleras comunitarias o recinto cerrado común a varias edificaciones). En cambio, cuando la vivienda es unifamiliar y el accidente se produce al salir del domicilio, pero antes de llegar a la vía pública, la preeminencia que se atribuye en estas circunstancias al elemento espacial llevará a descartar en la mayoría de los casos la consideración de estos incidentes como de trabajo. Solo si el elemento teleológico es muy relevante (por ejemplo, inicio del desplazamiento con un vehículo, aun dentro de su propio jardín), podrá alcanzarse la solución contraria.

§ 65 La imposición de sanciones por el empresario en el ámbito laboral; tipicidad y benevolencia.

Luisa María Gómez Garrido

Magistrada del Tribunal Supremo.

Resumen: *En el ejercicio de su potestad sancionadora, el empresario se encuentra estrictamente vinculado por el principio de tipicidad en la calificación de las infracciones cometidas por la persona trabajadora. Pero le ampara la facultad de imponer una sanción de entidad inferior a las previstas para la infracción cometida, de manera que la decisión así adoptada no puede ser calificada como nula.*

Palabras clave: *Potestad sancionadora. Calificación. Tipicidad. Proporcionalidad. Benevolencia.*

Abstract: *Dans l'exercice de son pouvoir disciplinaire, l'employeur est strictement tenu de respecter le principe de proportionnalité pour qualifier les infractions commises par le travailleur. Il est toutefois en droit d'infliger une sanction moins lourde que celle prévue pour l'infraction commise, de sorte que la décision ainsi adoptée ne peut être annulée.*

Keywords: *Pouvoir disciplinaire. Qualification. Incrimination. Proportionnalité. Bienveillance.*

I. Introducción

El Tribunal Supremo decide que una empresa, tras calificar correctamente la infracción cometida por una trabajadora, teniéndola como muy grave, puede imponer una sanción correspondiente a las faltas graves y, por ello, más leve que la que hubiera correspondido inicialmente, lo cual impide la calificación de nulidad de la sanción, como se pretendía por la representación de la trabajadora. En la decisión comentada se conecta el principio de tipicidad y proporcionalidad que rige la potestad sancionadora de la empresa, con una facultad asociada que no puede calificarse sino como del ejercicio de la benevolencia en beneficio de la persona trabajadora, y de la cual no se deriva ningún tipo de perjuicio o condicionamiento para la misma.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala IV del Tribunal Supremo.

Número de sentencia y fecha: sentencia núm. 559/20025, de 10 de junio.

Tipo y número recurso o: RCUd núm. 3011/2023.

ECLI:ES:TS:2025:2991.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Manuel San Cristóbal Villanueva.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. La trabajadora demandante y luego recurrente, trabajaba como oficial de primera en una lavandería.

El día 13 de diciembre de 2021 la persona responsable a tal efecto intentó entregar a la trabajadora el cuadrante anual, rehusando esta la recepción y firma de dicho cuadrante, a la vez que profería la siguiente expresión: «No pienso firmarlo hasta que esté firmado por el hijo de la gran puta que esté sentado en el despacho», por referencia al responsable de distribución, que no se encontraba presente en ese momento.

Igualmente, el día 27 de diciembre de 2021, la trabajadora se dirigió a un compañero diciendo que el mencionado encargado de distribución del centro era el responsable de la muerte de un trabajador, haciendo uso de la expresión «es un asesino». En este caso el interpelado estaba presente en ese momento.

Como consecuencia de tales hechos, la empresa comunicó a la trabajadora el día 11 de febrero de 2022 la imposición de sanción por falta muy grave, calificada de acuerdo con el art. 35 del Convenio Colectivo de tintorerías y lavanderías de la comunidad autónoma de Madrid, que tipifica como tal «los malos tratos de palabra u obra o falta grave de respeto y consideración a las personas trabajadoras».

A pesar de la calificación como infracción muy grave, para la que el convenio preveía, entre otras, una sanción de suspensión de empleo y sueldo de once días a dos meses, la empresa impuso una sanción de suspensión de empleo y sueldo de dos días, correspondiente, a tenor del art. 37 del convenio colectivo ya reseñado, a las faltas graves, con un abanico de entre dos a diez días de suspensión de empleo y sueldo.

2. La trabajadora sancionada presentó demanda impugnando la decisión empresarial, dictándose sentencia de 30 de junio de 2022 por el Juzgado de lo Social número 23 de Madrid que desestimó íntegramente la demanda, por considerar que la falta de adecuación entre la sanción impuesta a la baja y la calificación de la infracción no suponía transgresión del principio de legalidad.

Recurrida en suplicación la referida sentencia de instancia por la trabajadora sancionada, mediante sentencia del TSJ de Madrid de 3 de mayo de 2023 se desestimó la suplicación presentada, considerando que el principio gradualista y de proporcionalidad permiten a la empresa moderar o atemperar la sanción incluso acudiendo a las correspondientes a otras infracciones de menor gravedad^[1].

Finalmente, la trabajadora sancionada presentó frente a la sentencia del TSJ de Madrid, recurso de casación para la unificación de doctrina, que es el resuelto en la sentencia ahora comentada.

IV. Posición de las partes

Aunque no consta de manera expresa el contenido de sus respectivas posiciones, tanto la empresa como el Ministerio Fiscal sostuvieron en el seno de la casación unificadora que el recurso debía desestimarse, considerando que la doctrina correcta era la contenida en la sentencia recurrida, y no en la de contraste, la del TSJ del País Vasco de 9 de julio de 2019 (rec. 1188/2019), que declaró nula la decisión de la empresa de imponer una sanción correspondiente a una infracción grave, cuando la cometida se había calificado como muy grave.

En el caso considerado la posición más llamativa es, sin duda, la de la trabajadora recurrente, que pretende la declaración de nulidad de la sanción impuesta por entender que debió ser la superior prevista para las infracciones muy graves, y no la más liviana correspondiente a las infracciones graves. Para ello se intenta hacer valer los principios de legalidad y tipicidad, entendiendo que si se hubiera impuesto una sanción más grave la sanción habría sido confirmada judicialmente, de forma tal que al haberse sancionado de manera mucho más leve la sanción debería anularse.

El propio Tribunal Supremo constata que se trata de un aparente contrasentido, que había motivado decisiones dispares entre los diversos Tribunales Superiores de Justicia, con la consecuencia de que el asunto considerado tuviera «una relevancia o interés general superior a la importancia nominal de la cuestión de fondo planteada (revocar o no una suspensión de empleo de sólo dos días)».

V. Normativa aplicable al caso

Arts. 24 y 25 de la CE.

Art. 58 del ET.

Arts. 33, 35 y 36 del convenio colectivo de Tintorerías y Lavanderías de la Comunidad de Madrid,

Arts. 114 y 115 de la LRJS.

VI. Doctrina básica

El Tribunal Supremo realiza tres bloques de consideraciones teóricas que respaldan su decisión.

A.- En primer lugar, se refiere al poder disciplinario del empresario reconocido en el art. 58 del ET, con fundamento en la facultad de dirección y control consagrado a su vez en el art. 20 del ET. Se trata, en definitiva, de la atribución de un poder sancionador en el ámbito de las relaciones privadas que debe someterse, ya no solo a principios de legalidad, tipicidad y proporcionalidad, sino al control judicial en el caso de impugnación por parte de las personas trabajadoras afectadas por la decisión empresarial, por el cauce de los arts. 114 y ss. de la LRJS.

La sentencia comentada recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la facultad disciplinaria y sancionadora de los empleadores, aludiendo, de un lado, a la superioridad en la que ello sitúa a la empresa y, de otro, a las consecuencias de toda índole que pudiera derivarse para las personas trabajadoras, tanto por lo que se refiere a su modo de vida, como a las repercusiones indeseables sobre su estatuto jurídico. Esta situación de base es la que reclama la aplicación de aquellos principios y garantías, con la finalidad de predecir con el grado de certeza necesario las conductas constitutivas de infracción y las consecuencias de su comisión. De esta manera, la tipificación de infracciones y sanciones incluye no solo la descripción de las conductas sancionadas, sino también la concreta graduación de las sanciones imponibles.

Por cierto, que la resolución comentada cita la STC 125/1995, de 24 de julio, que contiene una mención a la eventual aplicación de la presunción de inocencia en el ámbito de las relaciones laborales, en relación con una doctrina ya superada por el propio TC. Aludiremos a esta cuestión más adelante con ánimo de aclarar el estado actual de la cuestión.

B.- Acto seguido, el Tribunal se refiere a la exigencia de que exista una estricta correspondencia o congruencia entre la infracción cometida y la sanción impuesta, y constata que tal criterio de garantía tiene su natural aplicación al caso de que la empresa imponga una sanción superior a la que correspondería a la gravedad de la falta cometida, pero resulta insuficiente cuando se trata, como es el caso, del supuesto inverso, esto es, que la sanción sea inferior a la prevista inicialmente para la infracción considerada.

De igual modo, el Tribunal recuerda su constante criterio en el sentido de que, una vez comprobada la corrección de la calificación de la falta efectuada por el empresario, el órgano judicial no puede rectificar la sanción impuesta e imponer otra distinta, y ello porque si la empresa ha actuado correctamente, la rectificación de su criterio descalifica el cuadro normativo sancionador.

Partiendo de esta base, la resolución comentada concluye que en el ejercicio de su potestad sancionadora que, además, tiene una base contractual, el empresario puede optar por una condonación total o parcial del castigo, esto es, puede realizar un acto de benevolencia.

A tal efecto, se recuerda igualmente que, en el ámbito sancionador administrativo, el art. 29.4 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público establece: «Cuando lo justifique la debida adecuación entre la sanción que deba aplicarse con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes, el órgano competente para resolver podrá imponer la sanción en el grado inferior». Con lo que se opta por atribuir a la administración un margen más amplio para ponderar las circunstancias y elegir una sanción más idónea en cada caso.

C.- Finalmente, el Tribunal responde a dos reparos planteados por la recurrente. En primer lugar, señala que la situación valorada no afecta en nada a las garantías de la persona trabajadora, en cuanto la empresa debe cumplir con las aplicables a cada tipo de falta según su gravedad, incluido cuanto afecta al transcurso prescriptivo del tiempo, que se corresponden con el tipo de infracción cometida y no a la sanción impuesta, conservando la persona sancionada todas las acciones legalmente previstas para oponerse a la decisión sancionadora.

En segundo lugar, y ante la alegación de que la sanción a la baja «pudiera incentivar la no impugnación ante el menor impacto de la sanción, y con ello facilitar luego una posible reincidencia en faltas muy graves con perniciosas y quizá ya inevitables consecuencias», se recuerda igualmente que el ordenamiento jurídico facilita instrumentos para corregir, en su caso, los comportamientos fraudulentos de los que, por lo demás, no existía rastro en el concreto caso considerado.

En definitiva, el Tribunal concluye que el empresario puede imponer una sanción inferior a la prevista para la gravedad de la falta cometida, pero con una observación adicional: la sanción de menor entidad debe estar prevista en el catálogo sancionador aplicable al caso, sin que pueda crearse una sanción "ex novo".

VII. Parte dispositiva

La sentencia comentada desestima el recurso de casación unificador presentado contra la sentencia recurrida, dictada por el TSJ de Madrid, al considerar correcta la doctrina que la misma incorpora, frente a la contenida en la sentencia de contraste del TSJ del País Vasco, todo ello sin condena al abono de costas.

VIII. Pasajes decisivos

1.- «Es momento ahora de preguntarse si el empresario —que tiene la facultad de elegir dentro de la horquilla de sanciones legal o convencionalmente previstas para una concreta infracción, la que considere más conveniente— puede romper ese principio de congruencia infracción/sanción, cuando es a la baja, esto es para sancionar más levemente la conducta del trabajador con una prevista para infracción de menor entidad según el convenio.

Y la respuesta ha de ser afirmativa. En una primera aproximación al problema, véase que el sancionar con ponderación y mayor levedad una infracción de más entidad constituye sin duda una aplicación exquisita de los principios inspiradores de la llamada teoría gradualista, al ejercer el *ius puniendi* (derecho sancionador) con mayor benevolencia cuando lo pudo hacer más gravemente, y ello, en principio, beneficia al trabajador, pues la desproporción favorable le sitúa ante una sanción mucho más leve (en nuestro caso sólo dos días de suspensión de empleo y sueldo).

No se olvide tampoco que en el ámbito disciplinario laboral los incumplimientos que constituyen los tipos infractores son de carácter contractual, y es el propio perjudicado por tal comportamiento, el empresario, el que ejerce esa disciplina. Hemos visto que los principios inspiradores del derecho sancionador en general ya aludidos impiden que ni el juez, ni tampoco el titular de ese derecho (el empresario) puedan saltarse la correspondencia entre infracciones y sanciones y elegir éstas a capricho, pero habría una excepción: que la elección recaiga sobre una sanción inferior».

2.- «Nótese que aquí quien sanciona es el propio sujeto perjudicado (directa o indirectamente) por la falta cometida; es lógico y admisible por ello que puedan tener lugar condonaciones totales o parciales del castigo, o incluso la propia renuncia a ejercer el poder de sancionar, salvo que mediere abuso de derecho o fraude, circunstancias por completo ausentes en nuestro caso».

3.- «1.º).- No surge ninguna desventaja o consecuencia desfavorable desde la perspectiva de las garantías aplicables en materia de sanciones: la empresa ha de cumplir con las correspondientes al nivel de gravedad que posea la falta, y tampoco en el ámbito procesal se observa perjuicio alguno (art. 115.3 LRJS y concordantes); 2.º).- De concurrir comportamientos fraudulentos acreditados, ello daría lugar a aplicarles las consecuencias legalmente previstas (art. 6.3 y 7.2 del Código civil) - sic-».

IX. Comentario

La resolución ahora comentada aborda un problema sobre el que el Tribunal Supremo no había tenido oportunidad de pronunciarse hasta el momento y que ya se ha enunciado sobradamente en este comentario: si la empleadora puede imponer una sanción de inferior entidad a la correspondiente a la gravedad de la falta. Y llega a una conclusión afirmativa, en base a los argumentos antes referenciados, sobre los que cabe realizar las siguientes reflexiones.

A.- En primer lugar, es claro que la sentencia comentada dedica una parte relevante de sus argumentos a recordar las bases que sustentan la capacidad disciplinaria y sancionadora de la empresa, con especial insistencia en los principios de tipicidad y proporcionalidad aplicables a aquella facultad.

Sin embargo, tales principios solo tienen virtualidad cuando se trata de controlar la facultad disciplinaria de la empresa que intenta imponer a la persona trabajadora un castigo superior al debido, ya sea mediante una calificación indebida de la infracción cometida, ya mediante la elección de una sanción de mayor entidad que las reservadas para la conducta considerada.

Por el contrario, cuando se trata de la imposición de una sanción “a la baja”, como se califica por el propio Tribunal Supremo, aquel constructo pierde gran parte de su interés, porque lo que se pone entonces en juego no son los principios de tipicidad y proporcionalidad, sino otra cosa completamente distinta, a saber, el ejercicio de la facultad empresarial de realizar un ejercicio de benevolencia, esto es, de realizar una condonación total o parcial de las consecuencias de la infracción, para perdonarla por completo o para suavizar sus consecuencias.

En este sentido, la sentencia comentada alude, como ya vimos, al art. 29.4 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que confiere a la administración sancionadora la facultad de imponer una sanción en el grado inferior al inicialmente previsto «cuando lo justifique la debida adecuación entre la sanción que deba aplicarse con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes» mención que, sin embargo, puede considerarse ociosa en el caso, y ello por dos causas.

En primer lugar, porque quizás lo aplicable en el caso no sería tanto el régimen sancionador administrativo general, sino más bien el régimen disciplinario aplicable al personal al servicio de las administraciones públicas que, sin embargo, se ve claramente mediatizado por las especiales exigencias de que la administración ajuste

su proceder a estrictos criterios de legalidad. Lo anterior implica a efectos prácticos que, de tener algún tipo de expresión, el ejercicio de benevolencia por parte de la administración en el ámbito disciplinario de su personal, se encauzaría más bien por una “vía de hecho”, dejando simplemente de sancionar, más que sancionando de forma más benevolente.

Y, en segundo lugar porque, como venimos diciendo, en el caso considerado no existe el más leve rastro de que la empresa haya impuesto una sanción “a la baja” en atención a las circunstancias concurrentes y con la finalidad de aquilatar una proporcionalidad más depurada, en cuanto la carta sancionadora que se transcribe en la sentencia comentada, contiene solo una mención a tal aspecto, cuando señala que se opta por una suspensión de empleo y sueldo de dos días «no obstante, la gravedad de la falta», sin más especificaciones de interés.

En un caso como el presente no puede perderse de vista que la imposición de sanciones “a la baja” puede deberse a circunstancias que nada tengan que ver con la conducta de la persona sancionada, sino con otras bien distintas como, por ejemplo, una política empresarial, o simples consideraciones circunstanciales relacionadas, por ejemplo, con compromisos explícitos o implícitos con la representación legal o sindical de los trabajadores, o la potencial condición de afiliada de la persona trabajadora sancionada (circunstancia que, por cierto, concurría en el caso, pero sin conocimiento de la empresa).

En fin, lo que funda la examinada facultad empresarial es la base contractual de la relación laboral y de todas sus implicaciones asociadas, incluida la facultad disciplinaria que, salvada la estricta tipicidad y proporcionalidad para evitar sanciones más graves, puede ser objeto de cesión por la empresa en beneficio del trabajador mitigando las consecuencias de su conducta infractora.

B.- Resulta también llamativa la posición procesal de la trabajadora, al reclamar la declaración de nulidad de la sanción impuesta por ser más leve que la potencialmente aplicable, invocando incluso la posible incentivación de la no impugnación de sanciones con la consiguiente acumulación de antecedentes a efectos de reincidencia.

Con tal posición se obvia que la imposición de “sanciones a la baja” deja incólume el régimen de garantías aplicables, incluidas las prescriptivas por el paso del tiempo y las procesales, de modo tal que una persona sancionada por una infracción de cierta gravedad, no tiene por qué conformarse con la misma en mayor medida que si la sanción hubiera sido superior, si consta con claridad la tipificación de la falta cometida. De este modo, una vez notificada la imposición de una sanción, incluso la condonación completa de la misma no afecta a la pervivencia de la acción para combatir la decisión empresarial.

Es cierto que pueden concurrir factores específicos que reclamen una especial protección de la persona sancionada pero, como se dirá en el apunte final, el ordenamiento y la jurisprudencia aplicables, proporcionan instrumentos suficientes a tal efecto.

C.- Especial mención merece la remisión que la resolución comentada realiza a la STC 125/1995, de 24 de julio. En ella, y por referencia a la naturaleza del poder disciplinario del empresario, se dice que este «se halla sometido a límites semejantes a los que, por preceptuarlo así la C.E. de 1978, ha de respetar la potestad punitiva del Estado, aunque se hallen recogidos en normas de rango legal: así, v.gr., los representados por la tipicidad y proporcionalidad (art. 58 del Estatuto de los Trabajadores) y por la presunción de inocencia (art. 114.3 de la Ley de Procedimiento Laboral)».

Esta mención carece de relevancia decisiva en el caso, en cuanto que la resolución del debate planteado no requiere en modo alguno de la aplicación o no aplicación de la presunción de inocencia, de forma tal que aquella alusión parece implicar más bien la consecuencia de la cita completa de un párrafo de una sentencia del TC y, por tanto, no alcanza ni siquiera el valor argumental de un *obiter dicta*. A pesar de ello, y

precisamente por haber sido recogida en una sentencia del Tribunal Supremo, la tan citada alusión merece una reflexión adicional en aras a clarificar el régimen de la presunción de inocencia en el ámbito disciplinario laboral.

Como es bien sabido, el TC experimentó en su día un cambio de criterio en relación con el asunto ahora considerado, pasando a tal efecto por varias fases. Así y en primer lugar, se dijo que la presunción de inocencia era aplicable al ámbito laboral, entre otras, en las SSTC 13/1982 de 1 de abril, 36/1985 de 8 de marzo, o 37/1985 de 8 de marzo.

En una segunda fase se comenzaron a expresar dudas iniciando el giro de posición, entre otras, en las SSTC 6/1988 de 21 de enero, 81/1988 de 28 de abril, o 204/1991 de 30 de octubre.

El punto de inflexión se produjo con la STC 30/1992 de 18 de marzo, en la que se reconoció de manera expresa un cambio de criterio para concluir que el derecho a la presunción de inocencia no es aplicable en el ámbito laboral:

«Por lo que hace referencia, para concluir, a la vulneración del derecho de presunción de inocencia -art. 24.2. C.E.- también invocado en la demanda, debe partirse del alcance específico y en cierto modo restrictivo que el derecho de presunción de inocencia tiene en el ámbito laboral, pues su campo de aplicación natural es el proceso penal (y, por extensión, el procedimiento administrativo sancionador) y, si bien en un primer momento este Tribunal entendió aplicable tal derecho a dicha clase de procesos en tanto en cuanto la jurisprudencia laboral ha venido y viene sosteniéndolo, posteriormente ha rectificado y es hoy doctrina uniforme el considerar aplicable la presunción de inocencia exclusivamente en el ámbito del proceso penal. Dicha doctrina se funda, esencialmente, de un lado, en que el despido no es más que una resolución contractual y por tanto no conlleva la aplicación del derecho penal administrativo, y, de otro, en que la consideración por los tribunales laborales de que una conducta implica incumplimiento contractual o falta laboral, no incluye juicio alguno sobre la culpabilidad o inocencia del recurrente, cuyo derecho a ser presumido inocente no puede, en consecuencia, haberse vulnerado -en este sentido AATC 213/1982 y 351/1989 y STC 81/1988-. Además, como se ha dicho también reiteradamente por este Tribunal, dicho procedimiento laboral se rige por el principio dispositivo y, en él, no se ejerce el ius puniendi del Estado».

En cierto que, tras esta STC 30/1992, el propio TC realizó afirmaciones equívocas en algunas resoluciones posteriores, como en la STC 125/1995 que cita la resolución ahora comentada. Pero lo cierto es que, desde aquel momento, el TC ha sido ya terminante, señalando:

«El derecho fundamental a la presunción de inocencia no puede alegarse en el ámbito de las relaciones laborales, cuando éstas son extinguidas unilateralmente por el empleador mediante el despido disciplinario. En efecto, cuando el empresario sanciona con el despido una conducta del trabajador constitutiva de incumplimiento grave y culpable de la relación contractual, no se halla en juego, en puridad, la inocencia o culpabilidad del trabajador despedido, ni, en consecuencia, la actividad probatoria producida en el proceso laboral emprendido frente al acto extintivo se encamina a destruir la presunción de inocencia garantizada por el art. 24.2 de la Constitución, sino, más sencillamente, a justificar el hecho o hechos causantes del despido y su atribución al trabajador» (SSTC 153/2000, de 12 de junio y 153/2000, de 12 de junio).

De igual modo, tal criterio viene aplicándose de manera consolidada por el propio Tribunal Supremo (entre otras, SSTs de 17 de febrero de 2016 -rec. 808/2014-, de 12 de septiembre de 2023 -rec. 2261/2022- o de 23 de enero de 2024 -rec. 21/2022-) y, por irradiación de su doctrina, también de manera pacífica por los diferentes Tribunales Superiores de Justicia (entre otras, SSTSJ de Andalucía/Sevilla de 20 de marzo de 2014 -rec. 673/2013-, Galicia de 12 de enero de 2022 -rec. 5047/2021-, Madrid de 21 de marzo de 2022 -rec. 59/2022-, Andalucía/Málaga de 10 de junio de 2024 -rec.

686/2024-, Murcia de 11 de marzo de 2025 -rec. 1122/2024-, o Navarra de 23 de mayo de 2025 -rec. 87/2025).

X. Apunte final

El Tribunal Supremo ha dado carta de naturaleza a la opción empresarial de imponer sanciones de entidad inferior a la inicialmente prevista para la infracción cometida, y lo ha hecho reconociendo expresamente que nos encontramos ante un ejercicio de benevolencia en beneficio de la persona trabajadora infractora, que permite la condonación total o parcial de las consecuencias de la falta cometida.

Esta posibilidad abre las puertas a un ámbito novedoso de discusión, relativo a la regularidad de la referida opción empresarial, cuando de las circunstancias concurrentes pudiera derivarse un ejercicio abusivo de tales facultades, de manera tal que pudiera condicionarse las posibilidades de defensa de la persona trabajadora. Ahora bien, tal posibilidad, aun siendo objetivamente posible, se muestra ciertamente complicada a efectos prácticos, siempre que queda clara tanto la imposición de la sanción, como la calificación de su gravedad.

Cuestión distinta es que, en atención a las concretas circunstancias de cada caso, pudieran albergarse dudas sobre el cabal conocimiento por la persona trabajadora de las consecuencias de la decisión sancionadora comunicada por la empresa. Pero lo cierto es que este riesgo concurre no solo en el caso de una “sanción a la baja”, sino en cualquier supuesto de sanción, e incluso en la comunicación de otras decisiones empresariales, incluido el despido, o en la suscripción de los documentos de saldo y finiquito normalmente asociados a la decisión extintiva. Para tales supuestos se ha desarrollado una jurisprudencia muy rica y perfectamente consolidada, atinente a las condiciones exigibles a las manifestaciones de voluntad dispositivas de derechos a la vista de los arts. 1.261 y ss. del C.Cv. que podría conjurar los principales riesgos de tal hipotética situación.

Referencias:

1. [^] A los efectos de mera constancia, debe hacerse notar que, si bien en el resto de la sentencia comentada se constata que la sentencia recurrida en casación unificadora del TSJ de Madrid fue en su día desestimatoria del recurso de la trabajadora, confirmando por ello la decisión de instancia y, por ende, la sanción impuesta por la empresa, en el antecedente de hecho segundo de dicha sentencia del TS se dice, seguramente por error de transcripción, que la resolución del TSJ de Madrid había sido estimatoria de la suplicación y había declarado la nulidad de la sanción considerada, lo cual había ocurrido en el caso de la sentencia de contradicción, pero no de la recurrida.

- § 66 La determinación de la indemnización por daños morales derivados de la vulneración de derechos fundamentales: una tarea esencial para garantizar el adecuado resarcimiento de la víctima y disuadir a la empresa de incurrir en el futuro en actuaciones anticonstitucionales que no siempre cumple con los objetivos asignados.**

Emilio Palomo Balda

Magistrado (jubilado) de la jurisdicción social.

Resumen: En la sentencia 593/2025, de 4 de junio, la Sala 4ª del TS, después de sintetizar la jurisprudencia en la materia, especifica cuál es la regla que los órganos judiciales están obligados a seguir a la hora de fijar el importe de la indemnización por los DM vinculados a la lesión de los DF cuando para cuantificarla tomen como referencia las multas previstas en la LISOS.

Palabras clave: Derechos fundamentales. Daños morales unidos a su lesión. Indemnización. Determinación de su cuantía. LISOS. Control en casación unificadora.

Abstract: The Social Chamber of the Supreme Court, after synthesizing the prevailing jurisprudential doctrine on the matter, sets forth the rule that judicial bodies must follow when determining the amount of compensation for moral damages resulting from the violation of fundamental rights, particularly when, as a guiding criterion, they refer to the monetary fines established under the Law on Offenses and Sanctions in the Social Order (LISOS).

Keywords: Fundamental rights. Moral damages arising from their violation. Compensation. Determination of amount. LISOS. Review on appeal in cassation.

I. Introducción

1.- La aprobación de la Ley 36/011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), jugó un papel fundamental en la lucha por la eficacia de la tutela judicial de los DF, tanto en la vertiente resarcitoria como en la disuasoria, al prescribir su art. 183, en lo que aquí interesa, que, de constatar su vulneración, el juez o tribunal deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización destinada a compensar los DM asociados a la violación, determinándola prudencialmente cuando (como acontece por lo general) la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa. Además el precepto puntualiza que el monto que se establezca por ese concepto deberá ser suficiente para resarcir a la víctima y restablecerla, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño.

Esta disposición marcó un punto de inflexión en la jurisprudencia del TS que, desde la sentencia de 17 de diciembre de 2013 (RCO 109/2012), abandonó la que antes de la entrada en vigor de la LRJS venía manteniendo mayoritariamente,

conforme a la cual el reconocimiento de la indemnización por los DM provenientes del quebrantamiento de los DF estaba supeditado, con carácter general, a un doble requisito: por un lado, a que en la demanda se alegasen las bases y elementos claves de la indemnización que justificasen suficientemente la reclamada y, por otro, a que en el proceso se acreditasen indicios o puntos de apoyo de los DM padecidos que permitiesen asentar la condena. La dificultad de cumplir con tales requerimientos redujo considerablemente la posibilidad de lograr el resarcimiento de esos daños.

Según la actual doctrina de la Sala 4.^a, constante y pacífica, los DM están indisolublemente unidos a la transgresión del DF, por lo que no es necesario que la víctima pormenore los sufrimientos en que ese tipo de daños esencialmente consisten, los cuales, además, no tienen directamente una traducción económica, por lo que tampoco se le puede obligar a que aporte bases exactas y precisas para la determinación de la cuantía de la indemnización pretendida.

2.- Definitivamente zanjada por el TS la cuestión relativa a la reparación de los DM vinculados a la contravención de los DF en términos que se ajustan a las dificultades que, por la propia naturaleza de ese tipo de perjuicios, plantean su estimación detallada y su medición monetaria, y que favorecen la tutela efectiva de los DF, procede sintetizar las principales directrices elaboradas por el órgano de casación respecto del modo de cuantificar la indemnización, que no obstante su notoria difusión y generalizada aplicación, son claves para contextualizar y anclar debidamente la doctrina sentada en la sentencia objeto de este comentario e interpretar correctamente su significado y alcance, lo que explica la extensión que se les dedica.

Las pautas fundamentales que emanan de las decisiones adoptadas por la Sala 4.^a inciden en tres puntos básicos, como son los criterios para el cálculo de la indemnización, la justificación de la cuantía reconocida y las circunstancias a ponderar en el momento de proceder a su fijación.

A) Criterios para el cálculo de la indemnización.

El ordenamiento laboral no establece ningún método que permita calcular el monto de la indemnización, siendo la jurisprudencia constitucional y social la que ha considerado idóneo y razonable utilizar como criterio orientativo el importe de las multas pecuniarias previstas en la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social (LISOS) para las infracciones del empresario en materia laboral que afecten a DF, que el art. 8 de dicha norma, en sus apartados 5, 6, 8 y 10 a 13 bis, tipifica como muy graves, bien entendido, advierte la Sala 4.^a, que con ello no se hace una aplicación directa y mecánica de las cuantías de dichos correctivos fuera de su campo de aplicación, sino que se atiende a la razonabilidad que algunas de ellas ofrecen para la determinación de la indemnización dada la gravedad que entraña la violación de los DF. El hito inicial hay que situarlo en las STC 247/2006, de 24 de julio y STS de 15 de febrero de 2012 (RCO 67/2011) dictada en un procedimiento iniciado antes de la aprobación de la LRJS. Las han seguido luego, ya bajo la vigencia de esa norma, numerosas sentencias, entre las que cabe citar las de 27 de mayo de 2021 (RCO 151/2019) y 8 de marzo de 2024 (RCO 103/2022).

La experiencia acumulada demuestra que la LISOS constituye una herramienta sencilla y adecuada a los fines señalados y que la doctrina jurisprudencial ha contribuido decisivamente a posibilitar la reparación real y efectiva de los DM derivados del menoscabo de los DF.

B) Justificación de la cuantía reconocida.

La Sala 4.^a, en la sentencia, de Pleno, de 20 de abril de 2022 (RCUD 2391/2019), sentó una importante línea jurisprudencial sobre el modo en que los órganos judiciales han de proceder a la hora de fijar prudencialmente la indemnización por los DM ligados a la violación de DF cuando, para cuantificarla, recurran a las sanciones de la LISOS. El TS partió de la innegable premisa de que las cuantías de las multas que, para las infracciones muy graves prevé el art. 40.1.c) LISOS, se mueven en una horquilla muy amplia en función del grado que se aplique - mínimo, medio o máximo -,

cada uno de los cuales abarca además un extenso rango de valores que oscila de 7.501 a 30.000 €, de 30.001 a 120.005 € y de 120.006 a 225.018 €, respectivamente, lo que le llevó a afirmar que, en múltiples ocasiones, la mera invocación de las sanciones de la LISOS para justificar la cuantía fijada resultará insuficiente para cumplir con relativa precisión la función de establecer prudencialmente el "quantum" por ese concepto, y a concluir que el recurso a ese criterio referencial debe ir acompañado de la exposición y valoración de las concretas circunstancias en las que se basa el monto otorgado.

C) Circunstancias a ponderar en orden a fijar la indemnización.

La sentencia citada de 20 de abril de 2022 enumera, sin ánimo exhaustivo, determinados parámetros susceptibles de ser apreciados a los fines indicados, a los que hay que sumar, también sin propósito de agotar el tema, los recogidos en las sentencias que seguidamente se indican. Todos ellos pueden agruparse en las seis categorías que a continuación se describen.

1.ª) Guarda relación con las características de la conducta lesiva, tales como su gravedad, intensidad, prolongación en el tiempo, publicidad, reiteración y carácter pluriofensivo, así como con el contexto donde se enmarca y la actitud del empleador tendente a impedir la defensa y protección de los DF comprometidos. Entre las sentencias que aluden de manera singular a la gravedad de la actuación empresarial cabe citar las fechadas el 11 de febrero de 2015 (RCO 95/2014) y el 21 de enero de 2021 (RCO 140/2019), mientras que la emitida el 8 de mayo de 2019 (RCO 42/2018) apunta a la publicidad.

Sin salir de este apartado, se suscitan tres cuestiones. Por un lado, si la dificultad y complejidad jurídica del asunto, aun cuando no legitimen el comportamiento empresarial, pueden incidir en su gravedad y tenerse en cuenta a la hora de calcular la indemnización. La Sala 4.ª, en sentencia de 8 de mayo de 2019 (RCO 42/2018), se posicionó a favor de esa posibilidad, mientras que en la de 14 de marzo de 2024 (RCO 81/2022) la rechazó. Por otra parte, si a los fines indicados cabe tomar en consideración el hecho de que la vulneración no sólo le sea imputable a la empresa, sino también a un tercero, interrogante al que el TS dio una respuesta afirmativa en la larga serie de sentencias recaídas en procedimientos de tutela del derecho a la no discriminación salarial del personal indebidamente excluido del ámbito del convenio colectivo, a partir de las datadas el 10 de enero de 2024 (RCUD 1986/2022 y 3605/2022). Por último, si a esos mismos efectos, resulta relevante que la conducta lesiva afecte a una pluralidad de trabajadores, pregunta a la que la sentencia, de Pleno, de 19 de julio de 2025 (RCO 182/2023) dio una discutible contestación, consistente en que esa circunstancia no puede repercutir en el importe de la compensación a reconocer a cada afectado, desplegando su eficacia en la imposición de otras tantas indemnizaciones individualizadas.

2.ª) Comprende los efectos que la vulneración del DF produce en la situación personal o social de la víctima. A ellos hizo referencia el TS en la sentencia de 19 de mayo de 2020 (RCO 2911/2017) conociendo de un despido lesivo del DF a participar en los asuntos públicos al constatar la existencia de DF derivados del impacto psíquico que el comportamiento lesivo tuvo en la actora, que desembocó en un cuadro de ansiedad por la pérdida del trabajo y de oportunidades de desarrollo profesional. La sentencia de 5 de febrero de 2013 (RCO 89/2012) también tuvo en cuenta las crisis de ansiedad provocadas por la vulneración.

3.ª) Incluye parámetros atinentes a las condiciones laborales de la víctima, como su antigüedad y salario. En el marco de un procedimiento de despido declarado nulo por quebrantar la garantía de indemnidad, el TS en la sentencia de 20 de abril de 2022, atendiendo fundamentalmente la duración de la relación, unida a las circunstancias del caso, fijó la indemnización por DM en 60.000 €, equivalente a dos anualidades de su salario, situada en la franja media de las sanciones por faltas muy graves, si bien en la dictada el 14 de noviembre de 2023 (RCUD 1975/2021), en un litigio promovido por un trabajador con 19 años de antigüedad, objeto de un despido

calificado como nulo, la cuantificó en 25.000 €, equivalente a 5,5 mensualidades de salario. El TS ha ponderado ese parámetro pero en sentido contrario en las sentencias proferidas en los litigios sobre discriminación salarial mencionados "ut supra" en las que, entre otros factores, tuvo en cuenta la breve duración de la relación para conceder una indemnización de 300 € al trabajador afectado.

4.^a) En ella encuentran encaje determinadas circunstancias que tienen que ver con el sujeto infractor, como la dimensión de la empresa, máxime si se aprovecha de ella para llevar a cabo su conducta como resaltó la sentencia de 18 de noviembre de 2023 (RCO 204/2021). En dirección opuesta, la de 20 de junio de 2019 (RCO 98/2018) mantuvo que la situación de la empresa no era un elemento que pudiese determinar el importe del DM causado.

5.^a) Engloba vicisitudes conectadas con la postura procesal de la empresa. P. ej., la sentencia de 21 de febrero de 2019 (RCO 214/2017) valoró que la demandada no aportase la más mínima justificación de su proceder y no hiciese ninguna manifestación para oponerse a la cuantía reclamada, extremo éste al que también puso el foco la sentencia de 13 de marzo de 2024 (RCO 240/2021) resaltando que la empresa no expuso, ni siquiera mínimamente, las razones por las que consideraba inadecuada la indemnización.

6.^a) Tiene en cuenta la indemnización fijada en sentencias dictadas en asuntos similares, criterio cuya aplicación consideró acertada la sentencia de 21 de noviembre de 2023 (RCUD 5044/2022), siempre, cabe precisar, que no concurran circunstancias que justifiquen apartarse de los precedentes

Junto a los factores expuestos, u otros valorables, hay dos aspectos muy importantes a considerar al tiempo de calcular la indemnización. En primer lugar, que según dispone el art. 183.2 LRJS y ha reiterado el TS desde la sentencia de 13 de julio de 2015 (Rec. 221/2024), la indemnización del DM cumple una doble función, resarcitoria y preventiva, por lo que su monto debe atender también a esa última finalidad. En segundo lugar, que la CE protege los DF no en sentido teórico o ideal, sino como derechos reales y efectivos, impidiendo así que su tutela jurisdiccional se convierta en un acto meramente testimonial incompatible con el contenido de los arts. 1.1, 9.1 y 53.2 CE y la correlativa exigencia de una reparación acorde con el relieve de los valores e intereses en juego. En este punto, el TS ha hecho suya, entre otras en la sentencia de 3 de noviembre de 2021 (RCO 22/2029), la doctrina constitucional que así lo proclama.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 593/2025, de 4 de junio.

Tipo y número recurso: RCUD núm. 3891/2023.

ECLI:ES:TS:2025:2988

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Martínez Moya.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La sentencia objeto de análisis resuelve el RCUD interpuesto por Renfe Viajeros contra la sentencia de fecha 16 de mayo de 2023, dictada por la Sección 6.^a de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, parcialmente estimatoria del recurso de suplicación formulado frente a la que calificó como nula la sanción de 15 días de suspensión de empleo y sueldo impuesta al demandante por la comisión de una falta muy grave

relacionada con su actuación como miembro del comité de la huelga convocada por SEMAF para los días 30 de septiembre y 1, 4 y 5 de octubre de 2021. El JS condenó a la entidad demandada a reintegrarle el salario de los 15 días de suspensión y a abonarle una indemnización de 60.000 € en concepto de DM por la vulneración de los DF de libertad sindical y de huelga, resolución que el órgano de segundo grado revocó exclusivamente en lo que respecta al importe de la indemnización, que redujo a 10.000 €, suma que estimó prudente y proporcionada teniendo en cuenta *"el carácter pluriofensivo de la lesión que ha afectado a otros miembros del comité de huelga, la persistencia temporal de la vulneración del DF, la intensidad del quebrantamiento del derecho, la plantilla de la empresa demandada, la finalidad disuasoria, punitiva y de prevención del daño."*

El actor desistió de la casación articulada, por lo que la tramitación continuó teniendo como único recurrente a la empresa, que fundamentó la pretensión impugnatoria en su discrepancia con la valoración de los DM asociados a la lesión de los DF, al considerar que la Sección 6ª debió pronunciarse en los términos en que lo hizo la Sección 2ª de la misma Sala mediante sentencia emitida el 16 de enero de 2023 (Rec. 978/2022), conociendo del recurso entablado por otro integrante del comité de huelga constituido con ocasión de la referida convocatoria, que fue objeto de idéntica medida disciplinaria por iguales hechos, sanción que la Sección 2ª, revocando la sentencia de instancia, declaró nula por lesiva de los mismos DF, cuantificando la indemnización en 7.501 €, equivalente a la sanción mínima prevista para las infracciones muy graves en el art. 40.1. c) LISOS, sin ofrecer explicación alguna sobre los motivos que le llevaron a fijar ese importe.

IV. Posiciones de las partes

La empresa ajustó su postura a la pauta marcada por la sentencia referencial, basando el recurso en la infracción del art. 183.2 LRJS.

El trabajador no se personó ni, por tanto, presentó escrito de impugnación.

El Ministerio Fiscal alegó que la indemnización fijada a era correcta al respetar los parámetros que establece el art. 40.1 c) LISOS y que no era preciso que el TS unificase doctrina con relación al extremo controvertido, por lo que solicitó la desestimación del recurso.

V. Normativa aplicable al caso

A) Arts. 179.3, 182.1. c) y 183, 1 y 2, LRJS.

B) Art. 8, puntos 10 y 12, y 40.1 c) LISOS.

VI. Doctrina básica

De la sentencia glosada cabe extraer dos conclusiones principales.

A) Por un lado, que a pesar de que según criterio jurisprudencial reiterado, del que es ejemplo reciente la sentencia, de Pleno, de 18 de julio de 2025 (RCO 182/2023), en el ámbito de cognición del RCO, la cuantía de la indemnización por DM derivada de la vulneración de DF fijada prudencialmente por el órgano judicial de instancia sólo puede ser modificada cuando resulte desorbitada, injusta, desproporcionada o irrazonable, el RCUd constituye vía adecuada para revisar el monto establecido o validado en suplicación, de concurrir los presupuestos de admisión legalmente establecidos, supuesto en que el RCUd está llamado a proyectar una función de garantía del principio de igualdad ante la Ley.

B) Por otra parte, que para cumplir el mandato contenido en los arts. 181.2 d) y 183, apartados 1 y 2, LRJS no basta la simple remisión al importe de las sanciones por infracciones muy graves en materia laboral, en alguno de los grados y cuantías previstas en el art. 40.1 c) LISOS, haciendo abstracción de las concretas circunstancias concurrentes en el caso, sino que los jueces deben ir más allá y

justificar el importe fijado mediante una exposición razonada de los parámetros e indicadores que han utilizado a tal efecto.

VII. Parte dispositiva

Dejando al margen los pronunciamientos accesorios, la Sala 4.^a desestimó el recurso interpuesto por la empresa al considerar que la sentencia impugnada se situaba en parámetros razonables y más adecuados en orden a la cuantificación del daño moral, por lo que contenía la doctrina correcta.

VIII. Pasajes decisivos

A) Fundamento Jurídico Tercero, punto 9.

"Ante dos supuestos sustancialmente idénticos en los que se declara la existencia de la misma lesión de derechos fundamentales, y los trabajadores de uno y otro litigio han vivido las mismas vicisitudes, en un mismo contexto y situación, no resulta comprensible desde la perspectiva del tercero imparcial y razonable -Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 29 de junio de 2018, caso HF c. Parlamento Europeo- que la respuesta sea diferente: que en la recurrida se atribuya al trabajador el derecho a ser indemnizado en 10.000 euros y en la de contraste, la indemnización sea de 7.501 euros. Y ello sin perjuicio de que ambas sentencias, individualmente consideradas, se ajusten a parámetros constitucionales de motivación. Porque el problema no es de motivación o de razonabilidad de las respuestas, sino de comparación. El problema surge en un momento procesal posterior cuando se comparan sus resultados y se realiza a través de la vía legal adecuada como lo es este recurso extraordinario de casación para unificación de doctrinas discrepantes".

B) Fundamento Jurídico Tercero, punto 10.

"Si bien ambas sentencia utilizan como criterio orientativo el importe de las sanciones contenidas en el art. 40.1. c) de la LISOS (...); la sentencia recurrida (...), para fijar la indemnización lleva a cabo una vertebración, razonada, de los parámetros e indicadores que le llevan al importe fijado, desvelando el juicio prudencial que exige la ley, citando doctrina jurisprudencial, y, consiguientemente, yendo más allá de la mera cita legal del precepto de la LISOS. Sin embargo, la sentencia de contraste fija el importe indemnizatorio cifándose al mínimo de la horquilla prevista para las sanciones por infracciones muy graves de la LISOS, sin reparar, ni vertebrar explicativamente, los indicadores o parámetros que le condujeron a dejarla en esa cuantía".

IX. Comentario

Más allá de la novedad que supone la fiscalización en casación para la UD del importe de la indemnización fijada en suplicación y de la solución dada a la concreta contradicción doctrinal detectada, en el sentido de considerar ajustado a derecho el método que la Sección 6.^a de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid siguió para calcular la cuantía de la compensación, la sentencia examinada invita a una reflexión sobre la necesidad de conjugar dos líneas jurisprudenciales básicas, a las que se ha hecho referencia en el apartado I, aparentemente antitéticas, pero que bien interpretadas no resultan, en modo alguno, contradictorias.

De acuerdo con la primera, la solicitud del resarcimiento de los DM asociados a la lesión de los DF, cuando para cuantificar la indemnización se recurra a la LISOS, no se puede condicionar a que la víctima especifique los perjuicios realmente sufridos y aporte bases exactas y precisas para la determinación de la compensación postulada. Un claro exponente de esa tesis, que interesa traer a colación por su carácter clarificador, se encuentra en la sentencia de 23 de febrero de 2022 (RCUD 4322/2019). En el supuesto que enjuicia, la resolución recurrida declaró nulo el despido del actor por lesivo de DF, pero le denegó la indemnización por los DM anudados a su violación, a pesar de que en la demanda había identificado las razones por las que la solicitaba, con el argumento de que el trabajador se había limitado a asentar la suma interesada en el importe de las sanciones de la LISOS sin establecer

las bases para su cálculo. Pronunciamiento que el órgano de casación revocó al no resultar exigible una mayor concreción en la exposición de parámetros objetivos, de muy difícil cumplimiento por la propia índole de los DM.

La segunda directriz cardinal formulada por la Sala 4.^a se refiere a la obligación que pesa sobre jueces y tribunales de detallar y valorar en la sentencia las concretas circunstancias que sustentan el monto de la indemnización reconocida, sin que resulte suficiente la simple cita de las sanciones por infracciones muy graves recogidas en la LISOS.

La necesidad de cohonestar ambos mandatos jurisprudenciales se justifica porque si el demandante, para establecer el monto de la indemnización por DM, se limita a servirse mecánicamente de la cuantía de tales multas, sin ofrecer explicaciones sobre la procedencia de la suma reclamada y sin aportar ningún material probatorio, como sucede con frecuencia en la práctica, el órgano judicial, si bien no quedará liberado del deber de individualización que le incumbe, no solo se enfrentará a más dificultades para lograr una correcta cuantificación de la indemnización atendiendo a su doble función, sino que podrá pasar por alto circunstancias relevantes a tal efecto.

Pues bien, es posible sostener que la necesaria armonización sólo puede venir de la mano de la diligente actuación procesal de la parte actora que, aun no estando obligada a ello, si quiere lograr una indemnización acorde a los DM infligidos y que disuada al empresario de cometer nuevos actos lesivos de los DF, deberá alegar, y acreditar en su caso, los elementos que le han llevado a fijar la compensación que pide. Y es que una cosa es que no se le exija identificar las circunstancias que han servido para determinar la indemnización instada como requisito para su reconocimiento y, otra diferente, que si no lo hace, identificando los datos que considere trascendentes a tal fin y aportando, en su caso, la prueba pertinente, evidenciando la razonabilidad y proporcionalidad de la suma solicitada, será el órgano judicial quien a la hora de fijar prudencialmente su importe tendrá en cuenta las variables que estime oportunas, cuantía que podrá ser inferior incluso a la de la multa más baja correspondiente al grado mínimo que el art. 40.1 c) de la LISOS contempla para las infracciones muy graves, esto es, menor de 7.501 €, hipótesis que se da en la práctica como evidencian las sentencias en materia de discriminación salarial anteriormente reseñadas que la fijaron en 300 €.

Al respecto, no se puede dejar de recordar que el TC no admite la fijación de indemnizaciones exiguas o ridículas para compensar los DM ocasionados por la vulneración de DF, así como que la Sala 1.^a del TS aplicó esa doctrina en la sentencia de 5 de junio de 2014 (Rec. 2122/2007), enjuiciando la intromisión ilegítima en el derecho del honor del demandante producida como consecuencia de la inclusión indebida de sus datos en un registro de morosos, con argumentos que no pierden validez por la concreta vulneración analizada y que adquieren más fuerza por el paso del tiempo y la consiguiente depreciación monetaria. Para la Sala 1.^a, una indemnización de 300 € debe considerarse meramente simbólica y disuasoria del ejercicio del derecho a la tutela judicial. puesto que no solo no compensa el DM sufrido, sino que no cubre ni de lejos los gastos necesarios para entablar un proceso, a lo que cabe añadir, en línea con el razonamiento de la sentencia, que una suma como la indicada, además de carecer del exigible contenido reparador, no incita al empresario a preservar los DF, al resultarle más sencillo hacer frente a una compensación tan insignificante que adoptar pautas de conducta que no atenten contra los DF.

La toma en consideración por el demandante de las circunstancias que el TS ha estimado susceptibles de ser valoradas a efectos de justificar la cuantía de la indemnización y la alegación y demostración de las específicamente concurrentes en el caso, que pueden ser más o distintas de las recogidas en el apartado I de este comentario, pueden servir al propósito de obtener una indemnización que tenga en cuenta la naturaleza de los derechos vulnerados y la especial protección que merecen y favorezca su respeto en el ámbito laboral.

X. Apunte final

Llama la atención el hecho de que la sentencia analizada, para evidenciar la necesidad de unificación doctrinal, invoque la doctrina elaborada por el TJUE en el marco de la calificación del acoso psicológico referida a que la conducta en cuestión debe ser tal que un observador imparcial y razonable, con una sensibilidad normal y que se encontrase en la misma situación, la consideraría excesiva y censurable. Aun cuando el TS la traiga a colación al fin expresado, cabe plantearse si esa perspectiva sería extrapolable de cara a dilucidar si la indemnización conferida por los DF ligados a la vulneración de los DF atiende a los principios de suficiencia, proporcionalidad y prevención que presiden el resarcimiento de esa clase de daños.

§ 67 De nuevo sobre la concurrencia de convenios colectivos en situación de prórroga o ultraactividad.

Francisco A. Vila Tierno

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga.

Resumen: *Se plantean los efectos de la impugnación de un Acuerdo Marco de ámbito autonómico por la posible concurrencia temporal prohibida tanto con un Acuerdo de ámbito estatal como con un convenio colectivo marco también de ámbito estatal. A estos efectos se analizan las conexiones entre vigencia, prórroga y ultraactividad de los convenios colectivos para reconocer el efecto de una posible colisión en la regulación convencional de materias, de acuerdo con la regulación de la articulación general entre convenios y la doctrina jurisprudencial al respecto.*

Palabras clave: *Concurrencia. Prórroga. Ultraactividad.*

Abstract: *I esaminano gli effetti della contestazione di un accordo quadro di ambito regionale, in relazione alla possibile concomitanza temporale vietata con un accordo di ambito statale o con un contratto collettivo quadro di ambito statale. A tale scopo, si analizzano i collegamenti tra validità, proroga e ultrattività dei contratti collettivi per riconoscere l'effetto di una possibile collisione nella regolamentazione convenzionale delle materie, in conformità con la regolamentazione dell'articolazione generale tra contratti e con la dottrina giurisprudenziale in materia.*

Keywords: *Concorrenza. Proroga. Ultrattività.*

I. Introducción

No por ser una obviedad resulta menos necesario reproducir —sino más bien todo lo contrario— que la negociación colectiva es una fuente del derecho en tanto que la propia Constitución Española reconoce la eficacia real o fuerza vinculante, del fruto de los negociados, si bien, la consideración estricta como norma jurídica, con eficacia, por tanto, normativa y general, se reserva, únicamente, para aquellos convenios colectivos que sigan las previsiones normativas establecidas en el Título III ET. Todo ello como garantía de que se está elaborando una auténtica norma con encaje en nuestro ordenamiento jurídico a la que se le aplica el principio de jerarquía, publicidad, así como el conocimiento y aplicación por nuestros órganos de justicia (*iura novit curia*).

En este sentido, se formulan una serie de exigencias respecto de los sujetos negociadores (delimitados de manera concreta y que representen a la mayoría), el contenido mínimo o necesario, o el procedimiento. Respecto de este último, el art. 89.1 ET dispone que cuando una parte con legitimación negocial remite a la otra la iniciativa para negociar un convenio colectivo, la “parte receptora de la comunicación solo podrá negarse a la iniciación de las negociaciones por causa legal o convencionalmente establecida, o cuando no se trate de revisar un convenio ya vencido, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 83 y 84; en cualquier caso, se deberá contestar por escrito

y motivadamente”. De este modo, es causa legal para rechazar la propuesta, la existencia de concurrencia de convenios en virtud de lo establecido en el art. 84.1 ET como regla general: “Un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto (...)”. Si bien, con las salvedades que el propio Estatuto de los Trabajadores contempla, esencialmente en los arts. 83 y 84.

A partir de tales extremos, habría que ver las consecuencias, para el convenio colectivo o acuerdo interprofesional que se negocia invadiendo, de manera conflictiva, otra unidad negocial.

La sentencia que ahora nos ocupa, partiendo de estos precedentes, repasa la doctrina sobre la articulación y concurrencia de convenios colectivos distinguiendo los efectos que se producen dependiendo de la situación de vigencia de los convenios o acuerdos colectivos, según estén en el período de vigencia ordinaria, prórroga o ultraactividad. No obstante, a pesar de su extensión respecto al desarrollo de determinadas cuestiones o presupuestos, con un interés pedagógico o clarificador, no parece que se cierre, de un modo definitivo, una materia que está llamada a seguir produciendo un rico debate entre todos los operadores jurídicos.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: STS-SOC núm. 597/2025, de 17 de junio.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de casación para la unificación de doctrina, RCUD núm. 232/2023.

ECLI:ES:TS:2025:2995

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Manuel San Cristóbal Villanueva

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Se plantea, en este supuesto de hecho, un doble objeto de debate.

La primera cuestión relevante viene delimitada en el Fundamento Jurídico primero cuando señala que “La cuestión debatida en el presente recurso de casación ordinaria consiste en determinar si la celebración de un convenio colectivo de ámbito autonómico en el País Vasco para regular la negociación colectiva (Acuerdo Marco del ámbito de la Hostelería) cuando están vigentes (o en ultraactividad) dos Acuerdos Marco de ámbito estatal con el mismo objeto, vulnera la legalidad vigente, y por ende, si dicho acuerdo es nulo por ilegal, o subsidiariamente, si incurre en concurrencia indebida con esos otros dos acuerdos marco, lo que le haría inaplicable”.

En segundo término, pero íntimamente unido con lo anterior, es el efecto, respecto a la concurrencia, que puede producir un convenio o acuerdo en situación de ultraactividad y cuándo éste puede estar en tal situación.

Los hechos que motivan el fallo de la sentencia se resumen en una serie de antecedentes que se pueden destacar como más significativos:

1.- El V Acuerdo Laboral Estatal del sector de Hostelería (ALEH V), con naturaleza de convenio colectivo estatutario, fue publicado en el BOE de 21 de mayo de 2015. Podía plantearse y ello es lo que se discute, que seguía en vigor y con la unidad de negociación activa. De forma paralela, el Convenio colectivo Marco de Restauración

Colectiva (CCM-RC), fue publicado en el BOE de 22 de marzo de 2016, y fue sucesivamente renovado sin solución de continuidad, estando al tiempo de la demanda, en vigor el IV convenio colectivo. Por su parte, el II Acuerdo Marco de la Comunidad Autónoma del País Vasco (II AMHCAPV) en el ámbito de hostelería fue publicado en el BOPV 4 de febrero de 2021. A partir de ello, se debate sobre la nulidad por ilegalidad o su inaplicación por concurrencia.

2.- En los antecedentes, cuando se reproducen los hechos probados de la sentencia recurrida, concretamente en el tercero, se recoge una circunstancia que resulta determinante para el fallo de la casación, en tanto que queda perfectamente de manifiesto que el ALEH V no estaba en situación de ultraactividad, sino de prórroga expresa^[1].

IV. Posición de las partes

El posicionamiento de la parte recurrente, la Federación Española de Empresas de Restauración Colectiva (FERCO) se detalla, de manera escrupulosa, en el primer párrafo del Fundamento Jurídico segundo, en el que describe de manera exacta sus pretensiones: “tanto en la demanda, como en el suplico del presente recurso, se formula una petición doble en sus dos primeros motivos en régimen de subsidiariedad. Se plantea, de un lado, la ilegalidad del II CMHCAPV por contravenir lo previsto en los art. 83 y 84 del Estatuto de los Trabajadores (ET), y de otro, subsidiariamente y en base a los mismos preceptos del ET, la inaplicabilidad de ese convenio marco por incidir en concurrencia prohibida, lo que es una petición que —en sí misma— no implica la ilegalidad del convenio, sino solo su inaplicación por esa concurrencia: el convenio no es nulo por ilegal, sino que será inaplicable mientras esté vigente el convenio estatal. Y la recurrente y demandante se cuida de formular su suplico precisamente con ese matiz (se pide la ilegalidad del II ACMHCAPV, lo que implicaría su expulsión del ordenamiento jurídico, y subsidiariamente su inaplicación por concurrir en concurrencia prohibida, lo que supone no la ilegalidad, sino su ineficacia mientras perviva el convenio marco estatal, lo que le permitiría producir efectos una vez el acuerdo marco estatal perdiese vigencia)”.

El Ministerio Fiscal (MF) coincide con la petición subsidiaria, entendiendo que debe declararse inaplicable el II AMHCAPV por concurrir temporalmente con el V ALEH y el CCM- RC.

Frente a ello, tanto la Federación de Hostelería como CONFEBASK y los sindicatos ELA y LAB, entienden legal y aplicable el II Acuerdo Marco Autonómico (BOPV 4-2-21) en el ámbito de la Hostelería en tanto en cuanto no concurre indebidamente con el Acuerdo Marco Estatal (CCOO y UGT no comparecen).

En este sentido, parece un poco sorprendente, como se incluye también en los hechos probados, que CONFESBASK como la Federación de Hostelería, se oponen a negociar el Acuerdo Marco del País Vasco de restauración colectiva por existir ya otro de ámbito estatal. Resulta, por tanto, contradictorio a lo que ahora defiende.

V. Normativa aplicable al caso

- Estatuto de los Trabajadores:

Artículo 83.2: “2. Las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, de carácter estatal o de comunidad autónoma, podrán establecer, mediante acuerdos interprofesionales, cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva, fijando, en su caso, las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito.

Estas cláusulas podrán igualmente pactarse en convenios o acuerdos colectivos sectoriales, de ámbito estatal o autonómico, por aquellos sindicatos y asociaciones empresariales que cuenten con la legitimación necesaria, de conformidad con lo establecido en esta ley”.

Artículo 84: “1. Un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto salvo pacto en contrario, negociado conforme a lo dispuesto en el artículo 83.2, y salvo lo previsto en el apartado siguiente.

2. La regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias (...)

3. No obstante lo establecido en el artículo anterior, en el ámbito de una comunidad autónoma, los sindicatos y las asociaciones empresariales que reúnan los requisitos de legitimación de los artículos 87 y 88, podrán negociar convenios colectivos y acuerdos interprofesionales de comunidad autónoma que tendrán prioridad aplicativa sobre cualquier otro convenio sectorial o acuerdo de ámbito estatal, siempre que dichos convenios y acuerdos obtengan el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación y su regulación resulte más favorable para las personas trabajadoras que la fijada en los convenios o acuerdos estatales.

4. Podrán tener la misma prioridad aplicativa prevista en el apartado anterior los convenios colectivos provinciales cuando así se prevea en acuerdos interprofesionales de ámbito autonómico suscritos de acuerdo con el artículo 83.2 y siempre que su regulación resulte más favorable para las personas trabajadoras que la fijada en los convenios o acuerdos estatales

5. En los supuestos previstos en los dos apartados anteriores, se considerarán materias no negociables el periodo de prueba, las modalidades de contratación, la clasificación profesional, la jornada máxima anual de trabajo, el régimen disciplinario, las normas mínimas en materia de prevención de riesgos laborales y la movilidad geográfica”.

Esta es la redacción que se recoge de manera expresa en la sentencia objeto de análisis que describe con acierto la evolución y modificaciones de este precepto, incluyendo la más reciente de 2024. No obstante, como más adelante se razonará, el texto que debería tenerse presente, de los apartados 3 y 4, es el anterior a las modificaciones operadas por el Real Decreto-ley 7/2023, de 19 de diciembre y el Real Decreto-ley 2/2024, de 21 de mayo. Texto que era el siguiente (hoy derogado):

“3. Salvo pacto en contrario negociado según el artículo 83.2, los sindicatos y las asociaciones empresariales que reúnan los requisitos de legitimación de los artículos 87 y 88 podrán, en el ámbito de una comunidad autónoma, negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito estatal siempre que dicha decisión obtenga el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación.

4. En el supuesto previsto en el apartado anterior, y salvo que resultare de aplicación un régimen distinto establecido mediante acuerdo o convenio colectivo de ámbito estatal negociado según el artículo 83.2, se considerarán materias no negociables en el ámbito de una comunidad autónoma el periodo de prueba, las modalidades de contratación, la clasificación profesional, la jornada máxima anual de trabajo, el régimen disciplinario, las normas mínimas en materia de prevención de riesgos laborales y la movilidad geográfica”.

VI. Doctrina básica

Debe entenderse, que la «regla general» es que un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por convenios de ámbito distinto, salvo las excepciones legalmente establecidas, si bien, entendiéndose por vigencia la prevista inicialmente o la prorrogada, no así en principio la que se deriva por la aplicación de la ultraactividad.

No obstante, como se destaca en la propia sentencia objeto de análisis, la evolución de la jurisprudencia nos lleva, en la STS 59/2025, de 29 de enero, a reconocer que mientras que subsista la unidad de negociación y se esté negociando, se extiende tal prohibición de concurrencia, lo que no descartaría, en tal caso, en nuestra opinión, al convenio que estuviera en ultraactividad, como en algún momento anterior se ha considerado por el Tribunal Supremo aunque con posterioridad modificara su doctrina. Esta, sin embargo, no es la postura que se defiende en la sentencia que ahora comentamos, puesto que apoyándose, precisamente, en la jurisprudencia que descarta la concurrencia en situación de ultraactividad, dispone, como doctrina básica aplicable, que cuando cesa la vigencia del convenio, decae la posibilidad de bloqueo frente a nuevos convenios, de manera que, a estos efectos, ultraactividad no puede considerarse como una prórroga.

VII. Parte dispositiva

La sentencia comentada llega a una conclusión y es como hemos reflejado, que “en tanto el V ALEH nunca estuvo en ultraactividad, como tampoco el ACM-RC, se encontraba en situación de perfecta vigencia cuando se pacta el II ACHCAPV, y en consecuencia, en tanto fija una estructura de negociación colectiva existiendo “pacto en contrario” —como en igual sentido afirmamos en nuestra STS 332/2019 de 25 de abril (rcud 40/2018) ya mencionada— concurre temporalmente de forma prohibida con el Acuerdo Marco estatal, y debe quedar inaplicado”.

Por lo que, se acuerda “Estimar la demanda de impugnación de convenio colectivo formulada en su día por FERCO frente a los sindicatos ELA, LAB, la Federación de Hostelería del País Vasco, CONFEBASK, y contra UGT y CCOO como interesados, declarando la inaplicabilidad del II Acuerdo Marco de Hostelería de la Comunidad Autónoma del País Vasco (II AMHCAPV) tanto para el sector de hostelería como para el de restauración colectiva por concurrencia temporal prohibida con el V ALEH y con el IV CCM- RC”.

VIII. Pasajes decisivos

Los fundamentos jurídicos cuarto y quinto comprenden la parte esencial que motiva el fallo:

- “Un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por convenios de ámbito distinto, salvo las excepciones hoy en día legalmente establecidas (básicamente: pacto en contrario, existencia de pacto de estructura según el artículo 82.3 ET, y prioridad aplicativa limitada de los Convenios de Empresa), pero la mencionada prohibición está limitada a la vigencia del convenio, lo que significa que ese es el elemento clave para posibilitar el cambio de la unidad de negociación. Como hemos afirmado en otra ocasión: «cuando preexistiendo una unidad de negociación cubierta por un convenio colectivo, alguna de las partes firmantes y otros sujetos pretenden la negociación de un convenio cuyos ámbitos de aplicación estaban contenidos total parcialmente en el convenio preexistente, se está pretendiendo un cambio de unidad de negociación que es lo sucedido en el asunto que nos ocupa. El cambio de unidad de negociación, tal como se anticipó, sólo será posible tras la pérdida de vigencia del convenio colectivo cuyo ámbito se pretende abandonar ya que la prohibición de concurrencia se extiende durante la vigencia del convenio, pero decae una vez el convenio ha perdido su vigencia ordinaria, momento a partir del cual es posible el cambio de unidad de negociación. Tras la pérdida de vigencia de un convenio, una vez acreditado que la unidad de negociación anterior sólo subsiste porque en su momento se pactó una ultraactividad de sus cláusulas normativas hasta la entrada en vigor de un convenio nuevo, cualquiera de las partes puede desistir de dicha unidad de negociación y optar por elegir una nueva y más amplia,

pues entender lo contrario implicaría la petrificación de unidades de negociación que es algo no querido por el ordenamiento jurídico.» (de nuevo, la STS 4/2020 de 8 de enero -rc. 129/2018).

k) Además nuestra jurisprudencia ha evolucionado matizando lo anterior al señalar que, dejando aparte lo previsto para los convenios de empresa, el convenio de ámbito inferior no podrá invadir el de ámbito superior mientras éste siga vigente, e incluso tampoco después de agotarse su vigencia si estuviera negociándose (STS 59/2025, de 29 de enero, rec. 202/2024, del Pleno). En apoyo de ello, recuérdese el contenido del art.86.3 del ET («Durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo, en defecto de pacto, se mantendrá su vigencia, si bien las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio decaerán a partir de su denuncia. Las partes podrán adoptar acuerdos parciales para la modificación de alguno o algunos de sus contenidos prorrogados con el fin de adaptarlos a las condiciones en las que, tras la terminación de la vigencia pactada, se desarrolle la actividad en el sector o en la empresa. Estos acuerdos tendrán la vigencia que las partes determinen»).

- “La recurrida entiende que se encontraba en ultraactividad, atendido el dato de que se había producido —según consta en los HP (Tercero, pág. 12)— una denuncia del convenio que luego se afirmaba haber dejado sin efecto. Para la sentencia de instancia la ultraactividad ya se había producido, y estando en esa situación el V ALEH, ya no era posible admitir la preexistencia de un “pacto en contrario” pues como hemos visto, y según afirmó esta Sala en caso semejante: «Tras la pérdida de vigencia de un convenio, una vez acreditado que la unidad de negociación anterior sólo subsiste porque en su momento se pactó una ultraactividad de sus cláusulas normativas hasta la entrada en vigor de un convenio nuevo, cualquiera de las partes puede desistir de dicha unidad de negociación y optar por elegir una nueva y más amplia». (SSTS 4/2020, de 8 de enero, Rec. 129/2018, y 547/2023, de 12 de septiembre rec. 127/2021).

Dicho de otro modo, cada convenio agota su eficacia al expirar su plazo de duración pactada, momento en que se abre la posibilidad de negociar de nuevo esas condiciones, sin que el convenio más antiguo pueda bloquear indefinidamente al nuevo. Así, finalizada la vigencia pactada de un convenio, la prohibición de concurrencia cesa (con la excepción ya aludida de que continúe el proceso negociador del que termina su vigencia) y puede negociarse otro en su ámbito, pues la ultraactividad no equivale a una prórroga de la vigencia a efectos del art. 84 ET. La cuestión es si estaba realmente en ultraactividad el V ALEH o a base de sucesivas prórrogas se encontraba en una situación de “vigencia”, y al mismo tiempo, resolver si la denuncia efectuada y luego dejada sin efecto por una posterior prórroga rehabilita esa vigencia o la ultraactividad así generada es ya inexorable”.

- “para que la denuncia no provoque la irremisible caída en ultraactividad, es preciso que la prórroga se acuerde antes de que termine la vigencia pactada del convenio (o de sus anteriores y sucesivas prórrogas).

En una prórroga, el convenio sigue vigente porque las partes extendieron su duración (sigue siendo el mismo convenio en vigor, sin solución de continuidad); en la ultraactividad, en cambio, el convenio ha perdido su vigencia temporal, pero sus normas no se derogan inmediatamente, sino que perduran provisionalmente hasta que haya un nuevo convenio o se agote el periodo máximo de ultraactividad”.

IX. Comentario

De manera gráfica, en la sentencia que analizamos, se comenta que “Desde su aprobación en 1980, estos dos preceptos [arts. 83 y 84] han sufrido un total de cinco modificaciones legales (2015, 2021, 2022, 2023, 2024) al vaivén de las distintas sensibilidades económicas y sociales. Por resumir, podríamos señalar que la evolución

normativa de los arts. 83 y 84 ET desde 1980 hasta 2024 ha oscilado entre la centralización y la descentralización de la negociación colectiva, reflejando distintos contextos socioeconómicos. Nuestra jurisprudencia ha acompañado y matizado esos cambios, buscando equilibrar la seguridad jurídica en la estructura negociadora (unidad y respeto a los distintos ámbitos) con la flexibilidad necesaria para la adaptación de las condiciones laborales. Tras las sucesivas reformas, nuestro ordenamiento configura hoy un sistema articulado: los convenios de empresa gozan de autonomía y prioridad en aspectos limitados para atender las necesidades particulares de las empresas, mientras que los convenios sectoriales retoman un rol vertebrador, asegurando condiciones mínimas comunes —especialmente salariales— y cohesionando la negociación colectiva. La doctrina jurisprudencial ha intentado reforzar este equilibrio, impidiendo concurrencias indebidas y garantizando que cada nivel negociador actúa dentro del marco de articulación previsto en la ley o pactado por las partes”.

Ello se ha producido, esencialmente, a través, como decimos, por tanto, de las modificaciones en el Tít. III ET, mediante la configuración a través de lo que hemos denominado *articulación general*, a diferencia de la *articulación específica por materias*^[2]

que el legislador utiliza para buscar la misma finalidad, pero a título particular respecto a cada una de las diversas instituciones laborales (v.gr. en las remisiones a la negociación colectiva en materia de contratos, tiempo de trabajo, etc).

En este orden, nos encontramos con un cuadro que establece las reglas de la articulación general y que es el siguiente (incluyendo las últimas modificaciones legales):

A.- Regla general de no afección art. 84 ET: vigente un convenio colectivo no podrá ser afectado por otro de ámbito distinto
B.- Excepciones a la regla general de concurrencia del art. 84 ET (que se declara supletoria):
- Art. 83.2: Acuerdo Marco o convenio colectivo sectorial. Pueden fijar estructura de negociación colectiva y reglas para resolver concurrencia de convenios
- Art. 84.2: Convenio de empresa (o grupo de empresas), que pueden negociarse en todo momento, aún vigente el convenio sectorial, tiene prioridad aplicativa (no modificable por acuerdos 83.2) para determinadas materias: Abono o compensación horas extra y retribución específica de trabajo a turnos; Horario y distribución de tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos y planificación anual de vacaciones; Adaptación a empresa del sistema de clasificación profesional; Adaptación a empresa de modalidades de contratación; Conciliación de la vida laboral, personal y familiar; Más lo previsto en acuerdo 83.2 ET que puede añadir.
- Art. 84.3 y 4: Convenio de ámbito de CC.AA. • Puede afectar a uno estatal (prioridad aplicativa si son más favorables) • Quorum cualificado • Reserva de materias: Período de prueba; Modalidades de contratación; Clasificación profesional; Jornada máxima anual de trabajo; Régimen disciplinario; PRL (normas mínimas); Movilidad geográfica.
- Art. 41.6 ET: Modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo estatutario: remisión al Art. 82.3 ET: Descuelgue convencional (con posibilidad de actuación de las comisiones <i>ad hoc</i>). Precepto que incluye entre sus materias: Jornada de trabajo; Horario y distribución del tiempo de trabajo; Régimen de trabajo a turnos; Sistema de remuneración y cuantía salarial; Sistema de trabajo y rendimiento; Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39; Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

En el supuesto que se analiza, encontramos hasta tres escalones de dicho cuadro, en tanto que, de una parte, podemos hacer referencia a la regla general, pero, de otra, a las reglas particulares que pueden establecer los convenios o acuerdos del art. 83.2 ET, además de las salvedades que pueden fijar, con prioridad frente a otros, los acuerdos o convenios de ámbito autonómico.

Esta última prioridad del marco autonómico ha sido expresamente reforzada, quedando definitivamente delimitada por el Real Decreto-ley 2/2024, de 21 de mayo. Y ello resulta determinante en cuanto al fallo de la sentencia, ya que, a pesar de que ésta refiere el texto del art. 84 ET resultante de esta reforma de 2024, utiliza, para resolver, el texto previo coexistente al momento en el que se presenta la cuestión sometida a debate. Y la diferencia es clara: mientras que en la redacción anterior se introducía la excepción expresa de “Salvo pacto en contrario”, esta referencia se elimina en la versión actual, no sometiendo, por tanto, a los acuerdos autonómicos, a ninguna previsión que existiera en el marco estatal. Ello supone que la solución que se alcanza, se hace (sin que quede perfectamente reflejado en la resolución judicial) conforme a una normativa ya derogada y lo que es adecuado en ese contexto, ya no lo es para cualquier supuesto que pudiera producirse con posterioridad a la entrada en vigor del reiterado Real Decreto-ley 2/2024, de 21 de mayo. Ahora, la prioridad es el acuerdo o convenio de ámbito autonómico, por lo que únicamente exigiría comprobar la vigencia previa de otro acuerdo o convenio estatal, a los efectos de concurrencia, para determinar cuál de ellos es más favorable para las personas trabajadoras. Pero, en principio, no puede deducirse la misma consecuencia anterior de prohibición de concurrencia.

Por otra parte, podríamos entender, del mismo modo, que la solución que alcanza al sentencia es cuestionable. Recordemos, en este sentido que, efectivamente, la jurisprudencia ha sido oscilante. Así, se entendía que la prohibición de concurrencia se mantenía durante la ultraactividad si persistía la expectativa de negociación (STS 30 de diciembre de 2015 y, en el mismo sentido, STS núm. 1045/2018, de 12 diciembre). Siendo así, si apareciera, cronológicamente, un segundo convenio, el denunciado o el que se mantuviera por prórroga (en caso de falta de denuncia) y éste entrarían en una situación de concurrencia que debe ser resuelta en favor del convenio colectivo más antiguo, siendo inaplicable el convenio colectivo negociado y publicado con posterioridad, durante el tiempo en el que se pueda acreditar la subsistencia del primero vía ultraactividad.

No obstante, con fecha de 5 de octubre se falla la STS núm. 958/2021, que parece afirmar que, con carácter general, la concurrencia entre convenios se limita a la duración inicial del convenio y a una posible prórroga, sin que se incluya, en tal caso, la ultraactividad. Cambiaría, por tanto, el planteamiento realizado, totalmente: “La aplicación de la transcrita doctrina, comúnmente aceptada en el ámbito científico y jurisprudencial, al supuesto que examinamos debe conducir a la conclusión de que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia de contraste habida cuenta de que, como se avanzó, la prohibición de concurrencia entre convenios colectivos que proclama como regla general el artículo 84.1 ET se extiende durante la vigencia del convenio preexistente. Expresión legal que hay que entender como la referida a la vigencia inicial prevista en el convenio o prorrogada expresamente por las partes, pero no al período posterior a tal vigencia, una vez el convenio ha sido denunciado, conocido como de vigencia ultraactiva, ya sea prevista en el propio convenio o, en su defecto, la establecida en el artículo 86.3 ET”.

Pero recordemos que, precisamente, cuando se denuncia un convenio y entra en ultraactividad, se mantiene la unidad negociadora -el art. 86.3 ET dispone que “Durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo, en defecto de pacto, se mantendrá su vigencia”. Y que la misma STS 597/2025, de 17 de junio, es la que reitera que si la unidad de negociación se mantiene, subsiste la prohibición de concurrencia, como ya había señalado la STS 59/2025, de 29 de enero.

¿Es posible, por tanto, rechazar de manera genérica que un convenio colectivo en situación de ultraactividad está vivo a efectos de concurrencia? ¿no dependerá, en su caso, de la pervivencia de la unidad negociadora y de la actividad negocial? ¿no es justo eso lo que defiende la propia Sala IV en la sentencia analizada y en la citada STS 59/2025, de 29 de enero?

Además, si existe la posibilidad de una ultraactividad convencional, con los efectos que las propias partes dicten ¿no se puede equiparar a la prórroga? ¿se deja sin sentido la denuncia y ultraactividad?

X. Apunte final

Para concluir, debemos indicar que, de una parte, como hemos indicado, la solución adoptada, ya no es adecuada para la regulación de la excepción a la regla general del art. 84.1 ET (*prior in tempore potior in iure*) que establece el mismo art. 84 en sus apartados 3 y 4 respecto a la prioridad de los acuerdos o convenios de ámbito empresarial (con prioridad no condicionada ni condicionable, sobre los de ámbito estatal, únicamente sometidos al principio de norma más favorable, lo que de por sí, admite concurrencia).

De otra, que la sentencia parece un tanto contradictoria en su fundamentación jurídica y fallo. Sea porque manifiesta, de acuerdo con jurisprudencia reciente, que si se mantiene la negociación se extiende la concurrencia y, sin embargo, aunque ello es propio del fenómeno de la ultraactividad (aunque no siempre), ésta se rechaza de manera genérica a los efectos de prohibición de concurrencia (que sí reconoce cuando hay prórroga). En esta línea, lo que bloquea la negociación de convenios posteriores no debe ser que el convenio se encuentre en ultraactividad o no, sino que se mantenga la unidad de negociación y la expectativa de alcanzar un acuerdo por la actividad desplegada para ello.

En tal caso, para comprobar cuál es el convenio colectivo —o Acuerdo— más antiguo, deberíamos estar al momento de conformación de la unidad de negociación, que no tiene por qué ser el de la constitución de la comisión negociadora para el último convenio, sino cuando de manera primigenia se constituye la reiterada unidad de negociación. A partir de ello, debe comprobarse si la existencia de periodos prolongados de tiempo o la inexistencia de negociación, ha supuesto la desaparición de aquella y la creación de otra posterior, ya que, en esas situaciones, en ese período intermedio sí habría desaparecido la prohibición de concurrencia^[3].

Referencias:

1. ^ “Por Resolución de 11 de noviembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, publicada en el «BOE» núm.307, del lunes 23 de noviembre de 2020, se registró y publicó el acuerdo parcial por el que se prorrogó el V Acuerdo Laboral de ámbito Estatal para el sector de Hostelería. Las representaciones de las organizaciones empresariales Hostelería de España y CEHAT y de las organizaciones sindicales de FeSMC-UGT y Servicios CCOO, acordaron dar una nueva regulación al artículo 6 del vigente ALEH V ámbito temporal, estableciendo un nuevo periodo de su vigencia hasta el día 31 de diciembre del año 2021. En fecha 28 de diciembre de 2021 se acordó una nueva prórroga que supuso la ampliación de la vigencia temporal de un año más. hasta el día 31 de diciembre de 2022. En el acta de firma de esta prórroga del ALEH V consta al final del apartado 1. que la prórroga acordada supone dejar sin efecto la denuncia que se había llevado a cabo por los sindicatos FeSMC-UGT y Servicios-CCOO, en fecha 1 de octubre de 2020, lo que dejaba en evidencia la voluntad de las partes firmantes de prorrogar expresamente la vigencia inicial del ALEH V, descartándose por tanto su ultraactividad. No obstante, por Resolución de 9 de marzo de 2022 de la Dirección General de Trabajo, publicada en el BOE de 22 de marzo de 2022, se registra y se acuerda publicar el acuerdo de prórroga durante el año 2022 "la ultraactividad" del ALEH V. Pero según informe (pedido por aclarar error) en Interpretación de

la Comisión Paritaria del ALEH de fecha 30/01/2023, el ALEH V en ningún momento se ha encontrado en situación de ultraactividad, sino de prórroga expresa durante los años 2020, 2021 y 2022, una vez transcurrida su vigencia inicial (2015-2019)”.

2. *^ VILA TIerno, F. La negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna en la empresa. Reflexiones tras cinco años de la última reforma laboral, Comares, Granada, 2017.*
3. *^ Repárese que hablamos, en este contexto, del II Acuerdo Marco CAPV en el ámbito de la hostelería ¿pero debemos retrotraernos al más antiguo? Y es que por Resolución de 27/02/2017, de la Directora de Trabajo y Seguridad Social, se dispuso el registro, publicación y depósito del I Acuerdo (BOPV 16/03/2017). Mientras que en el primer convenio marco de restauración estatal se publica en BOE de 22 de marzo de 2016 y el Acuerdo Estatal de Hostelería con fecha de 1 de julio de 2002.*

§ 68 La indemnización legal por despido improcedente y su adecuación a la reparación del daño: exclusión de indemnizaciones de responsabilidad civil complementarias o adicionales.

María Emilia Casas Baamonde

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Presidenta Emérita del Tribunal Constitucional

Resumen: El Tribunal Supremo realiza el control de convencionalidad de los artículos 10 del Convenio 158 de la OIT y 24.b) de la Carta Social Europea revisada en relación con el artículo 56. 1 del Estatuto de los Trabajadores. La indemnización legal, tasada y topada, es adecuada para la reparación efectiva y total del daño causado a la persona trabajadora por un despido improcedente. Fin de la doble indemnización por despido ilícito: la legal tasada y la adicional resultante del daño efectivo y superior causado, acreditado a través de una acción de responsabilidad civil contractual. La regulación laboral de la indemnización del despido disciplinario sin causa excluye su complementación por el régimen de reparación de daños y perjuicios del Derecho civil.

Palabras clave: Despido improcedente. Indemnización adecuada. Convenio 158 de la OIT. Carta Social Europea revisada. Control de convencionalidad. Comité Europeo de Derechos Sociales. Comité de Ministros del Consejo de Europa. Recomendaciones. Acciones de responsabilidad civil.

Abstract: The Supreme Court carries out a conventionality review of Articles 10 of ILO Convention No. 158 and 24.b) of the Revised European Social Charter in relation to Article 56.1 of the Workers' Statute. The statutory indemnity, which is fixed and capped, is adequate for the full and effective compensation of the damage suffered by the worker as a result of unfair dismissal. This marks the end of double compensation for unlawful dismissal: the fixed statutory indemnity and the additional compensation corresponding to the actual and greater damage caused, evidenced through an action for contractual civil liability. The labor law regime governing indemnity for disciplinary dismissal without cause excludes its supplementation under the civil law system for damages.

Keywords: Unfair dismissal. Adequate compensation. ILO Convention No. 158. Revised European Social Charter. Conventionality review. European Committee of Social Rights. Committee of Ministers of the Council of Europe. Recommendations. Actions for civil liability.

I. Introducción

La sentencia del Pleno de la Sala de lo Social de Tribunal Supremo 736/2025, de 16 de julio de 2025, unifica doctrina acerca de la importante cuestión jurídica, muy controvertida en el debate judicial y doctrinal^[1], de si el sistema de indemnización

tasada o baremada del despido disciplinario improcedente, regulado en el art. 56.1 ET, ofrece una reparación “adecuada” de la pérdida de empleo injustamente sufrida por el trabajador, o si, por el contrario, la indemnización resultante del sistema legal no es adecuada en casos en que se acredite que no repara el daño real causado a la persona trabajadora y no se conforma a las exigencias de las normas internacionales ratificadas por España: el art. 10 del Convenio núm. 158 de la OIT y el art. 24 de la Carta Social Europea, revisada, suscrita en Estrasburgo en 1996 y ratificada por España (BOE de 11 de junio de 2021), con entrada en vigor en nuestro ordenamiento jurídico el 1 de julio de 2021. Ambas normas internacionales reconocen el derecho a la protección efectiva de las personas trabajadoras en caso de despido, estableciendo el derecho de los trabajadores despedidos de manera injustificada o sin razón válida a una “indemnización adecuada o a otra reparación [que se considere] apropiada”.

No es necesario justificar aquí la importancia de la indemnización objetivada por despido disciplinario improcedente como institución medular del régimen jurídico del despido ilícito en los sistemas que no garantizan la estabilidad real en el puesto de trabajo, y su especial *vis* atractiva de las indemnizaciones correspondientes a otras extinciones contractuales causales (extinciones contractuales por voluntad del trabajador) e ilícitas (despidos objetivos improcedentes). Ocupa un lugar central en las políticas de regulación del mercado de trabajo y, más ampliamente, en el Derecho del trabajo y de la seguridad social y en su función protectora de un bien tan valioso como el trabajo, el empleo, además de ser la figura de despido más aplicada en la práctica.

Sin necesidad de retrotraernos excesivamente en el tiempo, partiendo del sistema jurídico-laboral constitucional, es sabido que la improcedencia del despido disciplinario y el mantenimiento de su indemnización desempeñó, en los años 80 del pasado siglo, el papel de pieza intercambiable con la flexibilización de la contratación temporal como política de empleo. En crisis económica posteriores, el ajuste reductor de los *quantums* indemnizatorios del despido disciplinario improcedente, a partir de sus elementos de cálculo, se justificaron en nombre de la creación de un empleo estable, que no llegó hasta la reforma laboral de 2021, que, sin embargo, no ha acabado de resolver este problema estructural de nuestro mercado de trabajo. No deja de ser una anomalía, un contrasentido, que la cuantía indemnizatoria del despido disciplinario ilícito, y no del económico empresarial lícito, siga siendo el objeto de atención preferente en torno al que gira el debate sobre el despido y su precio —si es caro o barato, rígido o flexible en España— en tiempos de grandes transformaciones empresariales y del trabajo (digital, climática, demográfica), que han de ser justas según el Derecho de la Unión Europea.

De ahí la importancia de esta sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en la que el debate ha llegado a su deliberación y aprobación. Aprobada por los votos de la presidenta y de nueve magistrados y magistradas, cuenta con votos particulares formulados por un magistrado y por una magistrada y un magistrado. Es una sentencia mayoritaria, aunque, una vez aprobada, no sea una sentencia de la mayoría, sino de la Sala. Ha dado lugar a un buen número de análisis y comentarios sobre la polémica que la sentencia cierra y los términos en que lo hace. De ahí la relevancia de esta sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en la que el debate alcanzó la fase de deliberación y aprobación. Aprobada con los votos favorables de la presidenta y de nueve magistrados y magistradas, cuenta con dos votos particulares formulados por un magistrado y por una magistrada y un magistrado. Se trata, por tanto, de una sentencia mayoritaria que, una vez adoptada, deja de serlo para convertirse en la sentencia de la Sala. Como era de esperar, ha suscitado ya numerosos análisis y comentarios, tanto sobre la controversia que resuelve como, particularmente, sobre los términos en que lo hace^[2].

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social en Pleno.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 736/2025, de 16 de julio.

Tipo y número recurso: RCUd núm. 3993/2024.

ECLI:ES:TS:2025:3387

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Antonio Blasco Pellicer.

Votos Particulares: 2 votos particulares de un magistrado y de una magistrada y un magistrado

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El problema objeto del recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si un trabajador despedido improcedentemente tiene derecho, además de a la indemnización tasada por despido disciplinario del artículo 56.1 ET, a otra indemnización adicional o complementaria para reparar los particulares perjuicios causados por su despido, en aplicación de los artículos 10 del Convenio 158 OIT y 24 de la Carta Social Europea, revisada. En los términos de la sentencia del Tribunal Supremo comentada, “el centro de la controversia jurídica es si la indemnización legal por despido puede ser superada y mejorada más allá de lo que el legislador español ha establecido, con carácter general, para todo despido que se califique de improcedente” (FD 3º.1).

1. Hechos

Conforme a la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, el trabajador demandante prestó servicios a la empresa demandada desde el 16 de febrero de 2022. El 23 de septiembre siguiente, le fue notificada carta de despido disciplinario por no haber cumplido satisfactoriamente las tareas encargadas por sus superiores y no obtener el rendimiento de trabajo necesario. Tras el despido, el trabajador percibió prestaciones por desempleo, desde el 24 de septiembre de 2022 hasta el 23 de mayo de 2023, estando dado de alta en la empresa Fibra y Sistemas, SL, desde el 28 de junio de 2023.

2. Antecedentes

El Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona dictó sentencia de 26 de septiembre de 2023, por la que estimó en parte la demanda del trabajador sobre despido, declaró su improcedencia por la insuficiencia del relato fáctico contenido en la carta, y condenó a la empresa demandada a indemnizar al trabajador con una cantidad de 1.506,78 euros resultante de la aplicación del art. 56.1 ET, al pago de la cantidad de 347,22 euros, más el 10% por demora en el pago, en concepto de “regulación vacaciones”, y a la cantidad de 5.410,36 euros de indemnización adicional por lucro cesante.

La Sala de lo Social del TSJ de Cataluña estimó el recurso de suplicación^[3] de la empresa en sentencia 3125/2024, de 31 de mayo, que revocó la condena a la recurrente al abono de 5.410,36 euros en concepto de indemnización adicional por lucro cesante. Argumentó la sentencia de suplicación que el carácter exiguo de la indemnización por despido improcedente no podía justificar la concesión de la indemnización adicional por lucro cesante porque la escasez indemnizatoria era consecuencia del escaso tiempo de la prestación servicios; que no hay ningún hecho de la sentencia del que se desprenda el abuso de derecho en la contratación; y que la alegación del perjuicio sufrido por ser la prestación por desempleo percibida inferior al salario era consecuencia de la propia dinámica de la prestación.

El trabajador formalizó recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción de la sentencia recurrida con la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco 1040/2024, de 23 de abril^[4].

IV. Posición de las partes

El trabajador recurrente denuncia la infracción de los arts. 10 del Convenio 158 OIT y 24 de la Carta Social Europea, revisada, y del artículo 56 ET, porque la indemnización fijada conforme a su regulación no resarce suficientemente al trabajador por la pérdida del empleo en los términos previstos en las normas internacionales reseñadas. Solicita la aplicación directa de las normas internacionales citadas, en especial el artículo 24 CSE y su interpretación por la Decisión del CEDS sobre la legislación española en materia de despido improcedente -denuncia 207/2022-.

La empresa demandada solicitó en su recurso de suplicación la revocación del pronunciamiento referido a la indemnización adicional por lucro cesante por no se ajustada a Derecho ni conforme con la doctrina de la Sala. El demandante no había concretado los daños y perjuicios causados por el despido, con la consecuencia de su fijación de oficio por la sentencia de instancia, había percibido prestaciones por desempleo, y el despido no ha sido realizado con fraude de ley ni abuso de derecho.

El Ministerio Fiscal informa que no concurre la necesaria contradicción entre las sentencias comparadas, pues los hechos examinados en una y otra resolución no son exactamente los mismos. Subsidiariamente, en cuanto al fondo, considera el recurso improcedente e interesa su desestimación.

V. Normativa aplicable al caso

Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1982

“Artículo 10”

- adecuada u otra reparación que se considere apropiada”.

Carta Social Europea, revisada, hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996

“Artículo 24. Derecho a protección en caso de despido”

“Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a protección en caso de despido, las Partes se comprometen a reconocer:

[...]

b) el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada”.

[...]

Estatuto de los Trabajadores

“Artículo 56. Despido improcedente”

“1. Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo”

[...]

VI. Doctrina básica

La Sala aprecia la existencia de contradicción, presupuesto procesal del recurso casacional (art. 219 LRJS,) al estimar que, pese a no coincidir plenamente las

circunstancias de los casos comparados, concurre entre ellos una identidad sustancial. Dicha identidad se desprende de elementos comunes relevantes —breve duración de los contratos, reducida cuantía de las indemnizaciones y ausencia de causa justificativa del despido—, sin que las diferencias apreciadas resulten determinantes para resolver la cuestión casacional planteada.

1. Sobre el control judicial de convencionalidad y la selección de la norma aplicable; las condiciones del desplazamiento de la norma interna por la internacional; las razones de la negación del desplazamiento de la aplicación del artículo 56.1 ET (indemnizaciones tasadas por despido improcedente) por los artículos 10 del Convenio 158 de la OIT y 24 de la CSE, revisada.

La sentencia comienza realizando el juicio de convencionalidad, que le compete, de acuerdo a la doctrina constitucional, y de la propia Sala, de las normas internas con el canon de enjuiciamiento de las internacionales válidamente incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico para determinar la selección de la norma aplicable y aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional. Obviamente, los arts. 10 del Convenio 158 de la OIT y 24 de la CSE, revisada, cuya aplicación directa solicita el trabajador recurrente, son normas integradas en nuestro ordenamiento jurídico.

No todas las normas de convenios internacionales, incorporados a nuestro ordenamiento jurídico interno por su válida celebración y publicación en el BOE, son ejecutivas y directamente aplicables y tienen virtualidad jurídica para desplazar normas internas.

Recuerda el TS que su anterior STS 1350/2024, de 19 de diciembre^[5], negó, atendiendo a su texto normativo, la aplicabilidad directa del artículo 10 del Convenio 158 OIT, que en caso de despido injustificado contempla el pago de “*una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada*”, y negó, en consecuencia, que la indemnización resultante del art. 56.1 ET pudiera verse incrementada en vía judicial con otras cuantías que atiendan a las circunstancias concretas del caso, con amparo en la citada norma internacional, que el art. 56.1 ET desarrolla legítimamente como legislación nacional. En el marco del juicio de convencionalidad del citado precepto del Convenio 158 OIT, la Sala reitera que las cláusulas abiertas de la norma internacional —«indemnización adecuada» y «reparación apropiada»— no se traducen en criterios concretos para determinar una cuantía u otro tipo de compensación del despido injustificado.

En el marco de la libre disponibilidad de los legisladores internos, el legislador español, en el art. 56.1 ET, y en los arts. 182.1.d) y 183 LRJS cuando el despido vulnere derechos fundamentales o libertades públicas, “no ha establecido una indemnización libre para compensar la pérdida injustificada del empleo, cuando es una, ya tasada, que ha venido ofreciendo seguridad jurídica y uniformidad para todos los trabajadores que, ante la pérdida del mismo empleo, son reparados en iguales términos, sin necesidad de tener que acreditar los concretos daños y perjuicios sufridos” (FD 4.º.1).

La indemnización prevista por el legislador para el despido improcedente es, de acuerdo a la doctrina del TC y de la Sala, “*adecuada*” a los efectos del art. 10 del Convenio 158 OIT. La sentencia repasa su doctrina y la jurisprudencia constitucional. La indemnización por despido improcedente está objetivamente tasada por el legislador interno con la consecuencia de que, pese a su naturaleza reparadora, ha renunciado a satisfacer el principio de la “*restitutio in integrum*”; “cumple una función sustitutoria del resarcimiento de perjuicios, aunque no se calcula en función de los mismos”, con cita de la STC 6/1984 (FD 4.º 3). En nuestro sistema constitucional pertenece al ámbito de la libertad de configuración del legislador (art. 35.2 CE) determinar el régimen jurídico de la extinción del contrato de trabajo y fijar sus efectos. El legislador ha decidido no trasladar al Derecho del trabajo el régimen de reparación de daños y perjuicios del Derecho civil y establecer “una indemnización con elementos de cálculo tasados”, determinando “los factores a considerar y su valor numérico, así

como su posible modificación normativa en un momento determinado”, con cita aquí del ATC 43/2014, que formuló en su cuerpo argumental ese juicio de adecuación de la regulación del art. 56.1 ET —que responde al principio general de la limitación legal del despido y no toma en consideración el daño real causado al trabajador por su despido ilícito y las circunstancias del caso— a la citada norma internacional. La sentencia termina el juicio de convencionalidad a partir de la norma internacional de la OIT, afirmando, por remisión a la doctrina del Tribunal Constitucional y a la jurisprudencial, que “la indemnización tasada que nuestra legislación ha establecido es una indemnización adecuada” (FD 4º.3).

Expresándose la literalidad del art. 24.b) de la CSE, revisada, en iguales términos que el art. 10 del Convenio 158 OIT —reconoce el derecho del trabajador despedido sin causa válida a “una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada”—, el juicio de convencionalidad del art. 56.1 ET, efectuado ahora con el canon interpretativo de la norma de la CSE, revisada, ha de ser el mismo que el efectuado con la norma internacional, siendo incluso “mas exigente” la redacción de la norma internacional que la europea (FD 5º. 1).

Son afirmaciones esenciales de la sentencia las que versan sobre la naturaleza no ejecutiva del precepto contenido en el art. 24 CSE, revisada, que, por consiguiente no es directamente aplicable y no puede desplazar la aplicación del art. 56 ET: el precepto es programático, no identifica elementos concretos para fijar un importe económico o de otro contenido, adolece de una patente inconcreción y extrema vaguedad. Pero, además, la precisión del Anexo de la CSE, revisada, en su parte II, apdo. 4, respecto del art. 24, es decisiva para su interpretación, pues manifiesta que la indemnización o la reparación apropiada en caso de despido injustificado debe ser “fijada por las leyes o reglamentos nacionales, por los convenios colectivos o por cualquier otro procedimiento adecuado a las circunstancias nacionales”, mandato que, atendiendo a los términos de su formulación y a la falta de su determinación en el citado art. 24, se dirige al legislador o a la negociación colectiva, y no al juez en un proceso, “ya que para ello hubiera sido necesario que las consecuencias del despido sin razón válida estuvieran fijadas de modo ejecutivo aplicable directamente, lo que -como se ha visto- no es el caso” (FD 5º.2).

La sentencia comentada lleva su razonamiento un paso mas allá: no es que el legislador estatutario, en el art. 56.1, se haya movido en el espacio indeterminado del art. 24.b) de la CSE, revisada, es que ha dado cumplimiento al mandato de la norma internacional y ha fijado la “indemnización adecuada” mediante el sistema de indemnizaciones tasadas en función del salario y años de servicio del trabajador, con los límites establecidos, superados en su caso por la negociación colectiva. Vuelve la sentencia a insistir en que esa fijación legal no es contraria a la CE, según la jurisprudencia constitucional citada, a la que añade la STC 20/1994.

Y añade que es también el modo de proceder del Derecho de la Unión Europea, obviamente un ordenamiento distinto al del Consejo de Europa. El derecho a una “indemnización adecuada” en caso de despido injustificado y la competencia de los legisladores estatales para establecerla se afirman también en el Derecho de la Unión Europea: en el pilar europeo de derechos sociales (principio 7) y en su Carta de derechos fundamentales (art. 30), habiendo declarado el TJUE que el art. 30 no tiene eficacia directa, precisando de normas del Derecho de la Unión o de los Derechos de los Estados para producir efectos (*Plamarco*, C-196/23 sentencia de 11 de julio de 2024, &54).

Concluye la sentencia su control de convencionalidad, haciendo hincapié en que su efecto de desplazamiento de la norma interna por la internacional, por la *oposición* de aquella a esta, únicamente tiene lugar en los casos en que “la norma internacional ofrezca claridad y certeza, evitando la inseguridad jurídica” (FD 5º. 3). Advierte que ese parámetro del control de convencionalidad fue el aplicado por la Sala, además de en otras, en su referida sentencia 1350/2024 y en esta. Y que es elemento decisivo para la selección de la norma aplicable, el art. 56.1 ET, el indubitado carácter no

ejecutivo del artículo 24 CSE, revisada, y la remisión de su Anexo a la determinación de su contenido por los legisladores o por los convenios colectivos estatales.

2. La Decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales núm. 207/2022, recaída en el procedimiento de reclamación colectiva instado por UGT contra España, publicada el 29 de julio de 2024, y la recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a España, de 27 de noviembre de 2024. La llamada al Estado legislador

Habiendo invocado el recurrente como sustento de las infracciones legales denunciadas la Decisión del CEDS 207/2022, y siendo la solicitud de una “indemnización adicional” —a la tasada y topada, cuantificada conforme al art. 56.1 ET—, el “núcleo casacional del presente recurso”, la sentencia destina sus fundamentos de derecho finales (6º y 7º) al enjuiciamiento de la Decisión del CEDS por exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

La Sala considera que la Decisión del CEDS, cuya conclusión reproduce, se expresa “con un alto grado de indeterminación”, que permite diversas interpretaciones de sus términos y expresiones jurídicas, al punto que —afirma la sentencia— “podría concluirse, perfectamente, que el sistema español cumple con las exigencias del CEDS”. También la recomendación final del Comité de Ministros al Estado español, basada en la decisión del CEDS, y también reproducida, es “etérea e inconcreta”. La conclusión del CEDS, adoptada por 13 votos contra 1, dice así: “El Comité considera que los límites máximos fijados por la legislación española no son lo suficientemente elevados para reparar el daño sufrido por la víctima en todos los casos y para disuadir al empleador. Es posible que no se tenga debidamente en cuenta el perjuicio real sufrido por el trabajador afectado en relación con las características específicas del caso, entre otras cosas porque la posibilidad de una indemnización adicional es muy limitada. Por consiguiente, el Comité considera que, a la luz de todos los elementos mencionados, el derecho a una indemnización adecuada u otra reparación apropiada en el sentido del Artículo 24.b de la Carta no está suficientemente garantizado”. El Comité de Ministros recomienda a España que “continúe sus esfuerzos para asegurar que la indemnización de daños económicos y morales reconocida a las víctimas de despidos improcedentes sin razón válida sea realmente disuasoria para el empleador y que proceda a modificar la legislación para asegurar que la indemnización tasada toma en consideración el daño real sufrido por las víctimas y las circunstancias individuales de su caso concreto, quedando obligado el Reino de España a comunicar las acciones que a adoptar para cumplir con esta recomendación en el siguiente informe de seguimiento de esta decisión”.

Lo que la sentencia destaca es la radical incapacidad del control judicial de convencionalidad para remediar el eventual desajuste normativo entre el art. 24 CSE, revisada, según la recomendación del Comité de Ministros, y la regulación legal española de indemnizaciones tasadas y topadas por despido improcedente.

Sobre la recomendación del Comité de Ministros, se dirige al Estado, en concreto a sus poderes legislativos, obligados a su cumplimiento en los términos de la Carta. Aun aceptando hipotéticamente que el art. 24 CSE, revisada, dice lo que el CEDS dice que dice, la sentencia remarca que la propia indefinición de los conceptos de la Carta imposibilita la operación judicial de desplazamiento normativo por resultar radicalmente ajeno a la función judicial concretar el contenido de la regulación que debería aplicarse si el TS aceptase desplazar la aplicación del artículo 56.1 ET. La remisión por el Anexo de la CSE, revisada, a las leyes y a los convenios colectivos prueba que esa concreción no es tarea de los órganos judiciales. La exigencia de una “indemnización adecuada” o de “reparaciones apropiadas” implica valorar factores de política legislativa —protección por desempleo, cobertura frente a insolvencias o eficacia de la ejecución—, que exceden la función judicial. Las recomendaciones del Comité de Ministros, basadas en las decisiones del CEDS, no carecen de eficacia, pero esa eficacia opera en el ámbito que le es propio: controlar el desajuste de las legislaciones de los Estados con la CSE, que han de resolver sus poderes legislativos, a quienes corresponde dar efectividad a la recomendación, pero esta, fundada en la decisión del CEDS, “con independencia de la posición que se sostenga con relación al

contenido y cumplimiento por el ordenamiento interno español de las exigencias contenidas en la misma”, “no permite constatar un desajuste normativo de los que permite remediar el control judicial de convencionalidad”. “En definitiva, desde la función jurisdiccional que nos corresponde, debemos insistir que el tenor de la carta no es autosuficiente, completo o ejecutivo y que solo la intervención de los poderes normativos puede comportar las consecuencias que la recomendación —con fundamento den la decisión del CEDS— ha resuelto establecer” (FD 6º.2).

Sobre las decisiones del CEDS, respondiendo al recurrente, la sentencia afirma que no son directamente aplicables, pues carecen de eficacia ejecutiva (STC 61/2024, sobre la falta de fuerza ejecutiva de los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas), no son vinculantes en la interpretación de la Carta, y, categóricamente, no vinculan a la Sala en el ejercicio de su potestad jurisdiccional en la interpretación y aplicación de la norma y en el ejercicio del control de convencionalidad. En la regulación del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas (1995), la decisión del CEDS no se adopta en un proceso judicial, tiene valor de informe, dirigido exclusivamente al Comité de Ministros del Consejo de Europa, que este resuelve adoptar —de obtenerse las mayorías requeridas— como base de sus recomendaciones dirigidas a los Estados frente a los que se presentaron las reclamaciones (arts. 8 y 9).

En esta parte de su argumentación, la sentencia subraya que el valor jurídico de las decisiones del CEDS, sin la posterior resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa, es irrelevante en términos de eficacia vinculante, aunque reconoce su indiscutible valor de informe jurídico de un comité de expertos independientes inserto en el procedimiento de adopción de resoluciones del Comité de Ministros.

No obstante, reabre la cuestión de la falta de efectos vinculantes de las decisiones del CEDS con datos de la experiencia comparada francesa e italiana. Y marca la diferencia del CEDS —carece de naturaleza jurisdiccional, no es un tribunal— con el TEDH, en el Derecho del Consejo de Europa, que no establece mecanismo alguno para que las recomendaciones del Comité sean obligatoriamente cumplidas por los Estados afectados. Tampoco en el Derecho de la Unión Europea, en el Derecho primario y, en concreto, en la Carta de derechos fundamentales, hay rastro de su existencia, a diferencia de lo que sucede con el TEDH.

Concluye, definitivamente, recordando que las decisiones del TJUE y del TEDH son vinculantes para los órganos judiciales nacionales (arts. 4 bis y 5 bis LOPJ), y, en el orden jurisdiccional social, pueden ser llevadas como contradictorias a la casación unificadora de doctrina (art. 219.2 LRJS), “pero en ningún caso a las decisiones del CEDS, que no es un órgano jurisdiccional como exige el precepto” (FD 7º.2).

VII. Parte dispositiva

“1.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por [...]

2.- Confirmar y declarar la firmeza de la sentencia núm. 3125/2024, dictada el 31 de mayo por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de suplicación núm. 421/2024.

3.- No efectuar pronunciamiento alguno sobre imposición de costas”.

VIII. Pasajes decisivos

- “[...] lo que está en el centro de la controversia jurídica es si la indemnización legal por despido puede ser superada y mejorada más allá de lo que el legislador español ha establecido, con carácter general, para todo despido que se califique de improcedente” (FD

3º.1).

- “Nuestra jurisprudencia, adecuada en este punto a la doctrina constitucional (STC 87/2019, de 20 de junio, entre otras), viene sosteniendo que no todos los convenios internacionales o sus disposiciones son ejecutivas, aunque se integren en nuestro ordenamiento, de manera que lo en ellos recogido puede, o no, ser directamente aplicable por los órganos judiciales, sin necesidad de un posterior desarrollo normativo interno que exprese la voluntad de nuestro legislador, pudiendo ocurrir que ciertas normas o algunas de sus disposiciones tan solo establezcan obligaciones para que los Estados que los suscriben tomen las medidas necesarias para su ejecución y adapten su ordenamiento jurídico” (FD 3º.3).

- “[...] declarado judicialmente el despido como improcedente, el órgano judicial no puede reconocer una indemnización adicional y distinta a la establecida en el art. 56 ET, en atención a las disposiciones del Convenio núm. 158 de la OIT. Del art. 10 del Convenio 158 OIT se desprende que son las legislaciones internas la que pueden determinar la indemnización adecuada, y podrán hacer ese diseño con base en diferentes y variados factores e, incluso, haciendo previsiones específicas frente a situaciones que comprometan especiales derechos. Y esto es lo que ha realizado el legislador nacional en el art. 56.1 del ET, desarrollo que se estima no se aparta de las previsiones del artículo 10 del Convenio 158 OIT” (FD 4º.1)

- “Nuestra legislación no ha establecido una indemnización libre para compensar la pérdida injustificada del empleo, cuando es una, ya tasada, que ha venido ofreciendo seguridad jurídica y uniformidad para todos los trabajadores que, ante la pérdida del mismo empleo, son reparados en iguales términos, sin necesidad de tener que acreditar los concretos daños y perjuicios sufridos” (FD 4º.1).

- “[...] las expresiones «indemnización adecuada» y «reparación apropiada» no se identifican o especifican en términos o elementos concretos que deban ser atendidos a la hora de fijar un importe económico determinado o de otro contenido. Esto es, el Convenio 158 OIT está imponiendo una protección frente a un despido injustificado sin precisar su contenido exacto lo que permite entender que la aplicación del citado precepto, en lo que a la indemnización económica u otra reparación se refiere, queda condicionada a lo que la legislación interna desarrolle a tal efecto” (FD 4º.2).

- “En definitiva y en lo que ahora interesa, del citado artículo 10 del Convenio 158 OIT se desprende que son las legislaciones internas la que pueden determinar la indemnización adecuada, y podrán hacer ese diseño con base en diferentes y variados factores, e, incluso, haciendo previsiones específicas frente a situaciones que comprometan especiales derechos. Y esto es lo que ha realizado el legislador nacional en el art. 56.1 del ET con carácter general y en los artículos 182.1.d) y 183 LRJS cuando el despido vulnera derechos fundamentales o libertades públicas” (FD 4º.2).

- “[...] se ha venido manteniendo por la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencial que la indemnización tasada que nuestra legislación ha establecido es una indemnización adecuada” (FD 4º.3).

- “El artículo 24 CSE revisada es, por tanto, un precepto programático que no identifica elementos concretos para fijar un importe económico o de otro contenido que permita colmar la patente inconcreción de su literalidad, o su extrema vaguedad. No puede considerarse, en modo alguno, como una norma directamente aplicable desplazando la aplicabilidad de las previsiones de derecho interno establecidas por el legislador (artículo 56 ET)” (FD 5º.2).

- “A todas las consideraciones efectuadas [...] se une, decisivamente, la previsión contenida en el Anexo de la CSE revisada que en su parte II, respecto del artículo 24, dispone en su apartado 4 literalmente lo siguiente: «Se entiende que la indemnización o cualquier otra reparación apropiada en caso de despido sin que medien razones válidas deberá ser fijada por las leyes o reglamentos nacionales, por los convenios colectivos o por cualquier otro procedimiento adecuado a las circunstancias nacionales». Esto es, en nuestro ordenamiento jurídico interno, de conformidad con el

apartado transcrito, la indemnización (ni siquiera aquí la CSE revisada añade el término "adecuada") o cualquier otra reparación apropiada deberá ser fijada por el legislador o por los convenios colectivos, de conformidad con los artículos 3.1 y 85 ET; sin que en ningún caso puede deducirse de ahí que el art 24 CSE está refiriéndose a los procedimientos judiciales, pues es un mandato al legislador, ordinario o convencional, no al juzgador; por ello, no es en modo alguno un llamamiento al juez en un proceso judicial; ya que para ello hubiera sido necesario que las consecuencias del despido sin razón válida estuvieran fijadas de modo ejecutivo aplicable directamente, lo que —como se ha visto— no es el caso" (FD 5º.2).

- "Y, exactamente, es lo que ha ocurrido en nuestro derecho: el legislador nacional, cumpliendo la previsión de la CSE revisada y evitando la indeterminación de la norma internacional, ha fijado siguiendo exactamente el aludido mandato expreso del anexo de la Carta Social Europea revisada —en los términos que ha considerado oportunos— la indemnización adecuada para el despido injustificado mediante la establecida —con carácter tasado— en el artículo 56 ET, en función del salario y años de servicio del trabajador, y con los límites allí configurados; fijación que, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional explicitada en el fundamento anterior, no resulta contraria a la norma fundamental (SSTS 6/1984, de 24 de enero; 20/1994, de 27 de enero y ATC 43/2014, de 12 de diciembre); y que, como es sabido, puede ser incrementada por la negociación colectiva" (FD 5º.2).

- "En definitiva, [...] el ejercicio del control de convencionalidad desplazando la norma interna en favor de la internacional solo debe realizarse en aquellos supuestos en los que la norma internacional ofrezca claridad y certeza, evitando la inseguridad jurídica [...] constituye elemento decisivo para la selección de la norma aplicable el indubitado carácter no ejecutivo del artículo 24 CSE revisada y la remisión que el anexo de dicha Carta efectúa para que su contenido sea fijado por el legislador o por los convenios colectivos" (FD 5º.3).

- "Aun aceptando hipotéticamente que el contenido de la Carta Social Europea revisada significa lo que el CEDS concluye, la indefinición de los conceptos utilizados por el artículo 24 de la CSE revisada que imposibilitan precisar cuál sería el contenido de la regulación que habría de aplicarse si desplazásemos la aplicación del artículo 56 ET en favor de la CSE revisada y, especialmente, la remisión que el anexo de la Carta efectúa a las leyes y a los convenios colectivos para hacer efectivas sus previsiones, impiden que sean los órganos judiciales quienes colmen esas indefiniciones; máxime si tenemos en cuenta que la Carta utiliza la expresión indemnización adecuada u otras reparaciones apropiadas, lo que implica valorar, también, en orden a la reparación circunstancias tales como la existencia de un fuerte sistema de protección por desempleo —en sus vertientes contributivas y asistenciales—, un sistema de protección frente a las insolvencias del deudor y un intenso procedimiento de ejecución de las resoluciones judiciales. Valoración que, a efectos de dar cumplimiento a las recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa compete, en exclusiva, a los poderes del Estado con capacidad para establecer normas que den cumplimiento a las citadas recomendaciones" (FD 6º.2).

- "En respuesta a las argumentaciones del recurrente, lo que procede poner de relieve, además, es que las decisiones del CEDS no son directamente aplicables, ya que carecen de eficacia ejecutiva (STC 61/2024); esto es: no son vinculantes respecto a la resolución que pudiera adoptar —en forma de recomendación— el propio Comité de Ministros; ni lo son respecto a la interpretación de la CSE revisada; ni, en definitiva, pueden vincular, en modo alguno, a esta Sala en el ejercicio de su potestad jurisdiccional en la interpretación y aplicación de la norma y, en su seno, en el ejercicio del control de convencionalidad" (FD 7º.1).

- "En definitiva, la decisión del CEDS, en sí misma y sin la posterior resolución del Comité de Ministros resulta ser jurídicamente, en términos de eficacia vinculante, irrelevante; sin perjuicio de su innegable valor como informe jurídico emanado de un comité de expertos independientes que opera en el seno del procedimiento para la

adopción de las resoluciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa” (FD 7º.1).

- “La decisión del CEDS carece de naturaleza jurisdiccional que no le otorgan las normas internacionales ni los acuerdos del Consejo de Europa, al contrario de lo que ocurre con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Las decisiones del CEDS tienen como destinatario al Comité de Ministros del Consejo de Europa, al que, como se anticipó, no vinculan ya que sólo sirven de base o fundamento para que el citado Comité de Ministros adopte la decisión que estime conveniente. Y no existe previsto mecanismo jurídico alguno — ni en la CSE revisada, ni en su Protocolo adicional de reclamaciones colectivas— para que las recomendaciones sean obligatoriamente cumplidas por los estados afectados” (FD 7º.2).

IX. Comentario

Se trata, sin la menor duda, de una sentencia de gran importancia, que unifica la doctrina judicial sobre una cuestión capital del régimen jurídico del despido. Su fundamentación está consistentemente trabada en torno a cuatro ejes temáticos esenciales: 1) la indeterminación de la exigencia de una indemnización “adecuada” por las normas internacionales, y en concreto, por el art. 24.b) CSE, revisada; 2) la libertad de configuración del legislador democrático de la indemnización “adecuada” y la “adecuación” del sistema de indemnizaciones tasadas y topadas del art. 56.1 ET; 3) la falta de fuerza vinculante de las decisiones del CEDH y su encauzamiento a través de las recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa dirigidas a los poderes legislativos de los Estados; 4) los límites de la función jurisdiccional (art. 117.3 CE). La doctrina unificada de la sentencia es que la regulación indemnizatoria del despido improcedente del art. 56.1 ET agota el *quantum* resarcitorio debido por el empresario a la persona trabajadora por su despido ilícito, sin posibilidad jurídica de indemnizaciones adicionales o complementarias a la legal tasada y topada, aunque se probase la concurrencia de circunstancias adicionales causantes de un daño distinto al producido por el despido sin causa.

Con carácter previo, es acertada la resolución de la sentencia sobre la existencia de identidad y contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste, pese a la inexistente coincidencia de las circunstancias concurrentes en cada caso, advertida por el Fiscal, y sostenida en el voto particular del Magistrado D. Félix Vicente Azón Vilas. La sentencia fundamenta la existencia de las similitudes necesarias entre ambas sentencias y precisa que las diferencias circunstanciales no son “directamente relevantes” para la cuestión casacional planteada. En efecto. El TS tenía que fijar doctrina en cuestión tan medular y lo ha hecho. La inadmisión del recurso de casación unificadora hubiera hecho firme la sentencia recurrida, 3125/2024, de 31 de mayo, del TSJ de Cataluña, Sala de lo Social, sentencia, que, revocando parcialmente la sentencia de instancia, había anulado la condena a la empresa al abono de 5.410,36 euros en concepto de indemnización adicional por lucro cesante, con la consecuencia de que el resultado hubiera sido el mismo al que conduce la sentencia comentada, sin su doctrina.

1. El cumplimiento por el ordenamiento español de las normas internacionales y, en concreto de la CSE: la indemnización regulada por el artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores, objetivada en su cuantía mediante indemnizaciones tasadas, es adecuada

La sentencia centra perfectamente la controversia jurídica y explica excelentemente la técnica del control de convencionalidad, que corresponde a su jurisdicción, como instrumento de selección de la norma aplicable ante la presunta disparidad de las normas internacionales incorporadas a nuestro ordenamiento interno con el art. 56.1 ET. Su doctrina, que en varios momentos destaca su adecuación a la constitucional, niega carácter ejecutivo y aplicabilidad directa, en razón de la indeterminación de su regulación, a los arts. 10 del Convenio 158 de la OIT y 24.b) de la CSE, revisada, en el reconocimiento del derecho de los trabajadores a una “indemnización adecuada” en caso de despido sin razón justificativa o inválido.

Es sólida la argumentación central de sus FFDD 3º a 6º y es de compartir su análisis de la estructura de los mandatos normativos contenidos en los arts. 10 del Convenio 158 y 24 de la CSE, revisada, en relación con el art. 56.1 ET; como lo es su juicio de convencionalidad paralelo de ambos preceptos por razones de “coherencia jurídica” —la expresión utilizada por el precepto de la CSE sería “copia exacta” de la contenida en la norma del Convenio de la OIT—, su precisión de la diferencia “al límite” del mayor poder del juez en este instrumento normativo que en el europeo, y su resultado de no desplazamiento del art. 56.1 ET por las normas internacionales, cuya aplicación directa solicitaba el trabajador recurrente. El concepto de “indemnización adecuada” ni integra un mandato normativo **suficientemente preciso y completo para ser** directamente aplicado por los órganos judiciales ni confiere a los trabajadores despedidos sin razones válidas un derecho subjetivo invocable ante aquellos, precisando de su desarrollo por el legislador interno. El Anexo a la Carta, Parte II, artículo 24.4, que es parte integrante de la Carta, es la prueba de la concepción de la propia Carta acerca de que la noción de indemnización adecuada “deberá ser fijada por las leyes o reglamentos nacionales, por los convenios colectivos o por cualquier otro procedimiento adecuado a las circunstancias nacionales”; otro procedimiento, que, como razona excelentemente la sentencia, no puede ser un procedimiento judicial. En tal sentido, el art. 56.1 ET es la respuesta del legislador español, que precisa los elementos de determinación de la adecuación de la indemnización por despido injustificado, incorporando elementos tasados.

Aunque la distinción entre normas self-executing y no self-executing, clásica en Derecho internacional y en Derecho Constitucional, esta relativizada en la doctrina moderna y en la práctica de los tribunales constitucionales, que tienden a emplear un criterio de análisis contextual, el resultado de la aplicación de esa relativización categorial, en el caso de las normas internacionales aquí concernidas, sería el mismo en lo que hace a la necesidad de su concreción por la legislación interna. No creo, sin embargo, que el art. 24.b) CSE, o el art. 10 del Convenio 158 OIT, sean preceptos programáticos. Son preceptos que expresan “nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado” (STC 91/2000, FJ 7), vinculantes para los Estados, que precisan de su complementación por sus legislaciones, y tienen valor interpretativo, como normas de nuestro ordenamiento, para el ejercicio de la función jurisdiccional de jueces y tribunales, cualificado o de particular intensidad si versan sobre los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en nuestra Constitución (art. 10.2).

El art. 56.1 ET no es desplazado por las normas internacionales referidas, pero tampoco estas son desplazadas por el precepto estatutario en cuanto que es la norma vigente que desarrolla el mandato de adecuación de la indemnización en caso de despido improcedente. La sentencia lo reconoce así, en el plano que le es propio, al considerar que esa regulación vigente satisface en este momento el mandato de indemnización adecuada de las normas internacionales: “esto es lo que ha realizado el legislador nacional en el art. 56.1 del ET, *desarrollo que se estima no se aparta de las previsiones del artículo 10 del Convenio 158 OIT*” (FD 4º.1, 4º.2, 4º.3); “el legislador nacional, cumpliendo la previsión de la CSE revisada y evitando la indeterminación de la norma internacional, ha fijado *siguiendo exactamente el aludido mandato expreso del anexo de la Carta Social Europea revisada* —en los términos que ha considerado oportunos— *la indemnización adecuada para el despido injustificado mediante la establecida —con carácter tasado— en el artículo 56 ET*, en función del salario y años de servicio del trabajador, y con los límites allí configurados” (FD 5º.2). Ese valor de adecuación lo obtiene la sentencia de la jurisprudencia constitucional. Siendo la indemnización resultante del art. 56.1 ET adecuada no se precisa su complementación con acciones de responsabilidad civil, pese a que se acrediten daños distintos a los causados por el despido ilícito.

No ignora, obviamente, la sentencia la recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa dirigida a España, de 27 de noviembre de 2024, basada en la decisión del CEDS núm. 207/2022 recaída en el procedimiento de reclamación

colectiva instado por la UGT contra España, publicada el 29 de julio de 2024, y en la conclusión de dicha decisión, que, con precisión, sitúa su destinatario en el Gobierno. No reconoce, sin embargo, la diferencia sustantiva entre la regulación del art. 56.1 ET y la decisión del CEDS, hasta el punto de afirmar que *“podría concluirse, perfectamente, que el sistema español cumple con las exigencias del CEDS”* (FD 6º.1). La simple lectura de la conclusión de dicha decisión sirve para comprobar la desautorización severa que la decisión del CEDS dirige a la regulación española, que, según señala abiertamente en su consideración final, no garantiza de manera adecuada, por los defectos que pone de manifiesto vinculados a la objetivación tasada y topada de las indemnizaciones, el derecho a una compensación adecuada u otra reparación apropiada en el sentido del artículo 24.b de la Carta. Tampoco la recomendación final del Comité de Ministros es “lo suficientemente etérea e inconcreta que deja un amplio margen de discrecionalidad al intérprete y al gobierno del país al que se destina”, al punto de permitir posiciones distintas sobre su “contenido y cumplimiento por el ordenamiento interno español de las exigencias contenidas en la misma” (FD 6º.1, 6º.2). Con mayor ambigüedad en el lenguaje, la recomendación no deja de contener los elementos críticos decisivos de la Decisión del CEDS sobre el incumplimiento por el legislador español de sus exigencias.

Indiscutible es, en la Constitución, la libertad de configuración del legislador democrático de la indemnización “adecuada” en el despido improcedente (art. 35.1 y 2), sujeta a la Constitución y, por su mandato, a los tratados internacionales (art. 96), sin, por el momento, a exigencias del Derecho de la Unión Europea, dados los términos del artículo 30 de su Carta de derechos fundamentales y el estado actual del Derecho de la Unión. La divergencia en orden a la apreciación de la adecuación de la indemnización entre el legislador español y los órganos del sistema institucional de interpretación y control de la Carta del Consejo de Europa es innegable. Cuestión distinta es que las decisiones del CEDS no vinculen a los órganos judiciales en el ejercicio de su función jurisdiccional de interpretación de la CSE —razón por la que Sala dice poder aceptar “hipotéticamente que el contenido de la Carta Social Europea revisada significa lo que el CEDS concluye” (FD 6º.2)—, como también es cuestión diversa que los efectos de la “recomendación” del Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptada con fundamento en aquella, se destinen al Estado legislador (art. 149.1.7ª CE) y a su responsabilidad por su incumplimiento, en los términos de la débil coerción de la CSE, y no a los órganos judiciales.

2. La separación de poderes en el Estado constitucional de derecho; la función jurisdiccional

La separación de poderes, componente esencial de la democracia constitucional, recorre toda la sentencia, que afirma con total exactitud que el control judicial de convencionalidad no es capaz de remediar “el desajuste normativo” entre el art. 56.1 ET y el art. 24.b) de la CSE, revisada, puesto de manifiesto en la recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa dirigida a España a partir de la decisión del CEDS; que los órganos judiciales no pueden colmar las “indefiniciones” que resultarían del desplazamiento judicial de la aplicación del art. 56.1 por el indeterminado mandato de adecuación de la indemnización por despido injustificado del art. 24.b) de la CSE, revisada; que el cumplimiento de la recomendación compete a los órganos del estado con capacidad de aprobar normas; que, en definitiva, la función jurisdiccional no está capacitada para aplicar una mandato normativo que no es “autosuficiente, completo o ejecutivo” (FD 6º.2).

En efecto, no es nuestro modelo de Estado constitucional un Estado basado en la creación judicial del Derecho, no obstante la función de cierre del ordenamiento conferida al Tribunal Constitucional por la Constitución como juez de la ley y la importancia creciente de las decisiones judiciales “multinivel” y, en especial, del TUE a partir de la Carta de derechos fundamentales de la Unión, a la espera de la sentencia histórica en el caso *Comisión contra Hungría* (C-769/22) sobre los “valores” de la Unión. Sin duda, la función legislativa del Estado es “el presupuesto primero de la Constitución” (I. de Otto). Corresponde al legislador democrático atender a la

recomendación del Consejo de Ministros del Consejo de Europa y reformar la regulación legal de la indemnización por despido sin razón válida, dentro de su valoración de oportunidad y de cumplimiento del compromiso del Estado español de considerarse vinculado por la CSE, revisada. La responsabilidad es del Estado legislador, en su tejado está la posibilidad de reformar la regulación del despido, en concreto de su sistema indemnizatorio objetivado, o de no hacerlo.

El mandato de la norma internacional de que la indemnización por despido ilícito ha de ser adecuada no proporciona al juez, según la sentencia, criterios legales preestablecidos. La separación de poderes quedaría desdibujada si los órganos judiciales fuesen llamados a crear por sí solos los criterios de esa adecuación. Por lo demás, y esto es lo definitivo en la doctrina de la sentencia, la regulación del legislador, plasmada en el art. 56.1 ET, aun anterior en el tiempo a la ratificación por España de la CSE, revisada, y a su entrada en vigor en nuestro ordenamiento, absorbe la plena y total exigencia de adecuación de la indemnización de la norma internacional. Sin que corresponda a los órganos judiciales del orden social no solo no crear normas, sino traer a su ponderación y aplicación el precepto del ordenamiento civil que sanciona la responsabilidad contractual por daños (art. 1101 CC), en los casos en que pudieran existir daños adicionales a los del despido y una ilicitud superior a la de despedir sin causa, debidamente acreditados. ¿Cuándo la conducta antijurídica determinante del daño sea debida a culpa relevante o sea dolosa (STC 181/2000)? La declaración de la sentencia no admite matices en la línea de los votos particulares, que proponen recorrer y aceptar una interpretación integrada del ordenamiento jurídico que no se inicia y acaba, a efectos de la cuestión casacional planteada, en el art. 56.1 ET.

A las decisiones del CEDS dedica la sentencia su FJ 7º, de cierre, compendioso de su doctrina sobre la falta de eficacia vinculante de dichas decisiones, destinadas al Comité de Ministros, vinculado, en mi opinión, a adoptar una resolución sobre la decisión del Comité Independiente de Expertos, interpretativa de la CSE, y su conversión en recomendación por las mayorías de los votantes exigidas por el art. 9 del Protocolo adicional sobre reclamaciones colectivas; desde luego, no vinculan “a esta Sala en el ejercicio de su potestad jurisdiccional en la interpretación y aplicación de la norma [internacional] y, en su seno, en el ejercicio del control de convencionalidad”. Como es patente, el CEDS no es un órgano jurisdiccional, a diferencia del TEDH, autoridad jurisdiccional supranacional encargada de asegurar la eficacia de los derechos y libertades del CEDH, al que pueden acceder directa y libremente todas las personas sometidas a la soberanía de los Estados integrantes de esa comunidad de derechos y libertades.

X. Apunte final

La comprensión completa de la doctrina de la sentencia se enriquece con los argumentos expuestos en sus votos particulares.

El voto particular del Magistrado D. Félix Vicente Azón Vilas niega la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la referencial invocada por el recurrente, que debía haber conducido a la inadmisión del recurso casacional unificador. Frente a la sentencia de duplicación recurrida en este caso, el trabajador impugnó la cuantía de la indemnización tasada por su insuficiencia para reparar la pérdida de empleo sin alegar daños adicionales al producido por el despido improcedente, denunciando la inadecuación del art. 56.1 ET a las normas internacionales; en la sentencia de contraste, el trabajador recurrente había acreditado daños y perjuicios adicionales muy superiores a la pérdida de su empleo en el Ayuntamiento recurrido por su despido improcedente, pues para aceptar la oferta de la Administración municipal —contrato de interinidad mínimo de un año, hasta la provisión de la plaza fija e indefinida, con un máximo de 3 años— había renunciado a un contrato de trabajo indefinido anterior con una empresa; y el Ayuntamiento había reconocido su error en la oferta y en la contratación. Los elementos fácticos y la fundamentación material eran sustancialmente distintos. Además, sin dejar de señalar la función reformadora del legislador, el voto discrepante defiende el posible reconocimiento judicial de una

indemnización complementaria a la calcula de acuerdo al art. 56.1 ET en supuestos de existencia de un daño adicional y extraordinario originado con ocasión y por consecuencia del despido ilícito con base en el art. 1101 y ss. del CC, siendo posible la acumulación de ambas acciones en un mismo proceso (art. 26.1 LRJS).

El voto particular de la Magistrada D^a. Isabel Olmos Parés y del Magistrado D. Rafael Antonio López Parada arranca de la pretensión casacional del trabajador recurrente: "la indemnización fijada en el art. 56 para el despido improcedente no resarce suficientemente al trabajador como exige tanto la norma europea como la internacional por la pérdida del empleo, toda vez que se trata de un trabajador de 60 años de edad a la fecha del cese con dificultades para incorporarse al mercado laboral (igual que la sentencia de contraste), con exigua indemnización y abuso de derecho por parte del empresario". Alega también el recurrente la "decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) en la denuncia n° 207/2022, que concluye que la legislación española no ofrece suficiente protección a los trabajadores en caso de despido sin causa justificada y, por tanto infringe la Carta Social Europea, por lo que se debe establecer una indemnización que garantice que sea disuasorio para evitar despidos por capricho y que sea consecuente con los despidos sin causa" y por ello "no cumple con el artículo 24 de la CSE, que garantiza el derecho de los trabajadores a una protección adecuada en caso de despido".

A partir de ahí efectúa un análisis detenido de la CSE, revisada, de su Anexo, parte integrante de aquella, y del Protocolo adicional sobre reclamaciones colectivas. En cuanto al CEDS, considera irrelevante su calificación de tribunal o no, siendo el órgano del Consejo de Europa de control de la CSE; lo relevante es determinar si los Estados firmantes del convenio, y en concreto España, le han atribuido potestades vinculantes en sus ordenamientos jurídicos internos, cuestión que resuelve en sentido negativo. El voto particular, como la sentencia, rechaza que las decisiones del CEDS vinculen a los órganos judiciales españoles, aunque la argumentación del voto discurre a través de una diversa construcción jurídica que parte del Derecho de la Unión Europea y se desarrolla en este sistema jurídico, diverso del ordenamiento jurídico del Consejo de Europa. La recomendación del Comité de Ministros es, en cambio, obligatoria para el Estado miembro, aunque los medios coercitivos del Consejo de Europa sean virtualmente inexistentes.

La disidencia que expresa el voto particular se centra en el carácter de norma del art. 24 de la CSE, revisada, incorporada al ordenamiento interno y prevalente sobre las internas contrarias, a las que desplaza. El citado precepto ha de ser aplicado por los órganos judiciales, que han de decidir si las normas internas garantizan el derecho de los trabajadores a una "indemnización adecuada", reconocido por la norma jurídica internacional a través de un concepto jurídico indeterminado, pero determinable por los órganos judiciales llamados a decidir; al no hacerlo la sentencia, de la que el voto particular se aparta, "constituirá un elemento más de la negativa del Estado español a asumir sus obligaciones internacionales (FD 12º), pues no "cabe decir que cualquier solución es válida" (FD 13ª). La indeterminación del art. 24 de la CSE, revisada, desaparece y la determinación alcanza un contenido cognoscible a través de la interpretación consolidada del CEDS, dirigida a distintos Estados miembros del Consejo de Europa, y sintetizada en los párrafos 85 y 86 de su decisión de 3 de diciembre de 2024, hecha pública el 27 de junio de 2025, en la Reclamación núm. 218/2022, Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CCOO) c. España, que se resume en indemnizaciones proporcionales a los daños y perjuicios realmente sufridos y suficientemente disuasorias de los despidos ilícitos (FD 14º).

El voto disidente concluye que "la indemnización no es adecuada cuando es una indemnización tasada con una cuantía limitada que no permita una compensación íntegra de los daños producidos por el despido ilegal, debiendo reconocerse al trabajador despedido en esos casos una *indemnización adicional* para compensar el daño en su integridad" [FD 15º.b)]. La conclusión llevada al caso ha de articularse a través de la jurisprudencia de la Sala, pues a disposición de los tribunales sociales está "la posibilidad de que, *adicionalmente a la indemnización tasada establecida en el*

artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, se pudiera condenar al pago de una *indemnización adicional* para compensar otros daños y perjuicios que excepcionalmente puedan aparecer en determinados casos y que vayan más allá del daño atribuido ordinariamente a la pérdida del empleo”; posibilidad apoyada, sin necesidad de reforma legal, en los arts. 1101 y 1124 CC (FD 15ª).

En definitiva, tanto la sentencia, como sus votos particulares, aceptan la “adecuación” de partida, o como regla ordinaria, de las indemnizaciones tasadas del art. 56.1 ET. La discrepancia se sitúa en la posibilidad de superación de ese marco legal a través de acciones de responsabilidad civil conducentes a indemnizaciones adicionales o complementarias destinadas a compensar otros daños excepcionales y en la capacidad de la función jurisdiccional del Tribunal Supremo para hacer posible esa indemnización adicional.

El voto particular de la Magistrada Dª. Isabel Olmos Parés y del Magistrado D. Rafael Antonio López Parada expone abiertamente, frente a la construcción argumentativa de la sentencia, que: “No se trata de legislar ni de elevar la indemnización legal tasada ni de otorgar salarios de trámite, se trata de conceder *el importe que, adicionalmente, el trabajador acredite como los daños y perjuicios efectivamente causados*” (FD 16º). Tampoco se trata de establecer el sistema civil de reparación de daños, si no, mas limitadamente, aplicando el art. 24 de la CSE, revisada, de “introducir *un correctivo*, a través de una indemnización complementaria, *al menos en aquellos casos en los que la desviación sea especialmente significativa, tomando también en consideración la culpabilidad y conducta de las partes*”. Se duele el voto de que el recurso de casación unificador haya sido una ocasión perdida de una “creación jurisprudencial que pudiera delimitar supuestos y consecuencias, *corrigiendo al menos las desviaciones más significativas y confiando para ello en los órganos judiciales sociales al concederles la facultad de valorar las circunstancias específicas de determinados casos, que es lo propio de la función judicial*” (FD 17º).

En la fundamentación de la sentencia, el art. 56.1 ET, norma aplicable no desplazada por la aplicación del art. 24 de la CSE, revisada, aunque compatible con esta por su “adecuación” indemnizatoria, no concede a los órganos judiciales la facultad de valorar las circunstancias específicas de los despidos: aplica como único el sistema de indemnización objetiva y tasada regulado en el precepto estatutario. Los votos particulares o no explicitan el juicio de convencionalidad o lo hacen, sosteniendo el segundo voto la aplicación prevalente de la CSE, interpretada por la decisión del CEDS, sobre las leyes españolas, pero ninguno desplaza la aplicación de la norma interna, el art. 56.1 ET, sino que proceden a su conjunción con la norma internacional.

El voto particular de la Magistrada Dª. Isabel Olmos Parés y del Magistrado D. Rafael Antonio López Parada argumenta sobradamente sobre el carácter de norma directamente aplicable del art. 24 de la CSE, revisada, integrada por la “doctrina interpretativa” no vinculante del CDES. Pero esa aplicación “corrige” el entendimiento del art. 56.1 del ET, no desplaza su aplicación: “A la hora de aplicar el derecho reconocido en el artículo 24 de la Carta a una indemnización adecuada, creemos que la solución obvia a disposición de los tribunales sociales es la posibilidad de que, adicionalmente a la indemnización tasada establecida en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, se pudiera condenar al pago de una indemnización adicional para compensar otros daños y perjuicios que excepcionalmente puedan aparecer en determinados casos y que vayan más allá del daño atribuido ordinariamente a la pérdida del empleo. Para ello ni siquiera habría que contrariar la legislación vigente, sino que bastaría con acudir a los artículos 1101 y 1124 del Código Civil, como se hace en la sentencia de contraste... (FD 15º). El voto se ocupa de combatir ampliamente (FD 16º) la naturaleza de obligación alternativa de la indemnizatoria prevista en el art. 56.1 ET en la “teoría civilista” de dicho precepto, que el voto rechaza para admitir una indemnización adicional: “La indemnización tasada del art. 56.1 ET tan solo repara la pérdida del empleo y el salario, no indemniza otros posibles daños y perjuicios que, en su caso, puedan haberse producido. El sistema legal del ET no impide o prohíbe una indemnización adicional y, por aplicación de ese mismo Derecho Común que ha

servido durante años para construir la teoría de la obligación alternativa, es factible establecer, como solución mucho más sencilla, una indemnización complementaria al amparo del art. 1.124 del Código Civil según el cual: «El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos [...]», de forma que junto con la tasada, conformen una indemnización adecuada como forma de reparación apropiada.” Defiende el voto particular la aplicación *supletoria* del art. 1.101 CC. Definitivamente, debido “a su carácter tasado y limitado en aplicación del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, puede ocurrir que la indemnización legal sufra desviaciones en relación con el daño real causado al trabajador por la actuación empresarial ilícita ...” (FJ 17).

La discrepancia afecta al fallo en el voto particular del Magistrado D. Félix Vicente Azón Vilas, que debería haber sido de inadmisión, y no de estimación, aunque con iguales consecuencias sobre la firmeza de la sentencia de suplicación recurrida. El voto particular de la Magistrada D^a. Isabel Olmos Parés y del Magistrado D. Rafael Antonio López Parada expone su “razonamiento divergente de la mayoría”, sin pronunciarse sobre el fallo estimatorio del recurso del trabajador que hubiera correspondido dictar, ya que la aplicación de su canon adicional de indemnización de los daños adicionales precisa comprobar la prueba de esos daños reales “al menos en aquellos casos en los que la desviación [en su reparación] sea especialmente significativa, tomando también en consideración la *culpabilidad* y conducta de las partes”. Y no es seguro que este caso llevase al resultado de la sentencia de contraste, como pone de manifiesto el voto particular del Magistrado D. Félix Vicente Azón Vilas. Por eso, la sentencia dice con claridad que, pese a que la sentencia recurrida parece mantener un criterio restrictivo al respecto, la cuestión casacional no es esa, sino si la indemnización legal por despido disciplinario improcedente del art. 56.1 ET puede o no ser superada mediante otra indemnización complementaria o adicional.

Referencias:

1. ^ Los *briefs* de la AEDTSS reflejan fielmente el vivo debate doctrinal; pueden consultarse en Libro *briefs* 2024. Los *briefs* de la Asociación Española de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social. Las claves de 2024, 2025, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2025/01/LIBRO-BRIEFS-2024.pdf>; y en la Colección *Brief* los correspondientes a 2025, <https://www.aedtss.com/coleccion-brief-aedtss/>
2. ^ Colección *Brief*, 2025, <https://www.aedtss.com/coleccion-brief-aedtss/>
3. ^ Núm. 421/2024, ECLI:ES:TSJCAT:2024:5709
4. ^ *Rec. suplicación* 502/2024, ECLI:ES:TSJPV:2024:75. Comentada por mi en esta Revista, Número 5/2024, “Indemnización adicional por daños y perjuicios en despido sin causa y exigüidad de la indemnización legal tasada. Y sobre la aplicación directa del artículo 24 de la Carta Social Europea (revisada) y la orfandad del arbitrio judicial en la fijación de la indemnización adecuada por despido inválido”.
5. ^ ECLI:ES:TS:2024:6112

§ 69 **Algoritmos opacos, sindicatos desarmados: la libertad sindical frente a la asignación automatizada de turnos.**

Magdalena Nogueira Guastavino

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

Resumen: *Negar información sobre un sistema automatizado de turnos supone una vulneración del derecho a la libertad sindical e infringe el artículo 64.4.d) del Estatuto de los Trabajadores. Se declara la nulidad de la actuación empresarial, se impone una indemnización por daños morales y se ordena la entrega de la información solicitada.*

Palabras clave: *Libertad sindical. Transparencia algorítmica. Inteligencia artificial. Derecho a la información.*

Abstract: *Refusing to provide information about an automated shift scheduling system constitutes a violation of the right to freedom of association and infringes Article 64.4.d) of the Spanish Workers' Statute. The court declares the employer's conduct null and void, orders compensation for moral damages, and mandates the delivery of the requested information.*

Keywords: *Freedom of association. Algorithmic transparency. Artificial intelligence. Right to information.*

I. Introducción

La Sentencia de la Audiencia Nacional resuelve un conflicto entre CGT y una empresa de *Contact Center* derivado de la negativa de la empresa a informar sobre el sistema automatizado utilizado para asignar turnos y libranzas. La cuestión jurídica que resolver es si con tal negativa se ha vulnerado el derecho a la libertad sindical. La Audiencia concluye que en la medida en que sí existía un sistema algorítmico, la ocultación de información vulnera el artículo 64.4.d) ET, ordenando cesar la conducta, indemnizar al sindicato y facilitar la información requerida.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia

Órgano judicial: Audiencia Nacional

Número de resolución judicial y fecha: SAN núm. 101/2025, de 4 de julio (proc. Tutela derechos fundamentales 182/2025),

ECLI:ES:AN:2025:2867

Fuente: CENDOJ

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Gallo Llanos.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La Confederación General del Trabajo (CGT) interpuso demanda por vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical (art. 28.1 CE), al amparo del procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales.

CGT ostenta una representatividad en la empresa del 23,37%, y es parte de la mesa negociadora del Convenio Colectivo sectorial, superando el 10% de representatividad en dicho ámbito. En junio de 2024, las secciones sindicales de CGT constituidas en los centros de trabajo de Madrid, Sevilla y Barcelona, dirigieron varios requerimientos formales a la empresa, con base en el artículo 64.4.d) del Estatuto de los Trabajadores, solicitando información sobre los parámetros, reglas e instrucciones de los sistemas de turnos utilizados y asignación de libranzas del personal.

La empresa respondió negando el uso de algoritmos o inteligencia artificial, afirmando que se trataba de herramientas simples sin automatismos relevantes.

El sindicato interpuso demanda de tutela de derechos fundamentales denunciando que la respuesta empresarial resultaba contradictoria con lo establecido en los hechos probados de las sentencias de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional núm. 201/2021, de 27 de septiembre, y 142/2024, en las que constaba expresamente el uso de algoritmos en las aplicaciones empleadas para la gestión de turnos y libranzas y solicitando que se declara la vulneración del derecho de libertad sindical por la negativa empresarial a ofrecerle la información legalmente prevista. En el proceso la empresa alegó que el sistema utilizado, identificado como “Erlan”, es comúnmente empleado en el sector del *Contact Center* y conocido por las organizaciones sindicales. Añadió que dicho sistema opera únicamente con los datos proporcionados por la propia empresa —esto es, los horarios y las necesidades de los clientes—, y que su aplicación se remonta al momento mismo de la fundación de la compañía.

La Audiencia examina en primer lugar si existe vulneración del derecho de libertad sindical. Para ello, comienza recordando la doctrina constitucional y jurisprudencial sobre el derecho de libertad sindical en su vertiente de ejercicio de la actividad sindical, reiterando que el derecho a la información pasiva constituye parte del contenido esencial de este derecho constitucional. En el plano procesal recuerda igualmente las reglas de la carga de la prueba y la necesidad de aportar indicios probatorios suficientes para cuestionar la legitimidad constitucional del móvil de la actuación empresarial, diferenciando los indicios de las meras sospechas y conjeturas sin base suficiente para dar lugar la inversión de la carga de la prueba y la exigencia al demandado de la aportación de la justificación de la objetiva razonabilidad y proporcionalidad de la medida combatida. Termina el recordatorio doctrinal destacando la obligación de la empresa de informar al “comité de empresa, con la periodicidad que proceda en cada caso” “de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles” contenida en el art. 64.4 ET y precisando “que tal derecho de información es igualmente predicable respecto de los Delegados Sindicales LOLS por mor de los dispuesto en el art. 10 de la LOLS”.

Descrito el ámbito jurídico aplicativo, la sentencia resuelve el problema en un sintético párrafo en el que afirma que se ha vulnerado “el derecho a la libertad sindical de CGT— en **las secciones sindicales y los delegados de estas**, no son sino la representación de dicha organización en la empresa—” pues del “relato histórico de la presente resolución resulta que CGT no sólo ha aportado indicios de que la empresa utiliza algoritmos o fórmulas matemáticas para programar el sistema de libranza del personal a turnos rotatorios, sino que lo ha probado de forma directa ya que, de un lado, así se constató en nuestra SAN 142/2024 de 5 de noviembre (autos 315/2024) y a así lo ha reiterado el testigo propuesto por la empresa que desempeña el cargo de Jefe de producción”.

Debe resaltarse que en el relato de hechos probados, además de la negativa a informar y la cuestión controvertida se hace constar en el HP 7 que “la SAN 201/2021 de 27 de septiembre dictada en el procedimiento 137/2021 refiere que la empresa SITEL alegó que las libranzas en dicha empresa se distribuyen por un sistema informatizado.—conforme y en todo caso es notorio para esta Sala el contenido de sus sentencias” y en el HP 8 que “la SAN 142/2024 de 5 de noviembre dictada en el procedimiento 315/2024 recoge en el cuarto de sus hechos probados lo siguiente: “Los turnos en la demandada se asignan mediante un sistema algorítmico en al que se le fijan las necesidades del cliente y las características del régimen de jornada de los trabajadores”—. conforme y en todo caso es notorio para esta Sala el contenido de sus sentencias.”. Finalmente, el HP 9 señala que **“La asignación de las libranzas en la empresa se utiliza mediante una herramienta en la que se introduce la previsión de carga de trabajo y la misma determina las personas requeridas para cada día y distribuye con arreglo a un algoritmo consistente en una fórmula matemática las libranzas. Este sistema se aplica en la empresa desde el año 2024. También se utiliza para distribuir los descansos de las personas con turnos rotatorios.— testifical de la empresa”**.

Sobre dichos datos la Sentencia declara la vulneración del derecho de libertad sindical y procede a examinar la indemnización pertinente.

En este punto, la sentencia trae a colación la STS de la Sala Cuarta de 8 de noviembre de 2023 (rec. 204/2021), que establece que, en los supuestos de vulneración de derechos fundamentales, no siempre es exigible una identificación detallada de las “circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada”, especialmente cuando se trata de daños morales, cuya cuantificación precisa suele resultar especialmente difícil.

Partiendo de esta doctrina, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional recurre al artículo 7.7 de la LISOS, que califica como infracción grave la transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores. En conexión con el artículo 40.1.b) del mismo texto legal, recuerda que las sanciones previstas para estas infracciones oscilan entre 751 y 7.500 euros, en función de su graduación (mínima, media o máxima).

En el caso concreto, la Sala valora tanto el tamaño de la plantilla de la empresa como el hecho de que ésta haya faltado a la verdad al negar la existencia del sistema automatizado, impidiendo el acceso a la información debida. Sobre esa base, considera ajustada y proporcionada la indemnización de 6.250 euros solicitada por CGT, al entender que cumple adecuadamente con las funciones resarcitoria y disuasoria propias de este tipo de compensaciones.

IV. Posición de las partes

1. De la empresa recurrente

Considera que no debe informar porque el sistema no utiliza algoritmos y es conocido desde hace años por el sindicato usándose en las empresas del sector.

2. De la parte sindical demandante

Considera que se vulnera el art. 64.4 ET modificado por al L. 12/2021 y, en consecuencia, el derecho a la libertad sindical al no informar la empresa de las reglas y patrones del sistema de libranzas y turnos.

V. Normativa aplicable al caso

Art. 28.1 CE derecho a la libertad sindical

Arts. 2.2.d) y 10.3 LOLS: derecho a la actividad sindical y al ejercicio de actividades en defensa de los trabajadores.

Art. 64.4.d) ET (modificado por L. 12/2021) derecho del comité de empresa a ser informado de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que incidan en las condiciones de trabajo.

Arts. 181 y 183 LRJS: inversión de la carga de la prueba en procesos de tutela y cuantificación de daños morales.

VI. Doctrina básica

La falta de información sobre la lógica de un sistema basado en algoritmos vulnera el derecho a la libertad sindical al formar parte el deber de información pasiva del sindicato como contenido esencial del derecho de libertad sindical.

VII. Parte dispositiva

La Audiencia Nacional estima la demanda de CGT y declara que la empresa vulneró el derecho a la libertad sindical al no informar sobre los algoritmos utilizados para asignar libranzas. En consecuencia, declara la nulidad de dicha práctica empresarial, condena a la empresa a indemnizar a CGT con 6.250 euros por daños y perjuicios y obliga a la empresa a informar “de forma inmediata, clara y accesible” a los delegados/as de las secciones sindicales “sobre los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos que posee la empresa y que afectan a las condiciones de la plantilla, así como del sistema algorítmico o automatizado que se está usando para la asignación de las libranzas variables a la plantilla en los centros de trabajo”.

VIII. Pasajes decisivos

- “La plasmación de todo lo expuesto nos ha de llevar a la conclusión de que se habrá vulnerado el derecho a la libertad sindical de CGT —en las secciones sindicales y los delegados de estas, no son sino la representación de dicha organización en la empresa— si constan, al menos indicios, de que la empresa debería haber dado algún tipo de información respecto de los requerimientos efectuados en fecha 27 de junio y 11 de julio de 2024 y 18 de marzo de 2.025 distinta a la que proporcionó el día 15 de julio de 2024 que, en síntesis, era que no se proporcionaba porque no se utilizaba.

- “Y, dicho lo cual, y descendiendo al relato histórico de la presente resolución resulta que CGT no sólo ha aportado indicios de que la empresa utiliza algoritmos o fórmulas matemáticas para programar el sistema de libranza del personal a turnos rotatorios, sino que lo ha probado de forma directa ya que, de un lado, así se constató en nuestra SAN 142/2024 de 5 de noviembre (autos 315/2024) y a así lo ha reiterado el testigo propuesto por la empresa que desempeña el cargo de Jefe de producción”

- “Valorando el volumen de empleo en la empresa y que, en cierto modo, esta ha faltado a la verdad para no proporcionar información alguna que debió proporcionar, consideramos que la cuantía de la indemnización reclamada por CGT colme con las finalidades resarcitoria y disuasoria propias de la indemnización que se reclama”.

IX. Comentario

La sentencia comentada analiza uno de los temas que, con seguridad, se incrementará en su vertiente litigiosa en un futuro próximo. La importancia de la *transparencia algorítmica* no ha hecho más que comenzar. La sentencia reafirma un principio que no resulta especialmente controvertido y que consiste en que cuando la empresa emplea un sistema informático basado en algoritmos para organizar condiciones de trabajo, está obligada a informar a la representación legal de los trabajadores sobre la lógica del sistema, los criterios aplicados y los patrones de funcionamiento que puedan incidir en sus derechos. Esta exigencia se enmarca en el deber general de información y transparencia que rige en las relaciones laborales, especialmente cuando están en juego herramientas automatizadas con capacidad de impacto sobre la jornada, turnos o condiciones individuales.

En el caso examinado, el uso de algoritmos o fórmulas matemáticas por parte de la empresa para programar el sistema de libranza del personal sujeto a turnos rotatorios se deduce del testimonio prestado por el jefe de producción. Esta circunstancia, además, había sido expresamente constatada por la Sala en la SAN 142/2024, de 5 de noviembre (autos 315/2024), dictada por el mismo ponente y en el marco de un conflicto colectivo, en el que la misma empresa negó que existiera discriminación en la asignación de las libranzas o turnos, alegando que dicha asignación se realizaba mediante un sistema algorítmico al que se incorporan tanto las necesidades del cliente como las características del régimen de jornada del personal. Sobre dicha base, la sentencia afirma que “CGT no sólo ha aportado indicios de que la empresa utiliza algoritmos o fórmulas matemáticas para programar el sistema de libranza del personal a turnos rotatorios, sino que lo ha probado de forma directa ya que, de un lado, así se constató en nuestra SAN 142/2024 de 5 de noviembre (autos 315/2024) y a así lo ha reiterado el testigo propuesto por la empresa que desempeña el cargo de jefe de producción”. Pero siendo cierto el testimonio y la constatación judicial, lo que no queda nada claro es cuáles son esos “indicios” que la sentencia omite y no identifica.

Por otro lado, y al margen del fallo, la sentencia reconoce la existencia de un sistema algorítmico, pero no define qué se entiende por “algoritmo” (un sistema de reglas fijas programadas —automatización básica—; un sistema algorítmico con cierta capacidad de optimización o aprendizaje; o un sistema de IA en sentido estricto definido en el art. 3 del Reglamento (UE) 2024/1689. Tampoco vincula su análisis al nuevo marco europeo lo que es especialmente relevante ante la próxima plena aplicación del Reglamento (UE) 2024/1689 sobre Inteligencia Artificial, que exigirá definir con mayor rigor si estos sistemas constituyen IA de alto riesgo a fin de exigir obligaciones empresariales reforzadas en materia de transparencia, supervisión y derechos laborales. Desde la óptica del RIA, que clasifica como “de alto riesgo” los sistemas de IA que afectan al empleo, incluidos aquellos que participan en la toma de decisiones sobre condiciones laborales, resulta evidente que la herramienta usada por FOUNDEVER encaja en esta categoría (art. 6 y Anexo III.4 del Reglamento). Ello comporta obligaciones específicas como la evaluación previa de conformidad antes de su uso (arts. 16 y 43 RIA), el registro público en la base de datos europea de sistemas de IA de alto riesgo (art. 60 RIA), documentación técnica, trazabilidad, explicabilidad y transparencia de los sistemas utilizados (arts. 11 a 16 RIA), así como ofrecer una información clara y comprensible a las personas afectadas y a sus representantes (art. 13 RIA), lo que en el ámbito laboral conectar con los artículos 64 ET y 10 LOLS. Ello resultará de enorme interés en tanto se podrán acumular sanciones específicamente laborales (por parte de la inspección de trabajo desde la perspectiva de los derechos laborales y sindicales) y técnico-administrativas (por parte de la autoridad de IA española que sanciona desde la perspectiva del cumplimiento técnico y normativo del sistema algorítmico) cuando las sanciones deriven de normas diferentes y protejan bienes jurídicos distintos. Las sanciones por incumplir obligaciones como la evaluación de conformidad, el registro, la documentación técnica, la supervisión humana, la trazabilidad o la transparencia informativa pueden alcanzar hasta los 15 millones de euros o el 3% del volumen de negocio global (art 99.3 RIA) para infracciones graves, si bien es cierto que el propio RIA (art. 99.7) establece expresamente que al decidir la imposición de una multa administrativa y su cuantía en cada caso concreto se tomarán en consideración todas las circunstancias pertinentes de la situación de que se trate y, en su caso, se tendrá en cuenta, entre otras cuestiones, “si otras autoridades han impuesto ya multas administrativas al mismo operador por infracciones de otros actos legislativos nacionales o de la Unión, cuando dichas infracciones se deriven de la misma actividad u omisión que constituya una infracción pertinente del presente Reglamento”.

Pese al futuro interés que va a tener en los juicios definir el sistema de modo técnico jurídico aplicado para la determinación o gestión de las condiciones laborales, lo cierto es que el RIA solo entra en vigor en las cuestiones más laboral (sistemas de IA alto riesgo) es el 2 de julio de 2026. Pero ¿qué ocurre con los sistemas de IA de alto riesgo puestos en servicio antes de esa fecha? En principio no están sometidos al RIA si no se modifican sustancialmente, pero si se actualizan, reentrenan o reconfiguran

(modificación sustancia: art. 3.23 RIA) entonces sí se activa el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el plazo de 24 meses desde la introducción de los cambios (art. 111.2 RIA).

Con independencia del RIA, en el momento de la sentencia era de plena aplicación el RGPD y la LOPDyD a las que tampoco se nombra, a pesar de la importancia que puede tener el art. 22 RGPD cuando los sistemas IA implican decisiones automatizadas que afectan significativamente a las personas pues si el sistema tiene en cuenta evaluaciones de desempeño o preferencias personales, o variables como la edad vida personal, estado civil, puede estar creando perfiles que influyen en la asignación de turnos y generar perfiles sesgados.

Estas cuestiones e interconexiones no abordadas (como la calificación del sistema como IA de alto riesgo, la trazabilidad de decisiones automatizadas o la existencia de un deber reforzado de transparencia) probablemente irán planteándose en el futuro, a medida que entren en vigor las disposiciones europeas aplicables y que los conflictos laborales vinculados a la inteligencia artificial adquieran mayor complejidad jurídica y tecnológica. En ese contexto, además de la función de los órganos administrativos competentes, el papel de la jurisprudencia será clave para articular una tutela efectiva de los derechos fundamentales frente a nuevas formas de poder algorítmico en la empresa.

§ 70 Despido por ineptitud sobrevenida basado en el informe de vigilancia de la salud emitido por el Servicio de prevención ajeno. Requisitos de validez y límites en el tratamiento empresarial de los datos personales.

Fermín Gallego Moya

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia.

Resumen: El despido por ineptitud sobrevenida de un trabajador (art. 52.a ET) no puede apoyarse exclusivamente en el informe elaborado por el Servicio de prevención ajeno, a propósito de la vigilancia de la salud del trabajador, cuando su mera conclusión de “no aptitud” entra en contradicción con el informe del Servicio Público de Salud que propició el alta médica por curación o mejoría que permitía a aquel reincorporarse al trabajo habitual. La decisión extintiva, que debe identificar cuáles son las limitaciones del trabajador y de qué manera provocan la sobrevenida ineptitud para las tareas propias del oficio, debe articularse en un contexto en el que, garantizando el derecho a la tutela judicial efectiva, se permita un acceso empresarial a los datos personales justificativos de la medida, necesariamente respetuoso con la normativa protectora de su tratamiento.

Palabras clave: Ineptitud sobrevenida. Despido por causas objetivas. Informe de salud del servicio de prevención. Protección de datos personales.

Abstract: Dismissal due to the supervening unfitness of an employee (Article 52.a ET) cannot be based exclusively on the fitness report prepared by the external Prevention Service, for the purpose of health surveillance, when its conclusion of unfitness contradicts the report of the Public Health Service that motivated the medical discharge due to recovery or improvement that allows the employee to perform normal work. The termination decision, which must identify the employee's limitations and how they cause the supervening unfitness for the tasks inherent to the job, must be articulated in a context in which, in order to guarantee effective judicial protection, the company is allowed access to the personal data justifying such a measure, necessarily respecting the regulations protecting its processing.

Keywords: Supervening incompetence. Dismissal for objective reasons. Health report from the prevention service. Personal data protection.

I. Introducción

La cuestión jurídica que accede al debate jurisdiccional que propicia el presente comentario consiste en determinar si resulta suficiente para articular un despido objetivo, ex art. 52.a ET, la valoración de no aptitud para el trabajo realizada por el Servicio de prevención ajeno en cumplimiento de su función de vigilancia y control de la salud, al amparo del art. 22.1 LPRL, pese a venir precedido su informe de un alta

médica emitida por el Servicio Público de Salud, en la que se constata un restablecimiento de la salud ("curación o mejoría") que "permite realizar el trabajo habitual"; debate vinculado con otro de no menor calado, consistente en dirimir si los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores pueden utilizarse para justificar una extinción contractual por incapacidad, teniendo en cuenta que el apartado 4 del citado art. 22 prohíbe su "uso en perjuicio del trabajador" y que la normativa reguladora de la protección de datos personales podría vedar dicha finalidad. En la sentencia comentada, el TSJ madrileño, asumiendo la doctrina casacional, revoca el pronunciamiento de instancia, minimizando el valor de la mera declaración de ineptitud contenida en los informes de vigilancia de la salud, al tiempo que, reiterando el contenido de pronunciamientos previos, aclara cuál es el nivel de protección legal de los datos personales sobre la salud de los trabajadores y con qué finalidad pueden ser tratados.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 566/2025, de 6 de junio.

Tipo y número de recurso: Recurso de suplicación núm. 305/2025.

ECLI:ES:TSJM:2025:7339

Fuente: CENDOJ

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ignacio Moreno González-Aller.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El contexto que enmarca los hechos que propician la resolución comentada es muy frecuente: persona trabajadora que, inmediatamente después de ser dada de alta médica por curación/mejoría o de recibir una resolución denegatoria de la incapacidad permanente instada, es despedida por su empresa con base en un reconocimiento médico preventivo que declara su ineptitud sobrevenida para el puesto de trabajo (en contradicción con la coetánea valoración efectuada por los facultativos o inspectores públicos), pretextándose adicionalmente la imposibilidad de adaptación o reubicación.

Sabemos que las entidades especializadas que actúan como servicios de prevención tienen, entre otras funciones, la de vigilar la salud de los trabajadores en relación a los riesgos derivados de su trabajo, de manera que, cuando constaten que aquellos han perdido sobrevenidamente su aptitud para el puesto de trabajo, están obligadas a informar al empresario de tal hecho, a fin de que éste pueda acometer las medidas preventivas que sean precisas, todo ello con la cautela que requiere el tratamiento de unos datos personales que, además, no podrán ser usados en perjuicio del trabajador.

En este caso, nos encontramos con un trabajador, Teleoperador Especialista (del que se indica es también representante de los trabajadores) con una antigüedad en su empresa (que se rige por el Convenio Colectivo de ámbito estatal del sector Contact Center) superior a 20 años, que es dado de baja médica por contingencia común por "trastorno de la voz y la resonancia" con fecha 12 de julio de 2022^[1], permaneciendo en tal situación hasta el 7 de junio de 2023, en que se expide parte de alta médica por "curación / mejoría que permite realizar su trabajo habitual".

Solicitado por el empleado, tras el alta médica, la adaptación de su puesto de trabajo es citado para reconocimiento médico preventivo por parte del Servicio de prevención ajeno, que emite informe de fecha 25 de julio de 2023, en el que se hace constar la calificación de "No Apto", con indicación, en el apartado de observaciones,

de que: “No puede ni debe realizar tareas que requieran un uso excesivo de la voz. Puesto de trabajo de teleoperador con uso de voz > 90% durante su jornada habitual. Las restricciones del trabajador se enfrentan directamente con las tareas fundamentales del puesto de trabajo de teleoperador”^[2].

Informada de esta falta de aptitud sobrevenida, la empresa, tras intentar sin éxito reubicar al actor^[3] (teniendo en cuenta su formación y cualificación, las vacantes disponibles y el personal pendiente de reubicación a fecha julio de 2023), le comunica, con fecha 26 de julio de 2023, la extinción del vínculo laboral, con efectos del mismo día, al amparo del art. 52.a ET, al entender que dicha ineptitud sobrevenida le impide desarrollar sus funciones habituales; decisión extintiva frente a la que el trabajador interpone demanda por despido improcedente.

IV. Posición de las partes

El trabajador pone de relieve en su demanda, tres circunstancias: La primera, que existe un “contrasentido” entre la valoración objetiva que realizan los especialistas de la Sanidad Pública, los cuales consideran concurrente una situación médica que permite la incorporación, sin impedimento, al puesto de trabajo, y la calificación de “no apto” efectuada por el Servicio de prevención ajeno, contradicción que debe resolverse a favor de la primera opción, al no poder atribuirse a su afección vocal un carácter absoluto y definitivamente incapacitante, sino moderado y con una alta probabilidad de mejoría y estabilización si mantiene los consejos facilitados por los especialistas y, a la vez, su empleador le proporciona un puesto de trabajo adaptado (art. 25.1 LPRL).

Como segunda consideración, trae el empleado a colación la tesis contenida en la STS 23 febrero 2022, Rec. 3259/2020, ECLI:ES:TS:2022:1015^[4], que considera que “la obligación de los servicios de prevención ajenos de trasladar al empresario sus conclusiones sobre los reconocimientos para la vigilancia de la salud de los trabajadores, referidos en el art. 22.1 LPRL, relacionados con la aptitud del trabajador, tiene por finalidad fundamental asegurar que el empresario tome las medidas precisas para evitar cualquier riesgo del trabajador afectado, pero no permite concluir, sin más, que, un informe, expedido por el Servicio de prevención ajeno, a solicitud unilateral del empresario, aunque la Entidad Gestora haya descartado que el trabajador esté incapacitado para el desempeño de su profesión y, sin que el trabajador se haya incorporado, siquiera, a su puesto de trabajo, constituya por sí solo un medio de prueba imbatible para acreditar la ineptitud sobrevenida para el trabajo del asalariado afectado, que justifique, sin más pruebas, la extinción del contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida, toda vez que los datos, relativos a la vigilancia de salud de los trabajadores, no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador, a tenor de lo dispuesto en el art. 22.4 LPRL, ya que, las conclusiones controvertidas derivan necesariamente de dichos datos.

Por último, advierte el trabajador que los servicios ofertados en su sector de actividad (Contact Center) incluyen un elenco de ocupaciones que no se limita al contacto telefónico, sino que “diversifica la funcionalidad de los operadores tanto a tareas en las que pueden utilizarse otros medios electrónicos de comunicación (correo electrónico, aplicaciones de mensajería instantánea, etc...) como a labores de soporte administrativo o de documentación (gestión mecanizada de procesos administrativos o back office)”.

La Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Madrid, de 25 octubre 2024, (proceso 848/2023), desestima la demanda actora, convalidando consiguientemente el despido, a la vista de dos datos que considera esenciales. El primero tiene que ver con la descripción del efecto incapacitante de la enfermedad: “no se discute que el actor ha sido diagnosticado de disfonía y que tal patología le impide realizar tareas que impliquen un uso excesivo de la voz; el segundo, relativo al marco funcional, consiste en determinar el cometido del trabajo desempeñado, de manera que, si bien es cierto que el artículo 2 del Convenio Colectivo del sector Contact Center prevé una pluralidad de actividades encuadradas dentro de su ámbito de aplicación, que van más allá de la atención telefónica, ello no quiere decir que las empresas a las que se aplica el mismo

deban realizar todas ellas”, de manera que, para resolver la controversia, “ha de atenderse a la categoría y puesto de trabajo del actor, que está calificado como Teleoperador Especialista”, cometido que el Convenio identifica, en esencia, con las “tareas de Contact Center habituales y normales...” desarrolladas mediante “contacto telefónico”.

De esta forma, conjugando el contenido de los informes de no aptitud para el puesto de trabajo, con el intento, previo al despido, de reubicación del actor, la Juzgadora considera desplegada, por parte de la empresa, una “actividad probatoria suficiente para acreditar la veracidad de los hechos en los que basa su decisión extintiva”.

V. Normativa aplicable al caso

La decisión empresarial analizada no pretende un único apoyo en el precepto estatutario regulador de la extinción causal por ineptitud sobrevenida, sino que apela también a normas que, con una dimensión preventiva, vienen indirectamente a confirmar la falta de capacidad en la persona trabajadora para seguir desempeñando un puesto de trabajo que entraña riesgos. Nos referimos, obviamente, y, en primer término, al art. 52.a ET, en virtud del cual, el vínculo contractual podrá extinguirse “por ineptitud^[5] del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa”. Precepto que, sin abandonar el ámbito de la norma básica, debe ponerse en relación con el derecho que los trabajadores tienen, en la relación de trabajo (art. 4.2.d.), “a su integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales”, estando obligados (art. 5.b), a “observar las medidas de prevención de riesgos laborales que se adopten”.

Desde un ámbito estrictamente preventivo, es la LPRL/1995 la que se introduce en este debate jurídico de la mano de dos preceptos clave, comenzando por su art. 22, que insta al empleador (apartado1) a garantizar la vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores a su servicio, en función de los riesgos inherentes al trabajo, sin bien que advirtiendo (apartado 4) que los datos obtenidos, no podrán ser usados “...en perjuicio del trabajador”. Por otra parte, en virtud del art. 25, el empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo”, debiendo, a tal fin, “tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos”, para, “en función de éstas”, adoptar “las medidas preventivas y de protección necesarias”. Consecuentemente, “los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo”.

VI. Doctrina básica

No cabe apoyar la decisión empresarial de extinción del contrato al amparo del artículo 52.a) del Estatuto de los Trabajadores exclusivamente en el informe de aptitud del servicio de prevención resultante de la vigilancia de salud del trabajador, cuando entra en contradicción con el informe del servicio público de salud que emitió el alta médica por mejoría/curación que permite realizar trabajo habitual.

Eso sí, dicha conclusión no implica, sin más, que los informes controvertidos no tengan ningún valor probatorio para acreditar la ineptitud sobrevenida de los trabajadores para el desempeño de su puesto de trabajo. Será necesario, a estos efectos, que el informe, que será objeto de valoración conjunta con el resto de la prueba, identifique con precisión cuáles son las limitaciones concretas detectadas y su incidencia sobre las funciones desempeñadas por el trabajador.

VII. Parte dispositiva

El TSJ estima el recurso de suplicación interpuesto por la representación del trabajador frente a la sentencia de instancia y, en consecuencia, revoca la resolución judicial recurrida para, con estimación de la demanda rectora de autos, declarar improcedente el despido de fecha 26 de julio de 2023, con las consecuencias legales inherentes a tal declaración, lo que en este caso supone otorgar al trabajador despedido el derecho de opción entre ser readmitido en su puesto de trabajo (reintegrando la indemnización percibida por despido objetivo) o recibir, en concepto de indemnización, la diferencia entre la cantidad ya percibida y los 28.595,44 € que, en este supuesto, se han fijado como compensación legal tasada de la improcedencia.

VIII. Pasajes decisivos

Los pasajes decisivos de la resolución comentada se encuentran en el Fundamento de Derecho Tercero *in fine*, el cual viene a reproducir lo que ya dijese el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 23 de febrero de 2022, Rec. 3259/2020.^[6] En concreto:

“Consiguientemente, la obligación de los servicios de prevención ajenos de trasladar al empresario sus conclusiones sobre los reconocimientos para la vigilancia de la salud de los trabajadores, referidos en el art. 22.1 LPRL, relacionados con la aptitud del trabajador, tiene por finalidad fundamental asegurar que el empresario tome las medidas precisas para evitar cualquier riesgo del trabajador afectado, pero no permite concluir sin más que, un informe, expedido por el servicio de prevención ajeno, a solicitud unilateral del empresario, aunque la Entidad Gestora haya descartado que el trabajador esté incapacitado para el desempeño de su profesión y, sin que el trabajador se haya incorporado, siquiera, a su puesto de trabajo, constituya por sí solo un medio de prueba imbatible para acreditar la ineptitud sobrevenida para el trabajo del trabajador afectado, que justifique, sin más pruebas, la extinción del contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida, toda vez que los datos, relativos a la vigilancia de salud de los trabajadores, no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador, a tenor con lo dispuesto en el art. 22.4 LPRL, ya que, las conclusiones controvertidas derivan necesariamente de dichos datos”.

“Dicha conclusión no implica, sin más, que los informes controvertidos no tengan ningún valor probatorio para acreditar la ineptitud sobrevenida de los trabajadores para el desempeño de su puesto de trabajo. Será necesario, a estos efectos, que el informe identifique con precisión cuáles son las limitaciones concretas detectadas y su incidencia sobre las funciones desempeñadas por el trabajador, sin que baste la simple afirmación de que el trabajador ha perdido su aptitud para el desempeño del puesto, cuando dicha afirmación no esté justificada en los términos expuestos y no se soporte con otros medios de prueba útiles, cuando sea contradicha por el trabajador, especialmente cuando, como sucede aquí, la Entidad Gestora haya descartado la declaración de invalidez permanente del trabajador para el desempeño de su profesión habitual, debiendo resaltarse que, en la carta de despido se afirma que el dictamen de No Apto, del servicio de prevención ajeno, “...le impide realizar la mayor parte de las tareas habituales e inherentes a su categoría profesional y para cuya ejecución usted fue contratado”.

IX. Comentario

Leyendo detenidamente la fundamentación jurídica de la sentencia comentada, salta a la vista que alguna pieza “no encaja”, o al menos, no lo hace adecuadamente. En efecto, observamos cómo la Sala madrileña, que ya ha detallado en el Fundamento de Derecho Tercero los motivos por los que estimará la suplicación (reproduciendo la doctrina casacional contenida en la STS 23 febrero 2020), decide “presentar” en el Fundamento de Derecho Cuarto, como “cuestión nuclear”, la de “dirimir si resulta suficiente para articular un despido objetivo la valoración realizada por el servicio de prevención en materia de vigilancia y control de la salud sobre la aptitud del trabajador, al amparo del art. 22 LPRL, siendo que ha existido un alta médica emitida por los

Servicios Públicos de Salud, el día 7 de junio del 2023, en la que se afirma se ha producido el restablecimiento del actor como consecuencia de "Curación / Mejoría que permite realizar trabajo habitual", y sin que se haya tramitado un expediente por incapacidad permanente".

Interrogante al que ella misma responde afirmando que: "En conclusión, lo que no cabe es apoyar la decisión empresarial de extinción del contrato al amparo del art. 52 ET, exclusivamente en el informe de aptitud del servicio de prevención resultante de la vigilancia de salud del trabajador, como ha ocurrido en este caso, cuando entra en contradicción con el informe del servicio público de salud que emitió el alta médica por mejoría/curación que permite realizar trabajo habitual, que es lo que lleva a la estimación del recurso y a la declaración de improcedencia del despido".

Aparentemente, la respuesta se ajustaría a lo que previamente se ha planteado como "cuestión nuclear". El problema es que, en el espacio físico que separa el planteamiento del problema, de su solución, el texto que se incorpora es un extracto (un "copia-pegar", si se me permite la expresión coloquial) del pasaje de una sentencia que otra Sección del mismo Tribunal Superior había elaborado para resolver una cuestión relacionada, pero claramente diferenciada y con una identidad jurídica propia, sin que se entienda bien (al menos por un lector que no conozca aquella otra sentencia y su contexto) qué papel desempeña aquel pasaje al hilo de la cuestión aquí planteada.

En efecto, el TSJ dice "alinearse", en la resolución comentada, con los criterios de la STSJ Madrid, Sección 2ª, de 9 de octubre de 2024, Rec. 453/2024, ECLI:ES:TSJM:2024:14522, que, según afirma, abordaría "la misma problemática aquí enjuiciada". Sin embargo, pese a lo manifestado, y como acabamos de adelantar, los fundamentos que trasvasa desde aquella resolución a la que aquí comentamos no dan respuesta directa al problema en los términos propuestos, sino que vienen a resolver una problemática tangencial, relativa a las limitaciones para acceder a los datos personales de salud de los trabajadores, con las que se encuentra el empresario que decide extinguir un contrato por ineptitud, contexto que tenemos que explicar bien, para que el lector de la sentencia aquí comentada no "se pierda".

Y con tal finalidad, damos cuenta del contexto: es evidente que el informe del Servicio de prevención ajeno declarando la falta de aptitud del trabajador no goza de una "presunción" de veracidad o certeza que deba destruir quien a él se opone, lo que no quiere decir, desde luego, que el citado informe no pueda ser valorado, junto al resto de la prueba practicada. Ocurre, sin embargo, que, en un proceso de despido por ineptitud, corresponde al órgano judicial valorar si las dolencias que el trabajador presenta son o no susceptibles de provocar la ineptitud que el art. 52.a reclama para justificar la extinción. Y aquí es donde el empresario se enfrenta a una grave dificultad: el informe del servicio de prevención no contiene hechos, sino valoraciones sobre la aptitud relacionadas con los riesgos que se pretenden evitar, manteniendo reservados los diagnósticos y padecimientos del trabajador. Y, obviamente, la no aptitud del informe no puede asumirse de manera acrítica por el juzgador, pues la misma predeterminaría el Fallo de la sentencia.

Sabemos, por lo demás, que la doctrina judicial es unánime al negar, en los procesos de incapacidad permanente, carácter vinculante a los informes del Servicio de prevención, a los cuales no se reconoce valor superior al dictamen del Equipo evaluador del INSS. No podemos obviar tampoco que el citado servicio, pese a su importante labor, no deja de ser un mero auxiliar contractual de la empresa, de la que depende económicamente. Auxiliar cuya labor de vigilancia de la salud no consiste en evaluar la capacidad del trabajador para el desempeño profesional, sino en determinar si su situación psicofísica implica un riesgo, propio o ajeno, a efectos de aplicar medidas preventivas. Y es palmario que, a efectos de despido por ineptitud, lo determinante no es el riesgo, sino la posibilidad de desempeñar, con profesionalidad y eficacia, las labores propias del oficio, sin que sea competencia del Servicio de Prevención (art. 31 LPLR) efectuar una valoración sobre la productividad del trabajador.

Tienen, pues, los informes preventivos, un limitado alcance pericial, en la medida en que no pueden ser usados en perjuicio del trabajador, ni hacer prueba de la capacidad de este, al no incluir datos concretos sobre su salud. Como indica el TSJ Madrid, en la sentencia de 9 de octubre de 2024, Rec. 453/2024, la información que recibe el empresario, aunque le obligue a adoptar medidas preventivas, es una mera valoración final realizada por el Servicio de prevención, sin que tenga acceso (salvo consentimiento del trabajador) a los datos concretos sobre los diagnósticos o situación clínica del trabajador, que es lo que permitiría defender en el proceso judicial su decisión extintiva. Situación que, además, se ve “agravada” por la necesaria aplicación del Reglamento General de Protección de Datos^[7], según el cual, los “datos relativos a la salud” son una categoría de datos especialmente protegidos, frente a los que no prima el “interés legítimo” de su art. 6.

Todo ello determina que, pese a contar con un informe del Servicio de prevención que concluya que el trabajador no es apto para unas determinadas funciones, la confidencialidad de los datos sobre su salud en que se basa tal valoración puede ocasionar una aparente situación de indefensión a la empresa, que se ve obligada a separar al trabajador de su puesto, en evitación del riesgo detectado, pero no tiene garantizado que una decisión extintiva vaya a obtener el beneplácito judicial, el cual no obtendría si las dolencias que finalmente se acreditasen en el proceso no fueran para el Juzgador suficientemente determinantes de tal ineptitud. Resulta, pues, extremadamente dificultoso, para el empleador, utilizar estos datos concretos de salud del trabajador como justificante de la medida adoptada.

Y es en este punto donde ya podemos “enlazar” el contexto hasta aquí explicado (ausente en la resolución comentada) con la afirmación del TSJ Madrid según la cual: “sin embargo, la dificultad (relativa a la obtención de tales datos) no equivale a imposibilidad, por lo que la indefensión no existe”, afirmación que apoya en la existencia de varias “vías de escape” (igualmente extraídas de la resolución con la que dice alinearse):

La primera de ellas, resultado de conjugar proporcionadamente el derecho fundamental a la protección de datos con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, es que cualquiera de las partes en el proceso judicial, incluida por tanto la empresa, puede reclamar, según su conveniencia procesal, la aportación al proceso, como prueba, de los datos e informes médicos que sean necesarios para su defensa, especialmente los obtenidos del historial clínico del servicio público de salud o los obrantes en el expediente de incapacidad permanente tramitado, decidiendo sobre su admisibilidad, en última instancia, la autoridad judicial. Ello es así, en efecto, porque el art. 9.2 RGPD contempla (letra f) como base de licitud para el tratamiento de estos datos su necesidad “para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones o cuando los tribunales actúen en ejercicio de su función judicial”, previsión que, en la misma dirección, puede relacionarse con lo dispuesto en el art. 236 quater LOPJ, según el cual, no será “necesario el consentimiento del interesado para que los Tribunales procedan al tratamiento de los datos en el ejercicio de la potestad jurisdiccional”.

En segundo término, la decisión extintiva en estos casos también puede apoyarse en pruebas a disposición de la empresa, sobre número y duración de bajas médicas, rendimiento objetivo, prueba testifical, videográfica o de otra índole sobre la forma en que el trabajador realiza las funciones, sin olvidar, también, que cuando el trabajador haya hecho públicos sus datos médicos, tales datos dejan de estar protegidos.

Finalmente, y extendiéndose en su respuesta más allá de lo que el objeto del pleito precisaba (validez de la extinción causal), aprovecha la Sala para cuestionar (insistimos, reproduciendo lo dicho por la Sección 2ª) la vigencia del art. 4.1. RD 1300/1995, en cuanto excluye a la empresa empleadora de la legitimación para iniciar expedientes de incapacidad permanente de sus trabajadores, y ello porque, “a la vista de todo lo anterior, hay fundamentos para entender derogadas las limitaciones de legitimación de la empresa” para iniciar tales expedientes; de esta forma, “si se

justifica que quedan afectados directamente los intereses de la empleadora, la misma tendría la consideración de parte interesada en dicho procedimiento administrativo”.

X. Apunte final

La resolución comentada es una muestra más de la complejidad e interrelación del ordenamiento laboral, mostrándonos cómo la valoración judicial de una conducta empresarial de despido por ineptitud sobrevenida, amparada en el art. 52.a ET, debe abordarse desde diversas perspectivas, incluyendo, además de la estatutaria, la normativa preventiva y la de protección de datos. No sólo debe valorarse la concurrencia de la “causa” (ineptitud sobrevenida) que impide realizar el cometido habitual (“implicando” en ello al convenio colectivo), sin posibilidad de reubicación (con una visión extensiva de los “ajustes razonables”, análoga a la exigida en el actual art. 49.1.e ET^[8]), sino también si su hallazgo (la tutela judicial efectiva debe facilitar la carga probatoria empresarial de unos hechos que deben ser identificados con precisión quirúrgica en el informe preventivo y acreditarse en el proceso) se ha producido de forma hábil y respetuosa con la normativa protectora de los datos personales.

Por lo demás, desde un punto de vista de la interpretación jurídica, también demuestra la sentencia comentada lo difícil que es anticipar la corrección legal de una decisión empresarial o su encaje en la mejor doctrina judicial. En efecto, se afirma que el informe de prevención, para ser hábil a los efectos aquí pretendidos, debe “identificar con precisión cuáles son las limitaciones concretas detectadas y su incidencia sobre las funciones desempeñadas por el trabajador”, requisitos que, al menos en apariencia, podrían entenderse cumplidos en este caso, en el que el meritado informe preventivo, entre otros datos, da cuenta de dos circunstancias esenciales: que el puesto de trabajo de teleoperador requiere el uso de la voz durante un porcentaje de jornada superior al noventa por ciento, y que el trabajador evaluado no puede ni debe realizar tareas que requieran un uso excesivo de la voz (dato trasladado luego al relato de hechos probados: “tal patología le impide realizar tareas que impliquen un uso excesivo de la voz”), elementos ambos que, combinados con la acreditada imposibilidad de adaptación o reubicación, podrían haber sido considerados suficientes para avalar la decisión extintiva.

Sin embargo, la sentencia comentada no contiene una mínima justificación *ad hoc* sobre la eventual insuficiencia del citado informe, limitándose a afirmar, en el Fundamento de Derecho Cuarto, que no cabe apoyar la decisión empresarial exclusivamente en el informe de aptitud cuando entra en contradicción con el informe del servicio público de salud que emitió el alta médica. Sin una explicación algo más precisa, podría llegar a entenderse que un informe del Servicio de prevención no puede “doblegar”, en ningún caso, la declaración de alta o la resolución de no incapacidad emitida por los servicios de salud o las entidades gestoras, algo que no parece desprenderse de la doctrina casacional.

Referencias:

1. [^] *La resolución judicial da cuenta del intento, por parte del empleado, de obtener la calificación de contingencia “profesional” para dicho proceso de incapacidad temporal, al entender que la “disfonía” que presentaba, estaba “íntimamente relacionada con el desarrollo de sus funciones como teleoperador”, petición esta que fue desestimada por resolución de la Entidad Gestora de 7 de junio de 2023.*
2. [^] *Los hechos probados de la Sentencia de instancia dejan constancia, igualmente, de la Evaluación de riesgos del puesto de trabajo de Teleoperador, realizada por el Departamento de Prevención de Riesgos Laborales, en la que se indica que “la afectación patológica del actor le*

impide el correcto desempeño de las funciones principales propias de su cargo”.

3. [^] *El trabajador cuestiona este hecho, al entender que no existió por la empresa “la más mínima intención de adaptar el puesto o de reubicar(le)... en otro adecuado a su situación médica”, pues en menos de 24 horas tras el informe del Servicio de prevención se extinguió el contrato (si bien su discrepancia con tal valoración fáctica no accedió al relato de hechos probados ni en la instancia ni en su intento posterior de revisión suplicatoria).*
4. [^] *Que resuelve la cuestión de si basta, para validar la extinción del contrato por ineptitud sobrevenida, el informe emitido por un servicio de prevención ajeno, en el que se califica al trabajador como “no apto”, cuando la Entidad Gestora ha descartado declarar al trabajador afectado en situación de incapacidad permanente.*
5. [^] *Indica la sentencia comentada que, “a falta de una definición legal expresa”, la citada ineptitud “se ha asociado a una falta de habilidad para el desempeño de la actividad laboral que resulta en impericia o incompetencia y se traduce en un bajo rendimiento o productividad de carácter permanente y no relacionado con una actitud dolosa del trabajador. Se puede relacionar con una disminución de las condiciones físicas o psíquicas del trabajador o con la ausencia o disminución de facultades, condiciones, destrezas y otros recursos personales necesarios para el desarrollo del trabajo en términos de normalidad y eficiencia, entendido como imposibilidad de desempeño de todas o al menos las funciones básicas del puesto de trabajo”.*
6. [^] *Según la misma, para que el informe emitido por el servicio de prevención declarando al trabajador no apto sirva como prueba que acredite dicha ineptitud es necesario que identifique con precisión cuáles son las limitaciones concretas detectadas y su incidencia sobre las funciones desempeñadas por el trabajador, sin que baste la simple afirmación de que ha perdido su aptitud para el desempeño del puesto, cuando dicha afirmación no esté justificada y no se soporte con otros medios de prueba útiles, cuando sea contradicha por el trabajador, especialmente cuando la Entidad Gestora haya descartado la declaración de invalidez permanente.*
7. [^] *Reglamento (UE) 2016/279 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, norma comunitaria de la que la Ley nacional (Ley Orgánica 3/2018) es meramente complementaria.*
8. [^] *El TSJ Islas Baleares, en sentencia de 7 de junio de 2024, Rec. 591/2023, ECLI:ES:TSJBAL:2024:805, anticipándose a la reforma del art. 49 ET por Ley 2/2025 de 29 de abril, postulaba un tratamiento integral de los artículos dicho precepto y del art. 52.a ET, integrando en ambos el mandato de ajustes razonables y unificándolos en una única causa de extinción contractual, lo que no se ha producido y tiene bastante lógica.*

§ 71 Prohibición de discriminación indirecta por discapacidad: discriminación «por asociación» del cuidador de una persona discapacitada y «ajustes razonables».

José Luis Monereo Pérez

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada.
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

Resumen: *Procedimiento prejudicial. Cuestiones prejudiciales planteadas por la Corte suprema di cassazione (Tribunal Supremo de Casación, Italia). Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: artículos 2, 5 y 7. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: artículos 21, 24 y 26. Directiva 2000/78/CE: artículos 1, 2.1 y 2.2.b). Prohibición de discriminación por motivo de discapacidad. Discriminación indirecta. Diferencia de trato con respecto a un trabajador que no es él mismo discapacitado, pero que se ocupa del cuidado de su hijo discapacitado (artículo 5). Obligación jurídica del empresario de realizar «ajustes razonables» que no constituyan una «carga excesiva», excepción sometida a la alegación y carga de la prueba que recae en el empleador.*

Palabras clave: *Discapacidad. Ajustes razonables. Discriminación indirecta y discriminación por asociación. Protección del cuidador de persona con discapacidad. «Interpretación conforme». Procedimiento prejudicial.*

Abstract: *Preliminary ruling. Questions referred for a preliminary ruling by the Corte suprema di cassazione (Supreme Court of Cassation, Italy). United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Articles 2, 5, and 7. Charter of Fundamental Rights of the European Union: Articles 21, 24, and 26. Directive 2000/78/EC: Articles 1, 2.1, and 2.2.b). Prohibition of discrimination on grounds of disability. Indirect discrimination. Difference in treatment with respect to a worker who is not himself disabled but who cares for his disabled child (Article 5). Legal obligation of the employer to make “reasonable adjustments” that do not constitute an “undue burden,” an exception subject to the allegation and burden of proof falling on the employer.*

Keywords: *Disability. Reasonable accommodation. Indirect discrimination and discrimination by association. Protection for caregivers of persons with disabilities. “Consistent interpretation”. Preliminary ruling.*

I. Introducción

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO 2000, L 303, p. 16; corrección de errores en DO 2021, L 204, p. 49), a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha

en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y aprobada en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009 (DO 2010, L 23, p. 35; en lo sucesivo, «Convención de las Naciones Unidas»). Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre G. L. y AB SpA en relación con la negativa de esta sociedad a conceder a G. L. un ajuste de sus condiciones de trabajo que le permitiera ocuparse de su hijo discapacitado.

Tras un detenido y riguroso razonamiento jurídico e *interpretación finalista y evolutiva* del marco normativo aplicable se alcanza la siguiente decisión judicial: 1.º. La prohibición de discriminación indirecta por motivos de discapacidad se aplica también a un trabajador que no es él mismo discapacitado, pero que es objeto de tal discriminación debido a la asistencia que presta a su hijo aquejado de una discapacidad, que le permite recibir la mayor parte de los cuidados que requiere su estado. 2.º. Un empresario está obligado, para garantizar el respeto del principio de igualdad de los trabajadores y de la prohibición de discriminación indirecta establecida en el artículo 2, apartado 2, letra b), de esta Directiva 2000/78, a realizar ajustes razonables, en el sentido del artículo 5 de dicha Directiva, respecto de un trabajador que, sin ser él mismo discapacitado, presta a su hijo aquejado de una discapacidad la asistencia que le permite recibir la mayor parte de los cuidados que requiere su estado, siempre que tales ajustes no supongan una carga excesiva para el empresario.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia de 11 de septiembre de 2025 (Asunto C-38/24).

Tipo y número recurso o procedimiento: procedimiento prejudicial.

ECLI:EU:C: 2025:690

Fuente: CENDOJ.

Ponente: T. von Danwitz.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1.- La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación^[1], a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y aprobada en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009 (DO 2010, L 23, p. 35; en lo sucesivo, «Convención de las Naciones Unidas»). Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre G. L. y AB SpA en relación con la negativa de esta sociedad a conceder a G. L. un ajuste de sus condiciones de trabajo que le permitiera ocuparse de su hijo discapacitado.

2.- El Tribunale di Roma (Tribunal Ordinario de Roma) desestimó la demanda de G. L., que interpuso recurso de apelación contra dicha resolución ante la Corte d'appello di Roma (Tribunal de Apelación de Roma, Italia). Este último órgano jurisdiccional también desestimó el recurso en cuanto al fondo, al considerar que no se había demostrado la existencia del comportamiento discriminatorio alegado y que, en cualquier caso, la sociedad AB había realizado «ajustes razonables» para tener en cuenta las limitaciones de G. L., aun cuando se tratara de medidas provisionales.

G. L. recurrió esta resolución en casación ante la Corte suprema di cassazione (Tribunal Supremo de Casación, Italia), que es el órgano jurisdiccional remitente.

En octubre de 2022, G. L. fue despedida por la sociedad AB.

El órgano jurisdiccional remitente considera que el litigio principal plantea la cuestión de si un trabajador que se ocupa de su hijo menor discapacitado tiene derecho a invocar ante los tribunales la protección contra la discriminación indirecta por razón de discapacidad de que disfruta la propia persona discapacitada, habida cuenta de los principios derivados de la sentencia de 17 de julio de 2008, Coleman (C-303/06, EU:C:2008:415).

Recuerda que, en esa sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que el ámbito de aplicación personal de la protección contra la discriminación directa por motivos de discapacidad, establecida en dicha Directiva, se extiende al trabajador que no es él mismo discapacitado, pero que se ocupa del cuidado de un menor discapacitado al que dispensa la mayor parte de los cuidados que requiere su estado. [...]. En este contexto, la Corte suprema di cassazione (Tribunal Supremo de Casación) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia varias cuestiones prejudiciales.

IV. Posición de las partes

Hay que tener en cuenta que el procedimiento prejudicial tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional remitente.

-La parte empresarial en el litigio principal: G. L. trabajaba para la sociedad AB, establecida en Italia, como «agente de estación». La sociedad AB no dio curso a estas solicitudes de ajustes permanentes, pero, no obstante, concedió a G. L. determinados ajustes de sus condiciones de trabajo, con carácter provisional. Entiende que se ha cumplido con la exigencia de «ajustes razonables» atendiendo a las limitaciones de G. L., aun cuando se tratara de “medidas provisionales”.

-La parte social en el litigio principal: G. L. presentó una demanda ante el Tribunale di Roma (Tribunal Ordinario de Roma, Italia) contra la sociedad AB, solicitando que se declarara que la negativa de su empresario a acceder a su solicitud de ajuste permanente de sus condiciones de trabajo era discriminatoria. El Tribunale di Roma desestimó la demanda de G. L., que interpuso recurso de apelación contra dicha resolución ante la Corte d'appello di Roma (Tribunal de Apelación de Roma, Italia), considerado, en síntesis, que se había cumplido con la obligación de realizar “ajustes razonables”. G. L. recurrió esta resolución en casación ante la Corte suprema di cassazione (Tribunal Supremo de Casación, Italia), que es el órgano jurisdiccional remitente, al considerar que la empresa no había cumplido con la obligación de llevar a cabo “ajustes razonables” con un carácter permanente y no meramente provisional. En octubre de 2022, G. L. fue despedida por la sociedad AB.

-Cuestiones prejudiciales: La Corte suprema di cassazione plantea varias cuestiones prejudiciales ante el TJUE, en relación con esta controversia jurídica, en los términos que, con brevedad, se irán exponiendo aquí.

V. Normativa aplicable al caso

-Preámbulo, Artículos 1, 2, 5, artículo 7, apartados 1 y 2, y artículo 34, apartado 1, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y aprobada en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009.

-Artículos 1, 2, 3 y 5 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

-Artículos 21, 24 y 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (con el mismo rango normativo que los Tratados de la Unión en virtud del artículo 6, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea).

-Artículo 2, apartado 1, y artículo 3, apartado 3 *bis*, del decreto legislativo n.º 216 — *Attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro* (Decreto Legislativo n.º 216, por el que se transpone la Directiva 2000/78/CE para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación), de 9 de julio de 2003.

-Artículo 25, apartado 2 *bis*, del decreto legislativo n. 198 — *Codice delle pari opportunità tra uomo e donna*, a norma dell'articolo 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246 (Decreto Legislativo n.º 198, por el que se aprueba el Código de Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres, de conformidad con el artículo 6 de la Ley de 28 de noviembre de 2005, n.º 246), de 11 de abril de 2006 (GURI n.º 125, de 31 de mayo de 2006, suplemento ordinario n.º 133), que entró en vigor con posterioridad a los hechos del litigio principal.

-Artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, relativo a la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para pronunciarse carácter prejudicial ante una cuestión prejudicial adecuadamente motivada.

-Artículo 94, letra c), del Reglamento de Procedimiento.

VI. Doctrina básica

-El hecho de que esta Directiva contenga disposiciones destinadas a tener en cuenta específicamente las necesidades de las personas con discapacidad no permiten llegar a la conclusión de que el principio de igualdad de trato que la misma consagra deba interpretarse de manera restrictiva, es decir, en el sentido de que prohíbe únicamente las discriminaciones directas por motivo de discapacidad que afecten exclusivamente a las propias personas con discapacidad. Por lo demás, el sexto considerando de la citada Directiva, al mencionar la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, remite tanto al combate general contra toda forma de discriminación como a la necesidad de adoptar medidas adecuadas para la integración social y económica de las personas con discapacidad (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de julio de 2008, Coleman, C-303/06, EU:C:2008:415, apartado 43).

Además, el Tribunal de Justicia ha considerado que los objetivos perseguidos por la Directiva 2000/78, a saber, establecer un marco general para luchar, en el ámbito del empleo y la ocupación, contra la discriminación por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1 de dicha Directiva, entre los que figura la discapacidad, así como el objetivo, enunciado en su considerando 37, de establecer un marco para la igualdad en el empleo y la ocupación, al igual que el efecto útil de tal Directiva, se verían comprometidos si la prohibición de discriminación directa, establecida en su artículo 2, apartado 2, letra a), se limitara a las personas discapacitadas y no se aplicara a una situación en la que un trabajador que no fuera él mismo discapacitado padeciera, no obstante, discriminación directa por razón de la discapacidad de su hijo (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de julio de 2008, Coleman, C-303/06, EU:C:2008:415, apartados 47 y 48).

En efecto, adoptar una interpretación de la Directiva 2000/78 que limitara su aplicación únicamente a las personas que tienen ellas mismas una discapacidad podría privar a dicha Directiva de una parte importante de su efecto útil y reducir la protección que pretende garantizar (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de julio de 2008, Coleman, C-303/06, EU:C:2008:415, apartados 50 y 51).

-En cuanto a la cuestión de si la Directiva 2000/78 también prohíbe una situación de discriminación indirecta «por asociación» por motivos de discapacidad, procede señalar, en primer término, que, de conformidad con el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2000/78, el principio de igualdad de trato se entiende como la ausencia de

«toda discriminación», directa o indirecta, basada en cualesquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 de esta Directiva.

Además, procede recordar que esta Directiva tiene por objeto, en lo que atañe al empleo y la ocupación, combatir todas las formas de discriminación por motivos de discapacidad. En efecto, el principio de igualdad de trato que en esta materia consagra la citada Directiva no se aplica a una categoría determinada de personas, sino en función de los motivos contemplados en el artículo 1 de la misma. Corroborada esta interpretación el tenor literal del artículo 13 CE, disposición que constituye la base jurídica de la Directiva 2000/78 y que atribuía a la Unión, al igual que el artículo 19 TFUE que la remplazó, competencia para adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivo, entre otros, de discapacidad (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de julio de 2008, Coleman, C-303/06, EU:C:2008:415, apartado 38). Igualmente, los términos del considerando 12 de dicha Directiva indican que debe prohibirse en la Unión «cualquier discriminación», directa o indirecta, por motivos de discapacidad.

Por otra parte, la cuestión del reconocimiento de una discriminación «por asociación» por motivos de discapacidad se plantea del mismo modo, ya sea tal discriminación directa o indirecta. En particular, el hecho de que, en el régimen establecido por la Directiva 2000/78, el concepto de discriminación indirecta incorpore la posibilidad de una justificación, a diferencia del concepto de discriminación directa, carece de incidencia en la posible calificación de un acto como constitutivo de discriminación «por asociación», en el sentido de esta.

De las consideraciones anteriores se desprende que tanto el tenor del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2000/78 como el objetivo que subyace a esta Directiva abogan por la prohibición no solo de las discriminaciones directas «por asociación», sino también de las discriminaciones indirectas «por asociación».

En segundo término, es preciso poner de relieve que, refiriéndose a la sentencia de 17 de julio de 2008, Coleman(C-303/06, EU:C:2008:415), el Tribunal de Justicia ya ha declarado, acerca del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/43, cuyos artículos 1 y 2 tienen una redacción similar a la de los artículos 1 y 2 de la Directiva 2000/78, que tal ámbito de aplicación no puede definirse de manera restrictiva y que el principio de igualdad de trato al que se refiere esa *Directiva no se aplica a una categoría determinada de personas, sino en función de los motivos* enunciados en su artículo 1, por lo que también es aplicable a las personas que, aunque no pertenezcan ellas mismas a la raza o la etnia considerada, sufren sin embargo un trato menos favorable o una desventaja particular por uno de esos motivos (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de julio de 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria, C-83/14, EU:C:2015:480, apartado 56). Por lo tanto, como señaló, en esencia, el Abogado General en el punto 36 de sus conclusiones, el Tribunal de Justicia ha considerado expresamente que la Directiva 2000/43 prohíbe la discriminación indirecta «por asociación».

En tercer término, para una interpretación de la prohibición de discriminación que sea conforme con la Carta, procede señalar, como se desprende del tenor de su artículo 21, apartado 1, que el principio general de no discriminación que consagra prohíbe «toda discriminación» por motivos, en particular, de discapacidad, garantizando así una aplicación amplia de esta garantía fundamental.

En cuanto a las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas que pueden guiar la interpretación de la Directiva 2000/78, procede recordar que el artículo 2, párrafo tercero, de dicha Convención establece que la «discriminación por motivos de discapacidad» comprende «cualquier» distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo, y que este concepto incluye «todas las formas de discriminación», incluida la denegación de ajustes razonables. El artículo 5, apartado

2, de la citada Convención estipula que los Estados partes prohibirán «toda discriminación» por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra «la discriminación por cualquier motivo».

En consecuencia, de lo anterior resulta que el principio de no discriminación consagrado en el artículo 21, apartado 1, de la Carta y concretado por la Directiva 2000/78 se refiere también a la discriminación indirecta «por asociación» por motivos de discapacidad.

-La Convención de las Naciones Unidas establece expresamente, en el párrafo tercero de su artículo 2, que el concepto de discriminación por motivos de discapacidad comprende todas las formas de discriminación, incluida «la denegación de ajustes razonables». Según el párrafo cuarto del artículo 2 de dicha Convención, «por “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales». Como señaló el Abogado General en el punto 53 de sus conclusiones, los ajustes razonables, tal como se definen en el mencionado artículo 2, no se limitan a las necesidades de las personas con discapacidad en su lugar de trabajo. Por lo tanto, tales ajustes también deben concederse, en su caso, al trabajador que preste la asistencia que permite a esa persona con discapacidad recibir la mayor parte de los cuidados que requiere su estado.

Se rechaza la *Tercera cuestión prejudicial* planteada, conforme a la cual el órgano jurisdiccional remitente pregunta al Tribunal de Justicia, en esencia, en el supuesto de que se responda afirmativamente a las cuestiones prejudiciales primera o segunda, sobre la interpretación del concepto de «cuidador» a efectos de la aplicación de la Directiva 2000/78. Argumenta el TJUE que es indispensable, como dispone el artículo 94, letra c), del Reglamento de Procedimiento, que la propia petición de decisión prejudicial contenga la indicación de las razones que han llevado al órgano jurisdiccional remitente a preguntarse sobre la interpretación o la validez de determinadas disposiciones del Derecho de la Unión, así como de la relación que a su juicio existe entre dichas disposiciones y la normativa nacional aplicable en el litigio principal. También es indispensable, como establece el artículo 94, letra a), del Reglamento de Procedimiento, que la propia petición de decisión prejudicial contenga al menos una exposición de los datos fácticos en que se basan las cuestiones (sentencia de 13 de diciembre de 2018, Rittinger y otros, C-492/17, EU:C:2018:1019, apartado 39 y jurisprudencia citada). Sin embargo, en el caso de autos, el órgano jurisdiccional remitente pregunta al Tribunal de Justicia sobre la interpretación del concepto de «cuidador», *que no está previsto* en la Directiva 2000/78, pero que, como explica el mismo órgano jurisdiccional remitente en su petición de decisión prejudicial, parece desprenderse del Derecho nacional. Además, la resolución de remisión *no ofrece ninguna explicación* sobre la relación que establece entre las precisiones que solicita al Tribunal de Justicia en el marco de su tercera cuestión prejudicial sobre este concepto de «cuidador» y el litigio principal. De ello se deduce que la tercera cuestión prejudicial es inadmisibile, de manera que no se entra en la cuestión de fondo planteada.

VII. Parte dispositiva

En virtud de toda la argumentación expuesta, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

1) La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y, en particular, sus artículos 1 y 2, apartados 1 y 2, letra b), en relación con los artículos 21, 24 y 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y con los artículos 2, 5 y 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de

diciembre de 2006y aprobada en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, deben interpretarse en el sentido de que la prohibición de discriminación indirecta por motivos de discapacidad se aplica también a un trabajador que no es él mismo discapacitado, pero que es objeto de tal discriminación debido a la asistencia que presta a su hijo aquejado de una discapacidad, que le permite recibir la mayor parte de los cuidados que requiere su estado.

2) La Directiva 2000/78 y, en particular, su artículo 5, en relación con los artículos 24 y 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales y con los artículos 2 y 7, apartado 1, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, deben interpretarse en el sentido de que un empresario está obligado, para garantizar el respeto del principio de igualdad de los trabajadores y de la prohibición de discriminación indirecta establecida en el artículo 2, apartado 2, letra b), de esta Directiva, a realizar ajustes razonables, en el sentido del artículo 5 de dicha Directiva, respecto de un trabajador que, sin ser él mismo discapacitado, presta a su hijo aquejado de una discapacidad la asistencia que le permite recibir la mayor parte de los cuidados que requiere su estado, siempre que tales ajustes no supongan una carga excesiva para el empresario.

VIII. Pasajes decisivos

-Adoptar una interpretación de la Directiva 2000/78 que limitara su aplicación únicamente a las personas que tienen ellas mismas una discapacidad podría privar a dicha Directiva de una parte importante de su efecto útil y reducir la protección que pretende garantizar (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de julio de 2008, Coleman, C-303/06, EU:C:2008:415, apartados 50 y 51).

- La Directiva 2000/78 y, en particular, su artículo 5, en relación con los artículos 24 y 26 de la Carta y con los artículos 2 y 7, apartado 1, de la Convención de las Naciones Unidas, deben interpretarse en el sentido de que un empresario está obligado, para garantizar el respeto del principio de igualdad de los trabajadores y de la prohibición de discriminación indirecta establecida en el artículo 2, apartado 2, letra b), de esta Directiva, a realizar ajustes razonables, en el sentido del artículo 5 de dicha Directiva, respecto de un trabajador que, sin ser él mismo discapacitado, presta a su hijo aquejado de una discapacidad la asistencia que le permite recibir la mayor parte de los cuidados que requiere su estado, siempre que tales ajustes no supongan una carga excesiva para el empresario.

IX. Comentario

El avance en la efectividad de los derechos de las personas con discapacidad ha encontrado en la fecha del pasado 11 de septiembre de 2025 un impulso decisivo, pues en la jurisprudencia creativa del TJUE han recaído dos importantes sentencias que se refieren a la discriminación que sufren las personas con discapacidad. El Tribunal Comunitario delimita de manera innovadora el ámbito subjetivo de la prohibición de cualquier discriminación por razón de discapacidad y, de nuevo, el Alto Tribunal interpreta el concepto de “ajustes razonables”. Y, todo ello, para enmendar la legitimidad de la legislación del Estado italiano en cuanto a la regulación que está siguiendo en materia de empleo de las personas discapacitadas y de las personas cuidadoras de ellas. Ambos procedimientos, el asunto C-5/24 y el asunto C-38/24, han sido dictados con motivo de la petición de decisión prejudicial planteada, de un lado, por el Tribunal de Rávena y, de otro, por el Tribunal Supremo de Casación italiano. Todo ello, en el marco del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. De lo que se trata es de interpretar, nuevamente, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

La trabajadora P.M prestaba sus servicios para la Sociedad S.Snc y fue despedida porque sus faltas de asistencia al trabajo habían superado el plazo máximo de mantenimiento en el empleo que preveía el convenio colectivo aplicable al caso, esto

es, un periodo de 180 días al año, al que el trabajador puede añadir 120 días más por año natural. La demandante había sido reconocida como persona con discapacidad, por lo que ante el Tribunal Ordinario de Rávena presentó recurso impugnando su despido. Entiende la Sra. P.M que es discriminatorio por razón de discapacidad.

En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta, en particular, “si la disposición en cuestión del convenio colectivo controvertido, que no establece distinciones en cuanto a la duración del mantenimiento del empleo en caso de baja por enfermedad en función de si los trabajadores tienen o no una discapacidad, constituye una discriminación indirecta en el sentido de la Directiva 2000/78/CE, en la medida en que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en comparación con un trabajador sin discapacidad, un trabajador discapacitado está expuesto al riesgo adicional de estar de baja por una enfermedad relacionada con su discapacidad. A este respecto, dicho órgano jurisdiccional cita, en particular, las sentencias HK Danmark y Ruiz Conejero. En caso de que esa disposición pueda ser desfavorable para los trabajadores con discapacidad, dicho órgano jurisdiccional pregunta si está objetivamente justificada por una finalidad legítima y si los medios para conseguir esa finalidad son adecuados y necesarios.

Como indica el órgano jurisdiccional remitente, el alcance práctico del presente asunto es considerable, ya que, si bien todos los convenios colectivos nacionales prevén un período de mantenimiento del empleo, ninguno de ellos establece normas particulares para los trabajadores con discapacidad. Por tanto, todos estos convenios colectivos podrían ser discriminatorios y la sanción máxima posible sería la nulidad de los despidos de los trabajadores discapacitados efectuados tras la expiración de ese período y la obligación de su empresario de reparar el perjuicio sufrido”.

Son cinco las cuestiones prejudiciales que se plantean ante el TJUE y sólo las cuestiones 1 a 3 son las que responde el Alto Tribunal Europeo^[2]. Tras analizar el concepto de “discapacidad” en la doctrina comunitaria, el TJUE afirma que no existe aquí un supuesto de discriminación directa, ya que la normativa nacional aplicable “se puede aplicar de la misma manera a todos los trabajadores, con independencia de que tengan o no una discapacidad”. No obstante, ¿existe discriminación indirecta? A juicio del TJUE debe ser el juez nacional italiano el que examine esta cuestión y, en particular, el artículo 173 del Convenio Colectivo aplicable para el sector. Dicho convenio se aplica uniformemente a todos los trabajadores afectados sin tenerse en cuenta una eventual discapacidad, puede ocasionar una desventaja particular en detrimento de los trabajadores con discapacidad. Por todo ello, entiende el TJUE que “1. Los arts. 2.2, y 5 de la Directiva 2000/78/CE deben interpretarse “en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que confiere a un trabajador en situación de baja por enfermedad el derecho al mantenimiento de su empleo por un período remunerado y renovable de 180 días por año natural, al que puede añadirse, en determinados casos y a solicitud de ese trabajador, un período no remunerado y no renovable de 120 días, sin establecer un régimen específico para los trabajadores con discapacidad, siempre que: – esa normativa nacional no vaya más allá de lo necesario para alcanzar la finalidad de política social consistente en asegurarse de la capacidad y de la disponibilidad del trabajador para ejercer su actividad profesional, y – dicha normativa nacional no constituya una traba para el pleno respeto de las exigencias previstas en el citado artículo 5”.

Resulta determinante la respuesta que el TJUE otorga a la tercera cuestión prejudicial, pues con rotundidad afirma que “...el artículo 174 del CCNL forma parte integrante de la normativa nacional en cuestión en el litigio principal y, por otra, que confiere un derecho a los trabajadores en situación de baja por enfermedad, sin tener en cuenta una eventual discapacidad de estos. Así pues, dicho artículo no constituye una medida adoptada por un empresario en beneficio de una persona con discapacidad y, habida cuenta del tenor del artículo 5 de la citada Directiva, no puede constituir por tanto un «ajuste razonable», en el sentido de este artículo”, por lo que declaró en el fallo que: “El artículo 5 de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que “una disposición nacional que establece, en beneficio de un trabajador

en situación de baja por enfermedad pero sin tener en cuenta su eventual discapacidad, un período no remunerado de mantenimiento del empleo de 120 días, que se añade a un período remunerado de mantenimiento del empleo de 180 días, no constituye un «ajuste razonable», en el sentido del mencionado artículo”.

En este caso, la protagonista es una trabajadora de la sociedad AB que desempeña sus funciones como “agente de estación”. En concreto, sus funciones se ciñen a la vigilancia y control de la estación de metro. Reiteradamente, esta trabajadora solicitó a la empresa que la destinara a un puesto de trabajo con horario fijo, aunque supusiera una menor cualificación. La razón es que ésta debía de ocuparse de su hijo, menor de edad y afectado por una grave discapacidad. La sociedad AB no dio curso a estas solicitudes, no obstante, concedió a la señora G. L. determinados ajustes de sus condiciones de trabajo, con carácter provisional, consistentes en la designación de un lugar de trabajo fijo y en la concesión de un horario preferente en relación con los demás agentes de estación, que están sujetos a horarios alternos y rotativos. La trabajadora acudió finalmente a los tribunales reclamando su derecho a ser destinada permanentemente a un puesto de trabajo con horarios fijos de mañana. Aparte, adujo que se adoptaran medidas para la discriminación que venía sufriendo, reclamando además el derecho a una indemnización por daños y perjuicios.

Tras pasar por los tribunales italianos nacionales, que rechazaron su petición, fue entonces cuando el Tribunal Supremo solicita ante el TJUE que conozca del caso (mediante resolución de 17 de enero de 2024). La petición tenía por objeto la interpretación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, “a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y aprobada en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009”, y se presentó en el contexto de un litigio entre un trabajador y su empresa, en relación con la negativa de esta a concederle “un ajuste de sus condiciones de trabajo que le permitiera ocuparse de su hijo discapacitado”.

Las tres cuestiones prejudiciales fueron estas: “1) ¿Debe interpretarse el Derecho de la Unión, cuando proceda, también con arreglo a la Convención de las Naciones Unidas [...], en el sentido de que el cuidador familiar de un menor con discapacidad grave, que afirme haber sufrido una discriminación indirecta en el ámbito laboral a consecuencia de los cuidados que dispensa, tenga legitimación activa para recabar protección contra la discriminación que se hubiera reconocido a la misma persona discapacitada, si esta última fuera el trabajador, en la Directiva [2000/78]? 2) En el caso de que sea afirmativa la respuesta a la [primera] cuestión [prejudicial], ¿puede interpretarse el Derecho de la Unión, cuando proceda, también con arreglo a la Convención de las Naciones Unidas [...], en el sentido de que imponga al empleador del mencionado cuidador la obligación de adoptar soluciones razonables para garantizar, también en beneficio del citado cuidador, el respeto del principio de igualdad de trato frente a otros trabajadores, según el modelo establecido para las personas discapacitadas por el artículo 5 de la Directiva [2000/78]? 3) En el caso de que sea afirmativa la respuesta a la [primera o segunda] cuestión [prejudicial], ¿debe interpretarse el Derecho de la Unión, cuando proceda, también con arreglo a la Convención de las Naciones Unidas [...], en el sentido de que debe entenderse como cuidador relevante a efectos de la aplicación de la Directiva [2000/78], cualquier persona que pertenezca al círculo familiar o sea pareja de hecho, que dispense cuidados en el ámbito doméstico, incluso de manera no profesional, que sean gratuitos, relevantes desde el punto de vista cuantitativo, exclusivos, constantes y duraderos, a una persona que, con motivo de su discapacidad grave, no sea totalmente autosuficiente en el desarrollo de las actividades de la vida diaria, o debe interpretarse el Derecho de la Unión en el sentido de que la definición de cuidador de que se trata sea más amplia o más restringida aún que la anterior?”.

El TJUE únicamente se pronuncia sobre las dos primeras cuestiones prejudiciales. Apoyándose en el Caso Coleman de 17 de julio de 2008, asunto C-303/06, en donde se trata el tema de la *discriminación por asociación*, se recuerda por parte de este tribunal lo siguiente: “... ya ha declarado que una situación de discriminación directa «por asociación», por motivos de discapacidad, está prohibida por la Directiva 2000/78. En efecto, la prohibición de discriminación directa establecida en los artículos 1 y 2, apartados 1 y 2, letra a), de la Directiva 2000/78 no se limita únicamente a las personas que tienen una discapacidad. Cuando un empresario trate a un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad de manera menos favorable a como trata, ha tratado o podría tratar a otro trabajador en una situación análoga y se acredite que el trato desfavorable del que es víctima dicho trabajador está motivado por la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal trato resulta contrario a la prohibición de discriminación directa enunciada en tal artículo 2, apartado 2, letra a)”.

Es de señalar que *aquí concurre una evidente conexión entre los sujetos afectados por la discriminación o panorama discriminatorio –persona discapacitada y cuidador familiar- que evidencia una fuerte conexión entre ellos, lo cual configura en sí una necesaria unidad finalista antidiscriminatoria que ha de ser tomada en consideración para la protección efectiva de las personas con discapacidad*. Es esa conexión intersubjetiva la que está en la base de la discriminación por asociación y de su específica garantía jurídica antidiscriminatoria, y donde ha tenido un especial protagonismo jurisdiccional la discriminación asociada a las situaciones de discapacidad.^[3]

Por otra parte, considera el Alto Tribunal que la cuestión del reconocimiento de una discriminación “por asociación” por motivos de discapacidad se plantea del mismo modo, ya sea tal discriminación directa o indirecta. En particular, el hecho de que en el régimen establecido por la Directiva 2000/78, el concepto de discriminación indirecta incorpore la posibilidad de una justificación a diferencia del concepto de discriminación directa, carece de incidencia en la posible calificación de un acto como constitutivo de discriminación “por asociación” en el sentido de esta. De las consideraciones anteriores se desprende que tanto el tenor del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2000/78 como el objetivo que subyace a esta Directiva abogan por la prohibición no solo de las discriminaciones directas “por asociación”, sino también de las discriminaciones indirectas “por asociación”.

Por otra parte, resulta singularmente relevante que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya ha declarado que el trato discriminatorio sufrido por una persona debido a la discapacidad de su hijo, con el que mantiene estrechos vínculos personales y al que dispensa cuidados, se analiza como una forma de discriminación por motivos de discapacidad comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (véase, en este sentido, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 22 de marzo de 2016, Guberina c. Croacia, CE:ECHR:2016:0322JUD002368213, § 79), sin distinguir según sea directa o indirecta esa discriminación. Es importante, al respecto, destacar que el artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (“Nivel de protección”) *hace valer el respecto al sistema de garantías multinivel de los derechos fundamentales*, al establecer que “Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros”^[4].

Entiende el TJUE que si no se extiende el concepto de “discapacidad” que recoge la Directiva 2000/78 también a los padres con hijos discapacitados se estaría limitando y/o reduciendo la aplicación útil y protectora que se recoge en la misma. Y es que, el

objetivo de la Directiva no es otro que el de prohibir las discriminaciones directas e indirectas por "asociación". En efecto, "la Directiva 2000/78 y, en particular, sus artículos 1 y 2, apartados 1 y 2, letra b), en relación con los artículos 21^[5], 24^[6] y 26^[7] de la Carta y con los artículos 2, 5 y 7 de la Convención de las Naciones Unidas, deben interpretarse en el sentido de que la prohibición de discriminación indirecta por motivos de discapacidad se aplica también a un trabajador que no es él mismo discapacitado, pero que es objeto de tal discriminación debido a la asistencia que presta a su hijo aquejado de una discapacidad, que le permite recibir la mayor parte de los cuidados que requiere su estado".

En este sentido, aunque el TJUE no se pronuncia al respecto (petición objeto de la tercera cuestión prejudicial), es manifiesto que para garantizar el efecto útil de la Directiva antidiscriminatoria el "*concepto de cuidador*", a los efectos estipulativos y funcionales de la misma, debe interpretarse en un sentido amplio, como toda persona que -de un modo más o menos habitual- se dedica a la atención y al cuidado de la persona discapacitada. El concepto de cuidador hace referencia a la persona, familiar o no, que presta apoyo de manera principal, habitual y con carácter profesional o no profesional a una persona en situación de discapacidad o de dependencia^[8] para la realización de sus actividades diarias. Este rol de cuidados personales se distingue del profesional sanitario o de otros acompañantes, ya que su función es dar asistencia en las tareas cotidianas básicas y garantizar el bienestar, la seguridad y la autonomía de la persona a su cargo.

La segunda cuestión prejudicial se refiere al concepto de "ajustes razonables" y a la necesidad de proceder a los mismos tanto para la persona con discapacidad como para aquellos que han solicitado la modificación de sus condiciones de trabajo para el cuidado de aquella. Tras el estudio exhaustivo de la normativa internacional y comunitaria, nuevamente el TJUE concluye que "un empresario está obligado a realizar ajustes razonables, en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2000/78, en relación con los artículos 24 y 26 de la Carta y con los artículos 2 y 7, apartado 1, de la Convención de las Naciones Unidas, con respecto a ese trabajador" (en esta ocasión el padre de la persona trabajadora con discapacidad).

Ahora bien, ¿qué debe entenderse por medidas de ajustes razonables? Aquí el TJUE acoge la tesis del abogado general, subrayando que "deben permitir adaptar el entorno de trabajo de la persona con discapacidad para permitirle una participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. En el caso de que el trabajador no tenga él mismo una discapacidad, sino que se ocupe de su hijo aquejado de ella, dichas medidas deben permitir también, con el mismo fin, la adaptación de su entorno de trabajo", siempre y cuando no supongan una carga excesiva para el empresario, por lo que volviendo a la distribución competencial con los tribunales nacionales, será el remitente de las cuestiones prejudiciales el que deberá apreciar "a la luz de las consideraciones anteriores y de todas las circunstancias pertinentes del litigio principal, si la satisfacción de la solicitud de G. L. de disfrutar, de manera permanente, de horarios fijos en un puesto determinado constituía una carga excesiva para su empresario, en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2000/78", por lo que declarara en el fallo que: "La Directiva 2000/78 y, en particular, su artículo 5, en relación con los artículos 24 y 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales y con los artículos 2 y 7, apartado 1, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, deben interpretarse en el sentido de que...un empresario está obligado, para garantizar el respeto del principio de igualdad de los trabajadores y de la prohibición de discriminación indirecta establecida en el artículo 2, apartado 2, letra b), de esta Directiva, a realizar ajustes razonables, en el sentido del artículo 5 de dicha Directiva, respecto de un trabajador que, sin ser él mismo discapacitado, presta a su hijo aquejado de una discapacidad la asistencia que le permite recibir la mayor parte de los cuidados que requiere su estado, siempre que tales ajustes no supongan una carga excesiva para el empresario".

Debe señalarse, por otra parte, que el Tribunal de Justicia confiere una singular relevancia a los artículos 21, 24 y 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (con el mismo rango normativo que los Tratados de la Unión en virtud del artículo 6, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea)^[9] como apoyo hermenéutico para su razonamiento jurídico. Esa fuerza jurídica vinculante de tales disposiciones de la Carta cabe relacionarla, por lo demás, con el dato normativo de que garantizan derechos que ya están también garantizados por el Derecho de la Unión, sea en el Derecho primario (los Tratados fundacionales y modificativos, los Protocolos anejos a los tratados fundacionales y modificativos; los Tratados sobre la adhesión de nuevos países a la UE...^[10]), o sea en el Derecho derivado (Reglamentos, Directivas, Decisiones...).

En relación a la tercera cuestión prejudicial se plantea problemática de un interés mayor de lo que en principio pudiera parecer. Veámoslo: *Se declara la inadmisión de la Tercera cuestión prejudicial* planteada, conforme a la cual el órgano jurisdiccional remitente pregunta al Tribunal de Justicia, en esencia, en el supuesto de que se responda afirmativamente a las cuestiones prejudiciales primera o segunda, sobre la interpretación del concepto de «cuidador» a efectos de la aplicación de la Directiva 2000/78. Argumenta el TJUE que es indispensable, como dispone el artículo 94, letra c), del Reglamento de Procedimiento, que la propia petición de decisión prejudicial contenga la indicación de las razones que han llevado al órgano jurisdiccional remitente a preguntarse sobre la interpretación o la validez de determinadas disposiciones del Derecho de la Unión, así como de la relación que a su juicio existe entre dichas disposiciones y la normativa nacional aplicable en el litigio principal. También es indispensable, como establece el artículo 94, letra a), del Reglamento de Procedimiento, que la propia petición de decisión prejudicial contenga al menos una exposición de los datos fácticos en que se basan las cuestiones (sentencia de 13 de diciembre de 2018, Rittinger y otros, C-492/17, EU:C:2018:1019, apartado 39 y jurisprudencia citada). Sin embargo, en el caso de autos, el órgano jurisdiccional remitente pregunta al Tribunal de Justicia sobre la interpretación del concepto de «cuidador», *que no está previsto* en la Directiva 2000/78, pero que —observa el TJUE—, como explica el mismo órgano jurisdiccional remitente en su petición de decisión prejudicial, parece desprenderse del Derecho nacional. Además, la resolución de remisión *no ofrece ninguna explicación* sobre la relación que establece entre las precisiones que solicita al Tribunal de Justicia en el marco de su tercera cuestión prejudicial sobre este concepto de «cuidador» y el litigio principal. De ello se deduce que la tercera cuestión prejudicial es inadmisibile, de manera que no se entra en la cuestión de fondo planteada.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que según el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, regula la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para pronunciarse carácter prejudicial *ante una cuestión prejudicial adecuadamente motivada por ser relevante para el Derecho de la Unión Europea*. Lo cual subyace en la inadmisión por el Tribunal de Justicia de la tercera cuestión prejudicial. Se trata de interpretar el Derecho de la Unión en conexión con las legislaciones nacionales, lo que, entre otras cosas, garantiza una aplicación uniforme de la ley en todos los Estados miembros. Esta exigencia de motivación conexa a la interpretación del Derecho de la Unión constituye un requisito de orden público en el ordenamiento jurídico comunitario. Precisamente en ese diálogo jurisdiccional que se establece entre los órganos judiciales nacionales y el Tribunal de Justicia comunitario, tiene como presupuesto el que éste es el máximo intérprete del Derecho de la Unión Europea y sobre esa premisa se establece un mecanismo de colaboración en el marco del ordenamiento jurídico de la Unión y de los ordenamientos internos nacionales^[11].

En la «Recomendaciones relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (2009/C380/01, DOCE), se indica que «La remisión prejudicial, contemplada en el artículo 19, apartado 3, letra b), del Tratado de la Unión Europea (en lo sucesivo, «TUE») y en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo, «TFUE»), es un mecanismo fundamental del Derecho de la Unión Europea. Tiene por objeto garantizar la interpretación y la aplicación uniformes de este Derecho en el seno

de la Unión, ofreciendo a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros un instrumento que les permita someter, con carácter prejudicial, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Tribunal de Justicia») cuestiones relativas a la interpretación del Derecho de la Unión o a la validez de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión”. Añadiendo seguidamente “el procedimiento prejudicial se basa en una estrecha colaboración entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros”. Los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros pueden plantear al Tribunal de Justicia cuestiones relativas a la interpretación o a la validez del Derecho de la Unión si estiman necesaria una decisión al respecto del Tribunal de Justicia para poder emitir su fallo (véase el artículo 267 TFUE, párrafo segundo). Una petición de decisión prejudicial puede revelarse especialmente útil cuando se suscite ante el órgano jurisdiccional nacional una nueva cuestión de interpretación que presente un interés general para la aplicación uniforme del Derecho de la Unión, o bien cuando la jurisprudencia existente no parezca ofrecer la claridad imprescindible en un contexto jurídico o fáctico inédito. En cualquier caso son elementos constitutivos del objeto y alcance de la petición de decisión prejudicial, lo siguientes:

1.º. La petición de decisión prejudicial debe referirse a la interpretación o a la validez del Derecho de la Unión, y no a la interpretación de normas jurídicas nacionales o a cuestiones de hecho suscitadas en el litigio principal.

2.º. El Tribunal de Justicia solo puede pronunciarse sobre la petición de decisión prejudicial cuando el Derecho de la Unión sea aplicable al asunto controvertido en el litigio principal. Resulta indispensable a este respecto que el órgano jurisdiccional remitente exponga todos los datos pertinentes, de hecho y de Derecho, que lo llevan a considerar que ciertas disposiciones del Derecho de la Unión pueden aplicarse al asunto de que se trate.

3.º. En lo relativo a las peticiones de decisión prejudicial que se refieren a la interpretación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, es preciso recordar que, con arreglo a su artículo 51, apartado 1, las disposiciones de esta Carta están dirigidas a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Aunque los supuestos en los que se produce tal aplicación pueden ser muy variados, es preciso, sin embargo, que de la petición de decisión prejudicial se desprenda de modo claro e inequívoco que una norma de Derecho de la Unión distinta de la Carta es aplicable al asunto controvertido en el litigio principal. Como el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre una petición de decisión prejudicial cuando una situación jurídica no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, las disposiciones de la Carta eventualmente invocadas por el órgano jurisdiccional remitente no pueden fundar por sí solas esta competencia.

4.º. Por último, si bien el Tribunal de Justicia adopta su decisión teniendo necesariamente en cuenta el contexto jurídico y fáctico del litigio principal, tal como lo haya determinado el órgano jurisdiccional remitente en su petición de decisión prejudicial, no es el propio Tribunal de Justicia quien aplica el Derecho de la Unión al litigio. Al pronunciarse sobre la interpretación o la validez del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia se esfuerza por dar una respuesta útil para la resolución del litigio principal, pero es el órgano jurisdiccional remitente quien debe extraer las consecuencias concretas de dicha respuesta, inaplicando, si fuera preciso, la norma nacional declarada incompatible con el Derecho de la Unión^[12].

X. Apunte final

En esta importante STJUE se deja constancia de que la protección por discapacidad es comprensiva no sólo de la persona discapacitada en sí misma, sino también de las personas que realizan labores de cuidados respecto a la misma (en el caso de autos: persona que se ocupa del cuidado de su hijo discapacitado, integrando un supuesto típico de “cuidador familiar”). Y ello ha de ser así ante todo porque a través de esta protección que se dispensa a la persona cuidadora se contribuye

decisivamente a garantizar la finalidad de los cuidados como elemento integrante de la protección de la persona discapacitada; aparte de que en la perspectiva jurídica la persona cuidadora tenga el indispensable derecho a no ser discriminado directa o indirectamente y ostente un derecho subjetivo social *propio* a la realización de los ajustes razonables. La protección en el *Derecho social comunitario* por discapacidad adquiere la *dimensión de una protección subjetiva/objetiva integral* que abarca a la persona con discapacidad y a las personas cuidadoras de la misma.

Ello obliga inmediatamente a llevar a cabo una “interpretación conforme” de los ordenamientos nacionales acorde con esa protección subjetiva/objetiva integral. Este principio de “interpretación conforme” es, a su vez, una expresión lógico jurídica del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea sobre las legislaciones nacionales^[13]. De manera que los órganos judiciales deben de realizar esa obligatoria interpretación conforme, que es un principio del Derecho de la Unión ya consolidado, pero en constante evolución y expansión de su alcance o ámbito de aplicación. Y ello precisamente en la dirección de ampliar el efecto útil de las normas comunitarias, señaladamente de las directivas.

Ahora bien, por razones de mayor seguridad jurídica y de efectividad de la tutela dispensada en orden a la prohibición de cualquier vulneración del principio de no discriminación en situaciones de discapacidad puede ser aconsejable que las legislaciones nacionales *precisen y concreten* esas garantías de extensión a los cuidadores del referido principio y, en relación a ello, del derecho a que se realicen los necesarios «ajustes razonables», atendiendo también al límite que pueda suponer el que ello no suponga una «carga excesiva» para el empleador (sobre el cual recae la carga de alegación prueba de la existencia de esa «carga excesiva»).

Referencias:

1. ^ DO 2000, L 303, p. 16; corrección de errores en DO 2021, L 204, p. 49.
2. ^ Las tres primeras cuestiones prejudiciales son las siguientes: “1) ¿Se opone la Directiva 2000/78 a una normativa nacional que, si bien prevé el derecho a conservar el puesto de trabajo en caso de enfermedad durante 180 días remunerados, en el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de cada año, además de otros 120 días de baja no remunerada (que pueden disfrutarse una sola vez) a solicitud del trabajador, no establece un régimen distinto en función de si trata de trabajadores calificados de personas con discapacidad o de trabajadores que no lo son?2) Si debiera considerarse que la normativa nacional [en cuestión en el litigio principal] constituye, en abstracto, una discriminación indirecta, ¿está no obstante dicha normativa objetivamente justificada por una finalidad legítima, y son adecuados y necesarios los medios empleados para su consecución?3) ¿Puede constituir un ajuste razonable, idóneo y suficiente que evite la discriminación la previsión de una baja no remunerada, a solicitud del trabajador, tras la expiración del período de 120 días de baja por enfermedad y que permita impedir el despido hasta su finalización?”.
3. ^ Para un análisis completo del sistema de protección jurídico-social integral de las personas con discapacidad, véase Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M.N., Márquez Prieto, A., Vila Tierno, F., y Maldonado Molina, J.A., *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, López Insua, B.M., y Ruíz Santamaría, J.L. (Coords.), Murcia, Laborum, 2021, 1191 pp.

4. ^ Monereo Pérez, J.L., “Alcance e interpretación de los derechos y principios (artículo 52)”, y “Nivel de protección. Sistema multinivel de garantía de los derechos fundamentales (artículo 53)”, en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pp. 1341 y pp.1397 y ss., respectivamente.
5. ^ Monereo Atienza, C., “No discriminación (artículo 21)”, en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pp. 463 y ss.
6. ^ Campos Cervera, I., “Derecho del niño (artículo 24)”, en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pp. 531 y ss.
7. ^ Monereo Pérez, J.L., y Maldonado Molina, J.A., “Integración de las personas discapacitadas (artículo 26)”, en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pp. 573 y ss.
8. ^ Así, por ejemplo, para los cuidadores NO profesionales de personas dependientes: un cuidador no profesional para obtener el reconocimiento oficial de su papel y acceder a las prestaciones tendrá que cumplir con los requisitos indicados en el Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre. Cfr. Conforme a lo establecido en el artículo 18 (“Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales) de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia: “1. Excepcionalmente, cuando el beneficiario esté siendo atendido por su entorno familiar, y se reúnan las condiciones establecidas en el artículo 14.4, se reconocerá una prestación económica para cuidados familiares. 2. Previo acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia se establecerán las condiciones de acceso a esta prestación, en función del grado reconocido a la persona en situación de dependencia y de su capacidad económica. 3. El cuidador deberá ajustarse a las normas sobre afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social que se determinen reglamentariamente. 4. El Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia promoverá acciones de apoyo a los cuidadores no profesionales que incorporarán programas de formación, información y medidas para atender los periodos de descanso”. Por otra parte, en lo que se refiere a la protección de las personas con discapacidad, el concepto legal de cuidador varía según la ley, distinguiendo entre cuidadores profesionales (que asisten a personas con discapacidad en su día a día) y cuidadores no profesionales o guardadores de hecho (familiares o allegados que ofrecen cuidados informales). La figura del guardador de hecho es un apoyo informal que, sin necesidad de una designación judicial formal, es prevalente y puede ser complementado con otras medidas para el cuidado de la persona con discapacidad. El concepto legal de “cuidador” en la ley de discapacidad se engloba principalmente en las figuras de guardador de hecho (figura informal) y curador (figura formal judicial), reguladas principalmente por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad

jurídica. Véase el propio Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

9. ^ Según el artículo 6, apartado 1 del TUE, “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”.
10. ^ Adviértase que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, forma parte del Derecho primario precisamente en virtud del artículo 6.1 del TUE [en la nueva redacción introducida originariamente por el Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (2007/C 306/01)]. Aunque, ciertamente, las disposiciones de la Carta de la Unión “están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión” (artículo 51, apartado 1). Y, asimismo, la Carta “no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados” (artículo 51, apartado 2). Cfr. Monereo Pérez, J.L., “Ámbito de aplicación (artículo 51)”, en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pp. 1301-1339.
11. ^ Véase Tribunal de Justicia de la Unión Europea, “Recomendaciones relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (2019/C380/01, DOCE, 8 de noviembre de 2019, pp. 1 a 9. Disponible también en: <https://www.boe.es/doue/2019/380/Z00001-00009.pdf>
12. ^ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, “Recomendaciones relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (2019/C380/01, DOCE, 8 de noviembre de 2019, pp. 1 a 9. Disponible también en: <https://www.boe.es/doue/2019/380/Z00001-00009.pdf>
13. ^ El principio de primacía del Derecho de la Unión se ha desarrollado con el transcurso del tiempo a partir de la jurisprudencia creativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Aunque no esté consagrado explícitamente en los Tratados de la UE, existe una Declaración anexa al Tratado de Lisboa que viene a garantizarlo desde el punto de vista jurídico e institucional (“anexa” o “aneja” comporta en este ese contexto que se halla anudada a dicho Tratado de Lisboa de refundación de la Unión. Se trata técnicamente de una de las Declaraciones relativas a disposiciones de los Tratados de la UE). Véase la Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea - DECLARACIONES anexas al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007 - A. Declaraciones Relativas a Disposiciones de los Tratados - 17. Declaración relativa a la primacía (del Derecho de la Unión Europea). Diario Oficial n.º 115 de 09/05/2008 p. 0344 – 0344, a cuyo tenor: 17. Declaración relativa a la primacía: La Conferencia recuerda que, con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la

Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia. Además, la Conferencia ha decidido incorporar a la presente Acta Final el dictamen del Servicio Jurídico del Consejo sobre la primacía, tal como figura en el documento 11197/07 (JUR 260): "Dictamen del Servicio Jurídico del Consejo de 22 de junio de 2007: Resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la primacía del Derecho comunitario es un principio fundamental del Derecho comunitario. Según el Tribunal de Justicia, este principio es inherente a la naturaleza específica de la Comunidad Europea. En el momento de la primera sentencia de esta jurisprudencia constante (Costa/ENEL, 15 de julio de 1964, asunto 6/64 [1] el Tratado no contenía mención alguna a la primacía, y todavía hoy sigue sin contenerla. El hecho de que el principio de primacía no esté incluido en el futuro Tratado no cambiará en modo alguno la existencia de este principio ni la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia. [1] "(...) se desprende que al Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original una norma interna, cualquiera que sea ésta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo aquél pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad."

§ 72 El derecho de los representantes de las personas funcionarias a conocer la concesión de prórrogas de comisiones de servicios bajo la técnica de la «seudonimización».

Susana Rodríguez Escanciano

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

Resumen: Los órganos de representación colectiva tienen derecho a que la Administración les facilite información sobre las prórrogas de las comisiones de servicio concedidas por encima de los dos años permitidos por la legislación vigente sin necesidad de recabar el consentimiento de las personas afectadas, si bien, a la luz del ordenamiento de protección de datos personales, tal cesión debe de ir acompañada de medidas de garantía pertinentes como puede ser la seudonimización.

Palabras clave: Comisiones de servicios. Funcionarios/as. Protección de datos. Libertad sindical. Seudonimización

Abstract: A trade union organisation has the right to obtain information from the Administration on extensions of secondments granted for more than the two years permitted by current legislation without having to obtain the consent of the persons concerned. However, in light of personal data protection regulations, such disclosure must be accompanied by appropriate safeguards, such as pseudonymisation.

Keywords: Service commissions. Civil servants. Data protection. Freedom of association. Pseudonymisation

I. Introducción

Sabido es que tanto en el sector privado como en el público los sujetos colectivos, esto es, los representantes unitarios y sindicales, desarrollan potencialmente su labor a favor de los intereses de las personas empleadas y, desde este punto de vista, es posible que necesiten manejar informaciones (generales y particulares) de quienes prestan servicios en una determinada dependencia (arts. 7, 28 y 129 CE, arts. 7 y 8 LOLS, título II ET y arts. 31 y ss. EBEP). El acceso a circunstancias personales de las personas trabajadoras o empleadas públicas por parte de las organizaciones sindicales y por las representaciones unitarias exige un *balancing* constitucional entre los derechos fundamentales en presencia; en este caso, por un lado, el derecho fundamental a la protección de datos y el derecho a la intimidad de los trabajadores (art. 18 CE), y, por otro, el derecho de libertad sindical (art. 28 CE), resultado del cual puede entenderse justificada la cesión por la empresa o Administración empleadora de referencias personales a los delegados sindicales, delegados de personal, a los miembros del comité de empresa o a la junta de personal. Tales sujetos destinatarios no deben ser considerados terceros en relación con el contenido de las informaciones manejadas en ejercicio de sus funciones de representación, si bien tanto el sujeto

cedente como el sujeto cesionario deben observar los principios u garantías del ordenamiento de protección de datos.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 915/2025, de 3 de julio.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de casación núm. 6749/2023

ECLI:ES:TS:2025:3256

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Delgado-Iribarren García-Campero,

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La Secretaria del Sector de Autonómico de la Federación de Administración Pública de la Confederación Intersindical Galega presentó solicitud al Director General de la Función Pública de la Consejería de Hacienda de la Junta de Galicia, interesando información y documentación relativa a las 347 comisiones de servicio que, en ese momento, se encontraban concedidas y que sobrepasaban el límite de dos años legalmente previsto. Tal ruego iba acompañado de la petición de copia de las solicitudes formuladas de cada comisión de servicio, de las resoluciones por las que se concedieron las prórrogas y de los informes de los centros directivos que justificaron los motivos o necesidades de urgencia de cada extensión temporal acordada.

Ante la denegación de tal pretensión, el sindicato interpuso recurso contencioso-administrativo que fue estimado parcialmente por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Santiago de Compostela, que reconoció su derecho a que, en un plazo de 30 días, se le facilite copia de las resoluciones por las que se concedieron las diversas prórrogas de cada una de las comisiones de servicio e informes de los centros directivos competentes por medio de los que se justificó o motivó su necesidad y urgencia, desestimando el recurso en lo demás. En la fundamentación de dicho pronunciamiento judicial se indicó que en el caso de que se incluyesen datos personales, la Administración debería adoptar algún sistema de seudonimización a fin de protegerlos.

Frente a esta sentencia de instancia, la Junta de Galicia planteó recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que fue estimado al entender que «los documentos solicitados no se encuentran en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 40 EBEP, ni en el artículo 10.3 LOLS», de manera que «la decisión de no entregar tales documentos no vulnera el derecho de libertad sindical en ninguna de sus vertientes, ya que el sindicato, en su condición de representante legal de los funcionarios/as puede legítimamente ejercer las acciones legales que considere oportunas en relación con esas prórrogas de comisiones», máxime cuando «dicha parte refiere expresamente en su solicitud, todas y cada una de las plazas en las que se concedieron las prórrogas, de forma que podrá instar las acciones legales procedentes, en el correspondiente procedimiento, si a su derecho conviniere. En ese procedimiento judicial dicha parte tendrá acceso a los documentos que solicita, y el funcionario afectado, podrá también conocer que se están comunicando sus datos y podrá también intervenir en el procedimiento. Ese es el trámite correcto para no causar indefensión a ninguna de las partes. De hecho, en la demanda, el sindicato solicitaba la nulidad de aquellas prórrogas que no fuesen ajustadas a derecho, pretensión rechazada por la Sentencia apelada, y que no ha sido recurrida por la organización sindical».

Frente a este pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia se interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

IV. Posición de las partes

Por un lado, la Confederación Intersindical Galega sostiene que la sentencia recurrida, al reducir el derecho a la información sobre las prórrogas de las comisiones de servicio a la vía judicial, infringe el art. 10.3. apartado 1.º LOLS y los arts. 37 y 40.1 EBEP, dado que hay una relación adecuada y necesaria entre la documentación pretendida y el ejercicio de la actividad sindical. Solicita, por tanto, la anulación de dicho pronunciamiento judicial.

Por otro lado, la Administración se opone al recurso de casación planteado reiterando los argumentos de la sentencia recurrida, solicitando que se confirme esta. Considera que ni el art. 10.3 LOLS ni el art. 40 EBEP constituyen un título jurídico habilitante para permitir facilitar los datos personales solicitados (prórrogas de comisiones de servicios) sin el consentimiento de sus titulares.

V. Normativa aplicable al caso

Dos preceptos son analizados por la Sentencia comentada:

De una parte, el art. 10.3.1 LOLS, en virtud del cual «los delegados sindicales, en el supuesto de que no formen parte del comité de empresa, tendrán las mismas garantías que las establecidas legalmente para los miembros de los comités de empresa o de los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas, así como los siguientes derechos a salvo de lo que se pudiera establecer por convenio colectivo: 1.º Tener acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa, estando obligados los delegados sindicales a guardar sigilo profesional en aquellas materias en las que legalmente proceda».

De otra, el art. 40.1 EBEP, en virtud del cual «las Juntas de Personal y los Delegados de Personal, en su caso, tendrán las siguientes funciones, en sus respectivos ámbitos: a) Recibir información, sobre la política de personal, así como sobre los datos referentes a la evolución de las retribuciones, evolución probable del empleo en el ámbito correspondiente y programas de mejora del rendimiento. b) Emitir informe, a solicitud de la Administración Pública correspondiente, sobre el traslado total o parcial de las instalaciones e implantación o revisión de sus sistemas de organización y métodos de trabajo. c) Ser informados de todas las sanciones impuestas por faltas muy graves. d) Tener conocimiento y ser oídos en el establecimiento de la jornada laboral y horario de trabajo, así como en el régimen de vacaciones y permisos. e) Vigilar el cumplimiento de las normas vigentes en materia de condiciones de trabajo, prevención de riesgos laborales, Seguridad Social y empleo y ejercer, en su caso, las acciones legales oportunas ante los organismos competentes. f) Colaborar con la Administración correspondiente para conseguir el establecimiento de cuantas medidas procuren el mantenimiento e incremento de la productividad».

VI. Doctrina básica

El Tribunal Supremo señala que el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar «si una organización sindical tiene derecho a que la Administración le facilite información sobre las comisiones de servicio y sus prórrogas concedidas al personal al servicio de dicha Administración. En caso afirmativo, si la legislación sobre protección de datos personales puede condicionar o limitar la información que, en su caso, se haya de suministrar a la organización sindical».

El Alto Tribunal advierte, no obstante, que el recurso se ciñe exclusivamente a la denegación de información y documentación relativa a las prórrogas concedidas más allá de los dos años permitidos por la legislación vigente, y no se entiende referida a

las comisiones inicialmente otorgadas, pues esta última pretensión fue desestimada por la sentencia de instancia y no fue recurrida por la organización sindical.

Acotado el marco de la litis, la sentencia comentada entiende que la información solicitada por el sindicato sobre las prórrogas de las comisiones de servicio, incluyendo las resoluciones administrativas que las otorgaron y los informes de los centros directivos que justificaron la necesidad y urgencia de aquellas, cuenta con la cobertura de los arts. 10.3 1.º LOLS y arts. 40.1 a) y e) EBEP, debiendo ser considerada pertinente, pues “se trata de información relativa a la política de personal que también puede entenderse como necesaria para vigilar el cumplimiento de la normativa vigente en la materia, ya que... esta limita a dos años el periodo de vigencia de esas situaciones (comisiones de servicios), salvo justificación de su necesidad y urgencia”. Lo relevante es, a juicio del Tribunal Supremo, que “medie la debida relación entre los datos personales que se solicitan y la función sindical que se desarrolla, de modo que, tal y como sucede en el presente caso, únicamente cuando estos datos personales sean necesarios para el ejercicio de las labores sindicales, podrían considerarse excepcionados del consentimiento”. Ahora bien, pese al derecho de la organización sindical a conocer la información solicitada, la Administración puede limitar la forma de proporcionarla, exigiendo la seudonimización de los datos recabados (u otra técnica análoga), pues tal proceder permitirá alcanzar un equilibrio entre las funciones sindicales de la parte recurrente y el derecho fundamental a la protección de los datos personales de los/as funcionarios/as afectados/as.

VII. Parte dispositiva

La doctrina casacional vertida en la presente sentencia pivota sobre las siguientes consideraciones: «las juntas de personal y los delegados de personal tienen derecho a recabar información sobre las prórrogas de las comisiones de servicio concedidas por la Administración, en virtud de lo previsto en el artículo 10.3. apartado 1º de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical , y en el artículo 40.1 a) y e) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, si bien la Administración deberá remitir esa información seudonimizada o (encriptada) mediante cualquier otra técnica análoga prevista por la normativa vigente, de manera que quede debidamente garantizado el derecho fundamental a la protección de los datos personales de los funcionarios concernidos».

VIII. Pasajes decisivos

El Tribunal Supremo realiza un razonamiento secuenciado en los siguientes apartados:

En primer lugar, recuerda el relevante papel que juegan los sindicatos en el ordenamiento constitucional derivado de su inclusión en el art. 7 del título preliminar, lo cual ha llevado al Máximo Interpretador de la Norma Fundamental a afirmar su cualidad como “soporte institucional básico de la sociedad para la defensa, protección y promoción de los intereses colectivos de los trabajadores», siendo calificados «no solo como piezas económicas y sociales indispensables para la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores» (STCo 70/1982, FJ 5), «sino, lo que es más importante, como organismos básicos del sistema político» (STCo 11/1981, FJ 11), «como formaciones sociales con relevancia constitucional» (STCo 18/1984, FJ 3), «y, en definitiva, como una institución esencial del sistema constitucional español» (SSTCo 101/1996, FJ 3; 8/2015, FJ 2 y 63/2024, FJ 4). Por tal razón, «la libertad sindical implica la utilización de aquellos medios de acción que contribuyan a que el sindicato pueda desenvolver la actividad a la que está llamado en el propio texto constitucional» (SSTCo 30/1992, FJ 3 y 63/2024, FJ 4).

En segundo término, considera el Alto Tribunal que a la luz de lo previsto en el art. 10.3 LOLS y en el art. 40 EBEP, «las juntas de personal y los delegados de personal tienen derecho a recabar información sobre la política de personal, y a vigilar el

cumplimiento de la normativa vigente en materia de condiciones de trabajo, para lo cual deben también disponer de la información necesaria para ejercer esa función».

En tercer lugar, recoge los términos de una sentencia precedente de la misma sala (160/2021, de 9 de febrero), que en su fundamento de derecho quinto declaró lo siguiente: «el derecho a la libertad sindical constitucionalmente consagrado, además de su contenido esencial relativo a su propia organización sindical y a los medios de acción sindical: huelga, negociación colectiva y conflictos colectivos, tiene un contenido adicional de configuración legal. Según declara el Tribunal Constitucional (STCo 64/2016), las expresiones del derecho fundamental, las organizativas o asociativas y funcionales o de actividad, constituyen el núcleo mínimo e indisponible, el contenido esencial de la libertad sindical. Pero junto a éstas, los sindicatos pueden ostentar derechos o facultades adicionales, atribuidos por normas legales o por convenios colectivos, que se añaden a aquel núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical. Así, el derecho fundamental se integra, no sólo por ese contenido esencial, sino también por el citado contenido adicional y promocional, de modo que los actos contrarios a este último son también susceptibles de infringir el artículo 28.1 CE (por todas, SSTCo 173/1992, 164/1993 y 36/2004) cuando se ejercitan fuera del marco previsto por la Ley».

Bajo tal premisa, recuerda, en concreto, de un lado, que el art. 10.3 LOLS señala que los delegados sindicales tendrán las mismas garantías que las establecidas legalmente para los miembros de los comités de empresa, o de los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas, incluido el acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa, si bien están obligados a guardar el correspondiente sigilo profesional en aquellas materias en las que legalmente proceda. De otro lado, por lo que hace al ámbito del personal estatutario, el art. 40.1 EBEP, al establecer las funciones de las Juntas de Personal y los Delegados de Personal, recoge aquellas relativas a recibir información sobre la evolución de las retribuciones, sobre traslado de instalaciones y revisión de sistemas de organización y métodos de trabajo, sobre las sanciones muy graves que se hayan impuesto, sobre la jornada laboral y horario de trabajo, así como vigilar el cumplimiento de las condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales y colaborar con la Administración para el cumplimiento de la productividad. En suma, «ambos preceptos atribuyen derechos de información a los representantes sindicales de los trabajadores... que resultan esenciales para el ejercicio de su labor de control y la defensa de los intereses de los trabajadores».

En cuarto lugar, teniendo en cuenta que la cuestión controvertida se limita a información sobre las prórrogas de las 347 comisiones de servicio otorgadas por Administración autonómica en el momento de la solicitud, incluyendo las resoluciones que las otorgaron y los informes de los centros directivos que justificaron la necesidad y urgencia de aquellas extensiones temporales, el Tribunal Supremo entiende que tales extremos están incluidos bajo la cobertura de los arts. 10.3 1.º LOLS y arts. 40.1 a) y e) EBEP, debiendo ser considerada tal información como pertinente, pues afecta «a la política de personal que también puede entenderse como necesaria para vigilar el cumplimiento de la normativa vigente en la materia, ya que... está limitado a dos años el periodo de vigencia de esas situaciones (comisiones de servicio), salvo justificación de su necesidad y urgencia». El Alto Tribunal recuerda que «las comisiones de servicio escapan al criterio jurídico general consistente en que las Administraciones Públicas provean los puestos de trabajo mediante procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad (art. 78.1 EBEP); así como que el concurso debe ser el procedimiento normal de provisión de puestos de trabajo (art. 79.1 EBEP). Por eso, resulta razonable que los delegados sindicales puedan solicitar información y vigilen la política de personal en esta materia».

En quinto término, admitido el derecho de la parte recurrente a recabar la información solicitada sobre las prórrogas de las comisiones de servicio, el Tribunal Supremo procede a analizar si el hecho de que tal información incluya datos personales de los/as funcionarios/as afectados/as puede llevar a denegar la entrega,

como entendió la sentencia recurrida en casación, o, al menos, a condicionar la forma de transmisión de esos datos, como resolvió la sentencia de instancia. Para resolver este interrogante, el Alto Tribunal analiza el derecho a la protección de datos personales garantizado como fundamental por el art. 18.4 CE, definido por la Sentencia del Tribunal Constitucional 160/2021, como aquel que “no va referido únicamente a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales”, de modo que “los datos relativos al nombre y apellidos, tipo de puesto de trabajo, o inicio de la prestación no disociados de aquél, son datos, que aunque no sean íntimos, están protegidos por la Ley Orgánica de Protección de Datos”. A la luz de tales conceptos, a juicio del Tribunal Supremo, «en el caso enjuiciado no hay duda de que tanto las resoluciones como los informes solicitados sobre comisiones de servicio pueden contener datos personales, esto es, datos sobre los funcionarios afectados cuyo conocimiento o empleo por terceros puede afectar a sus derechos».

En sexto lugar, en la medida que la información solicitada contiene datos personales, el Alto Tribunal recoge, de nuevo, las consideraciones vertidas en la citada sentencia del Tribunal Constitucional 160/2021, la cual, tras recordar que el consentimiento como principio general en la cesión de datos quiebra cuando la transmisión está autorizada por una ley, entra a analizar si el art. 40. 1 a) EBEP y el art. 10.3.1 LOLS son realmente «títulos legales habilitantes» a tales efectos. Así, entiende el Máximo intérprete de la Constitución que «ni el expresado art. 10.3.1ª LOLS, por lo que se refiere a la equiparación, a estos efectos, de los delegados sindicales, con los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas, respecto del acceso a la misma información y documentación, ni el art. 40.1.a) EBEP que señala como función de los delegados de personal recibir información, sobre la política de personal, así como sobre los datos referentes a la evolución de las retribuciones, evolución probable del empleo en el ámbito correspondiente y programas de mejora del rendimiento, describen un supuesto legalmente previsto que excepcione el consentimiento de los interesados». En consecuencia, «la mera invocación, ayuna de justificación, de la representación sindical no puede servir de excusa para acceder a todo tipo de documentación, si se quiere por esta vía vaciar el contenido del derecho fundamental a la protección de datos, cuando el titular de los mismos ignore el uso que se hace de sus datos, perdiendo su poder de disposición, en supuestos en los que no se justifica la concurrencia de alguna de las excepciones legalmente establecidas».

Desde tal perspectiva, el Tribunal Supremo entiende que «lo relevante es que medie la debida relación entre los datos personales que se solicitan y la función sindical que se desarrolla. De modo que únicamente cuando estos datos personales sean necesarios para el ejercicio de las labores sindicales, podrían considerarse excepcionados del consentimiento, pero no cuando se encuentran desvinculados o se desconozca su relación, al no haberse puesto de manifiesto su conexión con dichas funciones sindicales». En el supuesto aquí analizado, a diferencia de lo sucedido en el asunto que dio lugar a la sentencia del Tribunal Constitucional 160/2021, la Sala entiende que se cumplen esas condiciones. La representante sindical justificó en su solicitud los motivos de su pretensión, que además se ajustan a los supuestos legales recogidos en el artículo 40.1 a) y e) EBEP: conocer los motivos de urgencia y necesidad que han llevado a la Administración autonómica a conceder las prórrogas de las comisiones de servicio vigentes a pesar de estar, con carácter general, temporalmente limitadas a dos años; situación que escapa al principio general de provisión de los puestos de trabajo mediante convocatoria pública y concurso (arts. 78.1 y 79.1 EBEP), y que justifica la vigilancia sindical atribuida por el citado artículo 40.1 a) y e) EBEP». En suma, el Tribunal Supremo aprecia «una estrecha relación entre la información solicitada y las funciones sindicales de la recurrente, que justifican la legitimidad de la documentación recabada, aunque incluya datos personales de los afectados».

En séptimo lugar, aceptada la cobertura jurídica de la información controvertida así como su necesidad y adecuación para el ejercicio de las funciones sindicales, el Tribunal Supremo entra a dilucidar si la Administración, ante una petición masiva de datos, puede limitar la forma de proporcionarla con el fin de respetar el derecho fundamental a la protección de los datos personales de los/as funcionarios/as afectados/as, en la medida en que resulte técnicamente posible. Y esa posibilidad, a juicio del Tribunal Supremo, puede conseguirse mediante la denominada «seudonimización», que implica que los datos tratados «ya no puedan atribuirse a un interesado sin utilizar información adicional, siempre que dicha información adicional figure por separado y esté sujeta a medidas técnicas y organizativas destinadas a garantizar que los datos personales no se atribuyan a una persona física identificada o identificable». A diferencia de la completa «anonimización», esta fórmula de seudonimización genera dos nuevos grupos de datos, los seudonimizados y los que proporcionan la información adicional que permitiría revertir la anonimización. De esta manera, la posibilidad de seudonimizar los datos recabados permite ponderar los derechos y bienes jurídicos en juego, estableciendo un equilibrio entre las funciones sindicales de la parte recurrente y el derecho fundamental a la protección de los datos personales de los/as funcionarios/as concernidos. Con esta solución se evita, de un lado, restringir el derecho de la organización sindical, obligándola a acudir a la vía jurisdiccional para conseguir los datos, como se apuntaba en la sentencia recurrida, y, de otro, vaciar el derecho fundamental a la protección de los datos personales de las personas afectadas, como acertadamente resolvió la sentencia de instancia.

IX. Comentario

Entre los derechos fundamentales que reconoce nuestra Constitución, se encuentra el de la libertad sindical, derecho que se proyecta sobre el conjunto de las relaciones laborales y reviste una relevancia incuestionable para las personas trabajadoras (art. 28.1 CE). Esta trascendencia se pone de manifiesto a la hora de examinar tanto su proyección individual (derecho de la persona trabajadora a fundar sindicatos, afiliarse al de su elección, no hacerlo o separarse y adherirse y participar en actividades programadas por los sindicatos) como su vertiente colectiva (derecho de los agentes sociales a la actividad sindical *ad extra* y *ad intra*).

Sabido es que, en este segundo plano, en el contenido del art. 28.1 CE se integra la vertiente funcional o colectiva del derecho a la libertad sindical, es decir, el derecho de los sindicatos a ejercer aquellas actividades dirigidas a la defensa, protección y promoción de los intereses de las personas trabajadoras y a desplegar los medios de acción necesarios para que puedan cumplir las funciones que constitucionalmente les corresponden. El propio ET, el EBEP y, por remisión, LOLS, legitiman el tratamiento directo por los sujetos colectivos de determinados datos personales de las personas empleadas a los efectos de ejercer las competencias inherentes a su condición, centradas principalmente en el desarrollo de sus funciones de vigilancia en el cumplimiento de la normativa laboral en sus distintas manifestaciones (contratación, empleo, Seguridad Social, prevención de riesgos...), con el objetivo último de formular, en su caso, las acciones legales oportunas ante el empresario privado o público y ante los organismos o tribunales competentes. En todos estos casos, decae la necesidad de contar con el consentimiento explícito de la persona empleada afectada para el tratamiento de sus datos, pues el empresario o la Administración empleadora quedan obligados al calor de la legalidad vigente a colaborar con los sujetos colectivos proporcionando la información pertinente para el cumplimiento de los fines legítimos que les son propios.

Cierto es que la mayoría de las funciones de representación relacionadas con los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores no requieren el tratamiento de datos personales porque se manejan extremos genéricos, pero existen ciertas habilitaciones legales que legitiman el conocimiento por los delegados sindicales o por los representantes unitarios de circunstancias personales de las personas trabajadoras sin necesidad de recabar su consentimiento, tal y como sucede, entre otros supuestos, cuando de lo que se trata es de informar sobre el

reparto de complementos salariales, la imposición de sanciones y despidos, el rendimiento o productividad conseguidas o, como sucede en el presente supuesto, las prórrogas de las comisiones de servicio más allá del plazo máximo legal.

El empresario privado o público (in casu, la Administración), no puede, por tanto, negarse a transmitir tal información, pues con tal negativa se estaría obstaculizando el ejercicio de las tareas de representación. Otra cosa es que a la hora de volcar tales extremos se deban aplicar los principios y garantías pautados por el ordenamiento de protección de datos, en concreto, el de minimización, de manera que se deba recurrir a técnicas de cifrado (como la “seudonimización”) al objeto de evitar la identificación concreta y específica de cada una de las personas afectadas, pues, de un lado, tal cautela no restará capacidad de actuación a los representantes colectivos y, de otro, contribuirá a salvaguardar el derecho a la protección de datos.

X. Apunte final

Atendiendo a la pertinencia de una labor tan legítima como necesaria en un sistema democrático de relaciones laborales, no parece haber dudas en que los sujetos colectivos puedan recibir información del empresario privado o público que incluya datos personales de las personas trabajadoras o empleadas públicas a las que representan sin necesidad de recabar el consentimiento de estas últimas. Otra cosa es que a la hora de transmitir tal información se deban observar los principios y garantías del ordenamiento de protección de datos, incluyendo la necesidad de utilizar técnicas de cifrado que eviten asociar los extremos concernidos a sujetos individualizados si tal cautela no desvirtúa el ejercicio de las tareas de defensa de los intereses generales.

§ 73 Cotización por contingencia profesional: ¿atendiendo a la actividad de la empresa o a la de cada persona?

Antonio V. Sempere Navarro

Director de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Universidad (s.e.)

Resumen: Se discute sobre el modo de aplicar los porcentajes de cotización a la Seguridad Social por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. En particular, lo cuestionado versa sobre la actividad económica que ha de tomarse en consideración a efectos de determinar el tipo de cotización aplicable por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. El grupo de empresas, la empresa empleadora, el centro de trabajo o, incluso, cada persona, aparecen como magnitudes potencialmente válidas. La sentencia comentada recuerda la regla general: el tipo de cotización depende de la actividad efectivamente desarrollada por la empresa. Ello es así aunque se encuentre integrada en un grupo empresarial y preste servicios en exclusiva a dicho grupo. La excepción (por ejemplo, trabajos de oficina) ha de aplicarse de forma restrictiva y requiere que los trabajadores no se encuentren sometidos a los riesgos de la actividad económica de la empresa, lo que exige un análisis individualizado respecto de las funciones de cada uno de ellos.

Palabras clave: Cotización a la Seguridad Social. Tarifa de primas. Contingencias profesionales.

Abstract: Il y a une discussion sur la manière d'appliquer les pourcentages des cotisations de sécurité sociale pour les accidents du travail et les maladies professionnelles. En particulier, ce qui est mis en cause porte sur l'activité économique qui doit être prise en considération aux fins de la détermination du taux de cotisation applicable au taux des risques d'accidents du travail et de maladies professionnelles. Le groupe d'entreprises, l'entreprise employeuse, le lieu de travail ou même chaque poste apparaissent comme des grandeurs potentiellement valables. L'arrêt commenté rappelle la règle générale : le taux de cotisation dépend de l'activité effectivement exercée par l'entreprise. C'est le cas même si elle est intégrée dans un groupe d'entreprises et qu'elle fournit des services exclusivement à ce groupe. L'exception (par exemple, le travail de bureau) doit être appliquée de manière restrictive et exige que les travailleurs ne soient pas soumis aux risques de l'activité économique de l'entreprise, ce qui nécessite une analyse individualisée de l'activité de chacun d'entre eux.

Keywords: Cotisations de Sécurité Sociale. Taux majoré. Contingences professionnelles.

I. Introducción

Respecto de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, los tipos de cotización correspondientes a las diversas «actividades económicas» figuran relacionados en una tarifa de primas. La vigente fue aprobada por LPGE para 2007, varias veces modificada, como luego veremos^[1]. Los tipos de cotización en ella listados se establecen en función de la siniestralidad del trabajo a que correspondan; así, mientras que a las actividades jurídicas se asigna un tipo del 1,50 por 100, al trabajo en interior de minas se atribuye un tipo del 7,15 por 100, siempre sobre los salarios reales^[2]. Hay que insistir en que, a diferencia de lo que sucede respecto de las restantes, «por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales la cotización completa correrá a cargo exclusivamente de los empresarios»^[3].

Ahora se afronta una cuestión muchas veces suscitada y no siempre resuelta del mismo modo. Se trata de precisar si la cotización de referencia debe fijarse atendiendo a la actividad de la empresa o solo a la de cada persona. Además, muchas opciones diversas son posibles (hacerlo en función de centros de trabajo, departamentos o secciones, grupos empresariales, actividad de la empresa principal o cliente, etc.).

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Seis integrantes).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 1096/2025, de 23 de julio.

Tipo y número recurso: recurso de casación núm. 2948/2022.

ECLI:ES:TS:2025:3787.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm. Sra. Dña. Berta María Santillán Pedrosa.

Votos Particulares: carece.

Ministerio Fiscal: no interviene.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes.

La cuestión que se plantea apenas requiere el examen de un relato fáctico. Basta con apuntar que una empresa (Santander Global Technology, SA) se dedica a la consultoría informática y que se discute el modo de cotizar de su personal.

En particular, lo debatido es si un grupo de personas pertenecientes a la plantilla de esa mercantil debe considerarse integrado en el ciclo productivo (en cuyo caso debe aplicarse el tipo de cotización propio de la actividad societaria) o si hay que estar a las funciones desempeñadas por tales personas (predominando entonces la atención a sus tareas de oficina). La TGSS sostiene que a distintos trabajadores se les aplica erróneamente, a efectos de la tarifa de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, el tipo previsto en el párrafo a del cuadro II, apartado I de la disposición adicional 4.ª de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, referido a personal en trabajos exclusivos de oficina.

1. Hechos desencadenantes

La empresa pertenece al Grupo Santander, para el que presta en exclusiva sus servicios. Realiza la monitorización y gestión del centro de procesamiento de datos, además de que las funciones de desarrollo de software informático para consumo interno del grupo. Ello es así tras la fusión llevada a cabo (octubre 2018) entre dos

empresas previas del grupo, pasando a ser una empresa de servicios tecnológicos del Grupo Santander, que cuenta con diversos centros de trabajo.

La Inspección provincial de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) constató que la mercantil tenía a sus trabajadores de alta en la ocupación recogida en la letra a) «*Personal en trabajos exclusivos de oficina*» del Cuadro II de la tarifa para la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales prevista en la *disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006*, al que le correspondía un tipo total del 1,00, cuando lo que procedía era la cotización por el tipo aplicable en función de la respectiva actividad económica (CNAE) conforme al Cuadro I que, en ese caso, era el 62 «*Programación, consultoría y otras actividades relacionadas con la informática*» al que le correspondía un tipo total de cotización superior del 1,35.

El desencadenante se halla en la resolución, de 24 de junio de 2020, dictada por la Dirección Provincial de la TGSS, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto por la empresa contra la anterior resolución, de 20 de febrero de 2020, por la que se confirma el acta de liquidación por importe de 28.492,57 euros y el acta de infracción por la que se impone la sanción de 22.796,91 euros.

2. Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de Santander, mediante su sentencia 152/2021 de 23 de junio (proc. 223/2020) resuelve la reclamación empresarial frente a la resolución de la TGSS.

La sentencia asume la existencia del grupo empresarial con una determinada actividad y la diferencia de los trabajos exclusivos de oficina. Estamos ante una sociedad integrada en un grupo empresarial, al que presta servicios en exclusiva y que cuenta con dos centros de trabajo, uno dedicado al procesamiento de datos y otro al desarrollo de software. Por tanto, el riesgo comparable lo es con el de los trabajadores del grupo del Banco de Santander, dedicado a la prestación de servicios financieros

Aplica jurisprudencia contenciosa conforme a la cual la norma no identifica los trabajos de oficina con los meramente administrativos (como aduce la Tesorería), y pueden subsumirse aquí las personas que presten «trabajos exclusivos de oficina». Considera que concurren los tres elementos para aplicar la excepción respecto de estas ocupaciones: (i) que sea «exclusiva» la tarea de oficina; (ii) que no se someta al trabajador a los riesgos de la empresa, y (iii) que se desempeñe únicamente en los lugares destinados a oficinas de la empresa.

En su parte dispositiva estima la demanda, anula la resolución recurrida y condena a la demandada a la devolución de las cantidades abonadas por la recurrente

3. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

A través de su sentencia 331/2021 de 17 de diciembre la Sala de lo Contencioso del TSJ de Cantabria desestima el recurso de apelación de la TGSS^[4].

Considera que tiene razón a la empresa dado que debe entenderse incluida en la letra a) del Cuadro II (personal en trabajos exclusivos de oficina), las funciones que, siendo coincidentes con la actividad de la empresa, se realizan de forma constante, habitual y prioritaria en los lugares de la empresa destinados a oficina, precisamente en actividades de consultoría informática y con trabajadores que desempeñen funciones incluidas en el Cuadro II, letra a).

4. Auto de la Sala de Admisiones

Mediante su Auto de 4 de octubre de 2023 la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por la TGSS^[5].

En él se precisa la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia. Se plantea como un doble problema derivado de unos mismos hechos:

- Determinar, si, cuando se trata de una sociedad integrada en un grupo empresarial, al que presta servicios en exclusiva, la cotización por accidente de trabajo y enfermedad profesional debe ser, con carácter general, por el tipo de cotización de la actividad del grupo (en este caso, servicios financieros) o si debe cotizar por el de su propia actividad económica, (consultoría informática en este caso).
- Precisar si podría cotizar, por todos sus trabajadores, por el correspondiente a «personal en trabajos exclusivos de oficina», del Cuadro II, de la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007 o, al ser una excepción a lo que debe ser la regla general, ello no es posible.

IV. Posición de las partes

1. Tesorería General de la Seguridad Social

La Administración de la Seguridad Social insiste en que la empresa estaría utilizando un código CNAE diferente al que le correspondería por el objeto social, que sería actividades de consultoría informática y no la del grupo, servicios financieros.

2. La empresa

La empresa recalca que produce servicios no integrados en el proceso de producción del Grupo Santander, por lo que el tipo de cotización que se debe aplicar a sus trabajadores no es el de la actividad de aquel sino el propio de su actividad económica que se corresponde con trabajos exclusivos de oficina sin que la Administración haya desvirtuado dicho extremo.

Sostiene que los trabajadores afectados fueron correctamente encuadrados en el epígrafe de actividad «a» del citado Cuadro II, por cuanto su inclusión en dicho régimen responde al espíritu y finalidad de la norma: acompañar el tipo de cotización con el riesgo efectivo y real de la ocupación o situación de cada trabajador

V. Normativa aplicable al caso

1. Reglas comunes

A) El artículo 19 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) dispone que las bases y tipos de cotización a la Seguridad Social y por los conceptos que se recauden conjuntamente con las cuotas de la Seguridad Social serán los que establezca cada año la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

A su vez el número 4 del mismo precepto advierte que, sin perjuicio de lo anterior, la cotización correspondiente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se realizará mediante la aplicación de los tipos de cotización establecidos *para cada actividad económica, ocupación o situación* en la tarifa de primas establecidas legalmente. Las primas correspondientes tendrán a todos los efectos la condición de cuotas de la Seguridad Social.

B) Por su lado, el artículo 146.1 LGSS prescribe que la cotización por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se realizará mediante la aplicación de los tipos de cotización establecidos para cada actividad económica, ocupación, o situación en la tarifa de primas establecida legalmente. Para el cálculo de dichos tipos de cotización se computará el coste de las prestaciones y las exigencias de los servicios preventivos y rehabilitadores

C) El artículo 11.1 del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, aprobado mediante RD 2064/1995, de 22 de

diciembre, dispone que «La cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales por parte de los empresarios y de los empleados de hogar que hubieran asumido el cumplimiento de tal obligación, en los términos establecidos en este reglamento, se efectuará mediante la aplicación de los tipos de cotización que correspondan a las actividades económicas de empresas y trabajadores y a las ocupaciones o situaciones de estos últimos, conforme a la tarifa de primas vigente,,».

D) El artículo 10 del RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, dispone que «A efectos de lo dispuesto en este Reglamento, se considera empresario, aunque su actividad no esté motivada por ánimo de lucro, a toda persona física o jurídica, pública o privada, a la que presten sus servicios, con la consideración de trabajadores por cuenta ajena o asimilados, las personas comprendidas en el campo de aplicación de cualquier Régimen de los que integran el sistema de la Seguridad Social [...]».

2. Establecimiento originario de tipos

En su Disposición Adicional Cuarta la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de los Presupuestos Generales del Estado para 2007 abordó esta materia^[6]. El Cuadro I especifica los porcentajes (tipos) aplicables a la base de cotización atendiendo a los «Códigos CNAE y título de la actividad económica». Sin embargo, el Cuadro II hace lo propio fijando «Tipos aplicables a ocupaciones y situaciones en todas las actividades», comenzando su apartado a) por el «Personal en trabajos exclusivos de oficina». Conviene reseñar que el 1% resultaba de aplicación al referido personal de oficina mientras que, ejemplificativamente, a las empresas de construcción se les asignaba un tipo del 7,60 porcentual.

Como reglas complementarias, la citada Disposición contenía algunas, entre las que ahora interesa destacar un par:

- Para la determinación del tipo de cotización aplicable en función a lo establecido en la tarifa contenida en esta disposición se tomará como referencia lo previsto en su Cuadro I para identificar el tipo asignado en el mismo en razón de la actividad económica principal desarrollada por la empresa o por el trabajador por cuenta propia o autónomo, conforme a la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE-93 Rev. 1), aprobada por Real Decreto 1560/1992, de 18 de diciembre, y a los códigos que en la misma se contienen en relación con cada actividad.
- Cuando en una empresa concurren, junto con la actividad principal, otra u otras que deban ser consideradas auxiliares respecto de aquella, el tipo de cotización será el establecido para dicha actividad principal. Cuando la actividad principal de la empresa concorra con otra que implique la producción de bienes o servicios que no se integren en el proceso productivo de la primera, disponiendo de medios de producción diferentes, el tipo de cotización aplicable con respecto a los trabajadores ocupados en éste será el previsto para la actividad económica en que la misma quede encuadrada.
- Cuando la ocupación desempeñada por el trabajador por cuenta ajena, o la situación en que éste se halle, se correspondan con alguna de las enumeradas en el Cuadro II, el tipo de cotización aplicable será el previsto en dicho Cuadro para la ocupación o situación de que se trate, en tanto que ésta difiera del que corresponda en razón de la actividad de la empresa.

3. Establecimiento de tipos a partir de 2016

La citada regulación fue objeto de diversas actualizaciones para modificar los tipos aplicables o especificar mejor la actividad desarrollada por la empresa. En concreto, la

Disposición Final octava de la Ley 48/ 2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para 2016 introdujo una especificación relevante para el tema debatido. Conforme a ella «A los efectos de la determinación del tipo de cotización aplicable a las ocupaciones referidas en la letra "a" del Cuadro II, se considerará "personal en trabajos exclusivos de oficina" a los trabajadores por cuenta ajena que, *sin estar sometidos a los riesgos de la actividad económica de la empresa, desarrollen su ocupación exclusivamente en la realización de trabajos propios de oficina aun cuando los mismos se correspondan con la actividad de la empresa, y siempre que tales trabajos se desarrollen únicamente en los lugares destinados a oficinas de la empresa*».

VI. Doctrina básica

Sobre la cuestión existía doctrina varia del Tribunal Supremo, pero no había analizado la posibilidad de que se aplique el Cuadro II a toda una empresa que tiene una actividad de consultoría informática que pudiera encuadrarse en el CNAE 62, actividades de consultoría informática.

1. Tipo de cotización aplicable a empresa integrada en un grupo

El sujeto obligado a cotizar por las contingencias profesionales debe ser la empresa y la actividad económica que debe considerarse para determinar el tipo de cotización es, en consecuencia, la desarrollada por aquella y no, en su caso, la del grupo empresarial, sin perjuicio de lo previsto en el Cuadro II de la tarifa de primas. Veamos las razones de ello:

- La cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se configura, primeramente, sobre unos tipos de cotización establecidos a partir de la concreta actividad económica del empresario que sirven de base para la asignación del tipo que la empresa tendrá que aplicar para la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de todos sus trabajadores, como regla general.
- La Ley no efectúa ninguna mención ni tampoco otorga relevancia alguna a la circunstancia de que dicho empresario pueda formar parte o no de un grupo de empresas ni que, en tal caso, preste sus servicios en exclusiva a éste o dichos servicios se integren en el proceso productivo del grupo.
- El apartado Dos, regla Segunda, párrafo 2.º de la tarifa contempla diversas previsiones para los supuestos en los que, dentro de una misma empresa, se realicen diferentes actividades económicas, pero nada se prevé para los casos de grupos de empresas, realidad jurídica que sí ha motivado tratamientos específicos en otros sectores del ordenamiento jurídico (v.gr. en el ámbito tributario) y cuyo silencio en el ámbito que ahora estudiamos cabe entender, no como un olvido, sino en el sentido de que tal circunstancia no ha sido considerada relevante por el legislador a efectos de determinar los tipos de cotización que, por el contrario, se centra en la figura del empresario, tal y como se ha definido antes.
- Ni existe tal previsión relativa a los grupos empresariales ni constan motivos para realizar una aplicación extensiva o analógica de la anterior regla segunda, párrafo 2.º a dichos grupos, en primer lugar, porque se estaría soslayando la diferente personalidad jurídica de cada uno de los integrantes del grupo, cuya transcendencia jurídica no puede desconocerse y, en segundo lugar, porque aquello supondría hacer depender el tipo de cotización de una serie de circunstancias (configuración jurídica de la empresa, relación y vinculación con otras sociedades, dirección de los negocios, etc.) que son absolutamente ajenas al riesgo profesional al que se encuentran sometidos los trabajadores y que, en último término, es el que justifica la determinación de los diferentes tipos cotización.

2. Los dos «cuadros» de la tarifa de primas

La tarifa de primas para la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se compone de dos cuadros, refiriéndose el primero a los tipos de cotización en atención a las actividades económicas del empresario a través del código CNAE y, en el segundo, Cuadro II, se recoge un listado de siete ocupaciones o situaciones en las que, no obstante, la empresa puede encuadrar a aquellos trabajadores que no estén sometidos a los riesgos de la actividad económica de la empresa y, en estos casos, la tarifa por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de estos trabajadores se calculará aplicando a su base el tipo asignado al epígrafe de ocupación del Cuadro II si difiere del general. En ese Cuadro II se encuentra la ocupación designada con la letra a) relativa a «personal en trabajos exclusivos de oficina» que la empresa del litigio ha aplicado a la totalidad de sus trabajadores al tipo del 1%.

3. Interrelación de ambos cuadros

El tipo de cotización por las contingencias profesionales viene definido en atención a la actividad económica del empresario conforme al Cuadro I, salvo para aquellos trabajadores que se encuentren en alguna situación u ocupación de las previstas en el Cuadro II y para los que el tipo de cotización difiere del de la actividad económica.

El Cuadro II tiene como finalidad la de separar determinadas actividades o situaciones que presentan un riesgo diferenciado desde el punto de vista de la siniestralidad laboral, un riesgo tan característico que se hace primar el mismo respecto de la actividad general de la empresa. Esa diferencia puede ser por presentar un riesgo mayor o menor que la actividad determinada por el CNAE. Así por ejemplo el personal de oficina presenta un riesgo habitualmente muy característico y diferente que el que corresponde a la actividad general de la empresa. Y lo mismo ocurre con diferentes tipos de conductores, cuyo principal riesgo no viene determinado en sí por la actividad empresarial, sino por su ocupación y los riesgos del tráfico, razón por la cual se separa como una categoría aparte.

4. Excepcionalidad del Cuadro II

No puede entenderse como una regulación de la cotización por ocupación del trabajador, paralela o alternativa y en régimen de igualdad con la regla de cotización por actividad económica de la empresa. Y no lo es porque comienza con la expresión «no obstante», que es indicativa de excepcionalidad (o especialidad) y, como tal, representa la aplicación de una regla diferente por excepcional, no alternativa o paralela.

Una regla de esta naturaleza no puede ser nunca interpretada en sentido amplio, sino al contrario. Y esta afirmación es aplicable a sus dos párrafos, máxime cuando el segundo es una precisión del primero y para una concreta actividad del Cuadro II. En todo caso, la interpretación restrictiva o, más precisamente, estricta, que, en principio, debe hacerse de las normas que establecen excepciones, no puede dar un resultado contrario a la lógica, a la letra de la ley o, en general, a los criterios generales de interpretación. En particular, es claro que no cabe exigir, ni aplicar, para el disfrute de una regla que admite un tipo menor de cotización, como la que examinamos, requisitos que no prevé el precepto que la establece o alterar significativamente alguno de ellos.

5. Cotización por trabajos de oficina en Grupos de Empresa

Para que resulte aplicable el tipo de cotización de la situación del apartado a) del Cuadro II «*Personal en trabajos exclusivos de oficina*», deben verificarse los requisitos antes expuestos. Entre ellos destacamos, por su relevancia en este recurso de casación, el relativo a que los trabajadores, por razón de su ocupación, no se encuentren sometidos a los riesgos de la actividad económica de la empresa lo cual ya implica el carácter restrictivo de su aplicación al ser una excepción al riesgo de la actividad referida.

La verificación de este requisito exige, como presupuesto lógico, definir correctamente cuáles son los riesgos de la actividad económica de la empresa que sirvan de término de comparación, pudiendo concluir, conforme a todo lo expuesto hasta el momento, que habrá que estar a los de la actividad de la empresa y no a los del grupo de empresas donde, en su caso, aquella se integre.

VII. Parte dispositiva

La desembocadura de la resolución comentada es del todo coherente con la argumentación desplegada y se integra de cuatro apartados:

1.º) Declara que ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la TGSS y anula la sentencia del TSJ de Cantabria.

2.º) Estima el recurso de apelación interpuesto por la TGSS contra la sentencia del Juzgado, que anula.

3.º) Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la empresa, confirmando el importe del Acta de Liquidación, pero anulando la sanción impuesta.

4.º) No adopta decisión especial en materia de costas procesales.

VIII. Pasajes decisivos

En el Fundamento Sexto se condensa la doctrina fijada por esta interesante sentencia, que sirve también como recordatorio de lo resuelto en otros casos precedentes:

1. La actividad económica que ha de tomarse en consideración a efectos de determinar el tipo de cotización aplicable a la tarifa por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales prevista en el Cuadro I de la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007, es la propia del empresario, con independencia de que éste se encuentre integrada en un grupo empresarial y preste servicios en exclusiva a dicho grupo.

2. Esta misma actividad económica es la que debe tenerse en cuenta también para verificar, en su caso, el cumplimiento de los requisitos para la aplicación de los tipos de cotización del apartado a) del Cuadro II de la citada disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre y, en particular, el relativo a que los trabajadores no se encuentren sometidos a los riesgos de la actividad económica de la empresa lo que exige un análisis individualizado de cada uno de los trabajadores que, en su caso, puedan beneficiarse de la regla especial prevista en el indicado apartado a) del Cuadro II.

IX. Comentario

Una vez más conviene reiterar la peculiaridad de régimen de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, típicas contingencias laborales que explican en gran medida la tradicional conexión entre Derecho del Trabajo y Seguridad Social^[7].

El accidente de trabajo y la enfermedad profesional, pese a recibir un tratamiento específico, son considerados «contingencias» o causas determinantes (junto con el accidente no laboral y la enfermedad común) de situaciones de incapacidad o muerte. De aquí que el régimen de prestaciones que corresponde al trabajador o a sus derechohabientes por causa de accidente de trabajo o enfermedad profesional se integre (si bien todavía con particularidades) en la regulación de esas situaciones: incapacidad temporal, incapacidad permanente (en la doble vertiente de asistencia sanitaria y prestaciones económicas), muerte y supervivencia.

La cobertura de las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional tiene lugar, obviamente, a través de la Seguridad Social (con la

colaboración de mutuas y empresas), incumbiendo al empresario los deberes de afiliación, alta y cotización (este último en exclusiva, sin participación del trabajador).

En la actualidad, el accidente de trabajo y la enfermedad profesional son cubiertos atendiendo al hecho objetivo de su producción, con independencia de toda idea de culpabilidad empresarial. Así ha podido decirse con toda razón que el accidente de trabajo tiende a convertirse en accidente a secas, y que la responsabilidad se traslada en definitiva al público, de tal modo que el empresario —responsable de la cotización en términos legales— desplaza hacia el público ese peculiar costo de producción que es la prima del aseguramiento.

El pago de las prestaciones corresponde a la entidad que cubra el riesgo en el momento del accidente aunque las consecuencias se manifiesten con posterioridad^[8]. Para allegar los fondos con que afrontar esta responsabilidad, el legislador ha previsto un peculiar método de cotización, que mantiene su principio inspirador (solo las empresas deben soportarlo) pero que va acompasando la intensidad de las respectivas aportaciones a las estimaciones (o comprobaciones) de los riesgos existentes en cada caso.

X. Apunte final

Una vez más vale la pena llamar la atención acerca de la relevancia que el orden contencioso posee en los temas de Seguridad Social. Bajo el título competencial de abordar cuestiones sobre liquidación y recaudación, le ha correspondido una tarea tan sustantiva como la de penetrar en los organigramas interempresariales, afrontar la especialización profesional o examinar la clasificación profesional.

Referencias:

1. ^ [1] Disp. Adic. 4.ª LPGE-2007, redactada por Disp. Adic. 9.ª LPGE-2014 y modificada por Disp. Final 5.ª RDL 28/2018, de 28 diciembre.
2. ^ [2] Vid. art. 11 del Reglamento General de Cotización y Liquidación. El RD 231/2017, de 10 de marzo, desarrollado por Orden ESS/256/2018, regula el sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales en empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral. La Disp. Adic. 3.ª RDL 28/2018, de 28.12, suspendió dicha reducción durante 2019, suspensión reiterada para ejercicios posteriores. La LPGE 31/2022, en su DA 97.ª, prescribe que “Se suspende la aplicación del sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan disminuido de manera considerable la siniestralidad laboral, prevista en el Real Decreto 231/2017, de 10 de marzo, para las cotizaciones que se generen durante el año 2023. Esta suspensión se extenderá hasta que el Gobierno proceda a la reforma del citado real decreto».
3. ^ Art. 141.3 LGSS
4. ^ STSJ CANT 331/2021 de 17 diciembre (ECLI:ES:TSJCANT:2021:10229).
5. ^ Ponente, Sra. Teso Gamella, ECLI:ES:TS:2023:13054A.
6. ^ Conforme a su tenor, la cotización a la Seguridad Social de los empresarios, cualquiera que sea el régimen de encuadramiento, y, en su caso, de los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar y en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios, establecido en el Régimen

Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se llevará a cabo, a partir del 1 de enero de 2019, en función de la correspondiente actividad económica, ocupación o situación, mediante la aplicación de la siguiente tarifa

7. ^ Seguimos en estos párrafos la exposición de A. Montoya Melgar, *Derecho del Trabajo*, 46.^a edición, Tecnos, Madrid 2025.
8. ^ La función reaseguradora de los accidentes de trabajo corresponde al INSS y a la Tesorería General de la Seguridad Social [art. 1.1.j) RD 1.314/1984].

§ 74 ¿Es equiparable el SMI a la habitualidad a efectos del alta en el RETA?: el Alto Tribunal resuelve recurso de casación para la formación de jurisprudencia.

Inmaculada Ballester Pastor

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I de Castellón.

Resumen: *Resuelve el Alto Tribunal en un recurso de casación objetivo para la formación de jurisprudencia que si los ingresos procedentes de una actividad económica son inferiores al SMI no se excluye la concurrencia de la habitualidad y que, por lo tanto, el alta en el RETA depende de la concurrencia de otros muchos indicios o factores que deben valorarse en cada caso; no obstante, si un autónomo "clásico" se jubila, la percepción de rendimientos netos por debajo del SMI sí impide que el alta sea obligada a la luz de lo establecido en el art. 213.4º TRLGSS.*

Palabras clave: *Alta. RETA. Habitualidad. Jubilación. Compatibilidad. Salario mínimo interprofesional.*

Abstract: *In an objective appeal for cassation for the formation of jurisprudence, the High Court ruled that if income from an economic activity is below the minimum wage (SMI), the existence of habitual employment does not preclude the existence of regular employment and, therefore, registration with the RETA depends on the existence of many other factors or indices that must be assessed in each case. However, if a "classic" self-employed person retires, the receipt of net income below the minimum wage does prevent registration from being mandatory under the provisions of Article 213.4 of the TRLGSS.*

Keywords: *Classification. RETA. Habitual status. Retirement. Compatibility. Minimum interprofessional wage.*

I. Introducción

La habitualidad como nota que ha de caracterizar la actividad autónoma a efectos de obligar a dar de alta al sujeto que la efectúa en el RETA es un concepto jurídico indeterminado que no ha sido bien concretado por el legislador y cuya significación ha debido ser interpretada por la jurisprudencia; no obstante, los distintos pronunciamientos que hasta ahora lo han abordado -muchos de ellos de los años 80 y 90, y procedentes tanto de la Sala de lo Social como de la Sala de lo contencioso-administrativo y referidos a colectivos bien diferentes, particularmente los agentes y los subagentes de seguros- lo han hecho teniendo en cuenta las particularidades de cada actividad y en ocasiones la habitualidad se ha condicionado, exclusivamente o no, a la percepción de unos ingresos mínimos, no existiendo, hasta el momento, una jurisprudencia unánime a este respecto. En el pronunciamiento que comentamos el Alto Tribunal aborda directamente esta cuestión y resuelve que la percepción de

ingresos inferiores al SMI no excluye la concurrencia de la habitualidad a efectos del encuadramiento en el RETA y, por lo tanto, que deben valorarse otros muchos datos o indicios para determinar si aparece la habitualidad regulada en el art. 305 TRLGSS, aunque el caso aquí planteado es diferente porque la percepción de rendimientos netos inferiores al SMI sí excluye automáticamente el alta en el RETA al resultar aplicable el art. 213.4.º TRLGSS.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 941/2025, de 10 de julio.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de casación núm. 3013/2022.

ECLI:ES:TS:2025:3484.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm. Sra. Dña. María Pilar Cancer Minchot.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. El fallo de la sentencia recurrida ante el tribunal supremo

D. Rogelio es titular de una explotación pecuaria y ha estado de alta en el RETA - Sistema especial de trabajadores agrarios- desde el 1/01/2015 hasta el 31/08/2020. De conformidad con lo dispuesto en el art. 213.4.º TRLGSS pide la jubilación el 1 de septiembre de 2020 y en la misma fecha se da de baja en el RETA. Meses después, la Dirección Provincial de la TGSS -a través de la Resolución de 17 de febrero de 2021- le obliga a darse de alta en el RETA al entender que sigue reuniendo los requisitos que le obligan a ello. D. Rogelio interpone, entonces, un recurso de alzada que es desestimado y posteriormente un recurso contencioso-administrativo, el n.º 74/2021, recurso seguido en procedimiento ordinario ante la Sección Primera de la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Castilla y León, sede en Burgos. Según dicha Sentencia D. Rogelio no cumple en esa fecha las condiciones necesarias para que sea exigible su alta en el RETA a la vista de los arts. 305, 323 y 324 del TRLGSS y del art. 1.º de la Ley 20/2007.

Lo especialmente relevante de esta Sentencia es que se centra en si existe o no el presupuesto de la habitualidad en el trabajo realizado y/o si es necesario que se obtenga una retribución mínima con la actividad realizada de forma que haya de ponerse en relación dicha habitualidad con que la actividad reporte un mínimo de ingresos económicos (acreditativos de la dedicación de tiempo a la actividad). Así, se sostiene que aunque no es unánime la jurisprudencia al respecto, hay que atender al criterio de la retribución para entender que aparece la habitualidad y que cuando se supera el umbral del SMI percibido en un año natural se puede hablar de habitualidad; de esta forma, y *a sensu contrario*, dado que los rendimientos netos de D. Rogelio han sido negativos durante 2020, en ningún caso se puede considerar que la actividad cumpla el requisito de la habitualidad (FJ 7.º). Añade la Sala a lo anterior, a mayor abundamiento, que de acuerdo con el art. 213.4.º TRLGSS, si el percibo de la pensión permite la realización de estos trabajos y si quien realiza estas actividades no está obligado a cotizar, tampoco ha de estar dado de alta pues la obligación principal que se deriva de estar dado de alta es la de cotizar. Por esta razón el recurso es estimado y se rechaza la exigencia del alta en el RETA.

2. La admisión del recurso de casación objetivo para la formación de jurisprudencia y la cuestión a resolver por el alto tribunal

Contra dicha Sentencia la TGSS interpone recurso ante el Tribunal Supremo entendiendo que la cuestión planteada presenta un interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Sostiene la TGSS que el parámetro de la retribución mínima es un dato más para calcular si la actividad es habitual o no, pero no excluye de la valoración el resto de elementos probatorios concurrentes poniendo de relieve, también, la inexistencia de una doctrina judicial uniforme al respecto.

En el Auto de 22 de noviembre de 2023^[1] el Alto Tribunal verifica la concurrencia del interés casacional e indica que el recurso va destinado a resolver las siguientes cuestiones:

1.ª) A determinar si el hecho de que los ingresos procedentes de una actividad económica sean inferiores al SMI es o no un elemento excluyente de la habitualidad de dicha actividad a efectos de dar por cumplidos los requisitos exigidos por el juego de los arts. 305 y 323 del TRLGSS y del art. 1.º de la Ley 20/2007 para concluir el alta en el RETA.

2.ª) En caso afirmativo, a precisar si la cuantía que ha de considerarse a efectos del cálculo de aquellos ingresos ha de ser la cuantía bruta o neta.

IV. Posición de las partes

La TGSS sostiene que el hecho de que los ingresos procedentes de una actividad económica sean inferiores al Salario Mínimo Interprofesional (SMI) no es un elemento directamente excluyente del concepto de «habitualidad» de dicha actividad y, por tanto, de la procedencia de alta en el RETA, sin que importen otros elementos probatorios; por el contrario, entiende que el criterio de la retribución mínima es un dato más para calcular si la realización de la actividad económica es habitual o no, pero no el único, debiendo ser valorados al efecto todos los elementos probatorios que puedan contribuir a considerar habitual la actividad económica puesto que lo contrario constituiría una aplicación sumamente restrictiva del concepto de habitualidad y, dada su importancia, debería haberse plasmado expresamente por el legislador. La TGSS discrepa también de que para saber si la renta obtenida por la actividad económica es inferior al salario mínimo interprofesional se deba atender al rendimiento neto de la misma. Defiende, por el contrario, que ha de tomarse en consideración el rendimiento bruto.

Por su parte, la representación procesal del Sr. Rogelio se opone al recurso de casación al entender que resulta aplicable la doctrina emanada de la Sentencia de 29 de octubre de 1997 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, respecto al requisito de la habitualidad ya que el Alto Tribunal entiende aquí que la percepción de una retribución inferior al 75% es un dato trascendente -no determinante por sí mismo, sino, a falta de otros, «el indicador adecuado de habitualidad»- para integrar tal concepto y por ello determina que unos rendimientos inferiores al mismo excluyen el requisito de habitualidad. Asimismo, entiende D. Rogelio que ha de acudirse también a la STS -Sala de lo Social- de 20 de Marzo de 2007, pronunciamiento en el que se establece que la actividad del autónomo ha de tener por finalidad la transformación de bienes y servicios «a través de los cuales se obtengan los bienes económicos o materiales necesarios para la subsistencia» o ha de procurar un interés crematístico, que si bien puede ser un concepto tangencial para definir la habitualidad, también abunda sobre la misma idea ya que si no existe un resultado económico o éste es insuficiente, se trataría de un trabajo marginal y no constitutivo de medio fundamental de vida, como así acaece en nuestro caso, y la consecuencia sería la misma: la exclusión del ámbito del RETA aunque fuera por la aplicación analógica del art. 7.5 de la LGSS, que prevé la exclusión de tales tipos de trabajo del campo de aplicación del sistema de Seguridad Social. Finalmente, respecto de la cuantía a la que hay que atender para determinar la habitualidad, la representación procesal de D. Rogelio sostiene que ha de tomarse en consideración el rendimiento neto. Señala que esa

conclusión es la que procede a la vista de la redacción vigente del artículo 324 TRLGSS, precepto en el que se maneja el parámetro «renta» y que para conocerlo hemos de acudir a las normas fiscales.

V. Normativa aplicable al caso

Sobre el marco normativo aplicable señala el Alto Tribunal que hay que atender al contenido de los siguientes preceptos del TRLGSS, el RD legislativo 8/2015: arts. 7.º, 305, 323, 324, 318.d), 213.4.º y arts. 50 y 59. Igualmente hay que acudir al art. 1.º de la Ley 20/2007, de 11 de julio, a los arts. 1.º y 2.º de la Ley 18/2007, de 4 de julio, por la que se procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del REA en el RETA y a la DA 4.ª de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, Ley de reformas urgentes del trabajo autónomo.

VI. Doctrina básica. la resolución de la cuestión de interés casacional planteada

1. La asunción de la doctrina acerca de la habitualidad en la actividad de diferentes colectivos, en particular de subagentes y agentes de seguros

Analiza el Tribunal, lo primero, diferentes Sentencias, tanto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo como de la Sala de lo Social, pronunciamientos en los que el Alto Tribunal se ha pronunciado sobre el alcance del concepto de habitualidad de forma diferente atendiendo al colectivo al que la misma se refiere.

Así, se acude concretamente a las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo 21 de diciembre de 1987^[2] y de 2 de diciembre de 1988^[3], referidas a subagentes de seguros, en las que, en un primer momento, se vincula la habitualidad con las notas de cotidianidad y de principalidad productiva de la actividad del trabajador, estableciendo una expresa distinción entre el carácter habitual y el carácter periódico de los trabajos. Posteriormente se dicta la Sentencia de la Sala de lo Social de 29 de octubre de 1997^[4] -también referida a subagentes de seguros- en la que se profundiza en la posibilidad de verificar la habitualidad de la actividad a partir de indicadores retributivos y en la que el Tribunal usa los ingresos para indagar en la existencia de habitualidad al entender que se trata de un parámetro de referencia de más fácil cómputo y verificación que el parámetro temporal y se añade a lo anterior que la superación del umbral del SMI sí puede ser, aquí, indicador adecuado de habitualidad. Algunos años más tarde la Sentencia de 9 de diciembre de 2003^[5] matiza la anterior doctrina y tras señalar que el criterio de la habitualidad precisa de una determinación para la que se ha establecido jurisprudencialmente el importe del salario mínimo interprofesional, añade que ello no quiere decir que deba establecerse una equiparación conceptual entre la habitualidad y un determinado nivel de ingresos, sino que estos últimos constituyen un indicio de que se viene trabajando con regularidad en el ejercicio de la función de los subagentes de seguros. Pero el criterio de la habitualidad, tal como se viene exigiendo para la afiliación a la Seguridad Social de los subagentes de seguros no es aplicable a los agentes de seguros, ya que subagentes y agentes se encuentran en posiciones distintas ya que el agente mantiene con la compañía aseguradora un contrato de agencia que supone la asunción de una actividad de promoción de manera continuada o estable, lo que no sucede en el caso de los subagentes de seguros, que solamente asumen una colaboración con los agentes, por tanto en el caso del agente de seguros no hace falta acudir a la percepción de un determinado nivel de ingresos ya que dicha habitualidad se desprende de la propia normativa que regula el contrato de agente de seguros para el que se establece que el trabajo se ha de desempeñar con continuidad y estabilidad. Finalmente, la Sentencia de lo Social de 20 de marzo de 2007^[6], recaída en torno al caso de un vendedor ambulante de menaje de cocina, vuelve a usar y dar relevancia el dato de la percepción de ingresos inferiores al 75% del salario mínimo interprofesional en los últimos años para negar la existencia de habitualidad, a pesar de que el autónomo recibe todos los años ingresos, aclarándose que la mera reiteración de la percepción de ingresos no determina que aparezca dicha nota en la actividad desempeñada.

Así pues, a la vista de tales pronunciamientos cuya doctrina es asumida por el Alto tribunal, se concluye que la habitualidad no puede identificarse, en todo caso, con la superación de un determinado nivel de ingresos; si bien la comparación de éstos con la cifra del salario mínimo interprofesional constituye un elemento o indicio apto para analizar la concurrencia del requisito de habitualidad, cuyo mayor o menor vigor debe apreciarse en atención a la normativa reguladora y las características propias de cada actividad.

2. El art. 213.4.º TRLGSS no es una concreción de la habitualidad a efectos del alta en el RETA pero sí impide el alta cuando se perciban rendimientos inferiores al SMI

Sentado lo anterior, la Sala precisa que el presente caso contiene una especialidad que consiste en que D. Rogelio, trabajador cuya alta en el alta se cuestiona, está jubilado y percibe pensión de jubilación contributiva resultando de aplicación el art. 213.4.º TRLGSS, un precepto que introduce una regulación que, en primer lugar, permite compatibilizar trabajo y jubilación promoviendo el denominado “envejecimiento activo”, que, en segundo lugar, constituye un supuesto específico de excepción a la regla general de incompatibilidad entre trabajo y pensión de jubilación diferente de la jubilación parcial, de la jubilación activa y de la llamada jubilación flexible, y que, en tercer lugar, es aplicable al RETA por señalarlo así expresamente el art. 318.d) TRLGSS. Pues bien, esta disposición plantea una cuestión que la Sala entiende que debe resolver aunque no haya sido, como tal, expresada por las partes en sus escritos y que consiste en dar respuesta a si este precepto puede suponer, o no, una concreción del requisito de habitualidad para el encuadramiento en el RETA, estableciendo la cifra del salario mínimo interprofesional como parámetro determinante de aquella habitualidad, aunque a priori parezca que dicha disposición queda circunscrita a regular la compatibilidad de la pensión de jubilación con trabajos del pensionista, es decir, en materia de prestaciones.

La Sala argumenta, así, en primer lugar, que el tenor literal del precepto no resulta concluyente, pero si no existe obligación de cotización por las actividades compatibles previstas en el artículo 213.4 TRLGSS y éstas no generan nuevos derechos sobre las prestaciones de la Seguridad Social sí parecería posible contemplar, preliminarmente, que este precepto puede proyectar efectos sobre las condiciones de inclusión en el campo de aplicación y alta en el régimen correspondiente, en nuestro caso, el RETA y, especialmente a la vista de la jurisprudencia antes enunciada, para delimitar el requisito de habitualidad.

Sin embargo, sostiene el Tribunal que el criterio sistemático se opone a lo anterior ya que: i) estas previsiones se encuentran en un Título diferente al que contiene las disposiciones del RETA en el TRLGSS; (ii) su aplicación a las prestaciones del RETA se realiza en virtud de un precepto-el artículo 318.d) TRLGSS- que versa sobre la acción protectora del régimen (capítulo III del Título IV del TRLGSS) y, por tanto, ajeno a la que reglamenta el campo de aplicación y la cotización (capítulos I y II del Título IV del TRLGSS) y (iii) en definitiva, el artículo donde se sitúa -213.4 TRLGSS- regula, específicamente, la compatibilidad de la pensión de jubilación -no de otras prestaciones- con determinados trabajos por cuenta propia. Por ello, es razonable afirmar que, si el legislador hubiera pretendido matizar o concretar, con carácter general, el requisito de la habitualidad contenido en el artículo 305 del TRLGSS para el encuadramiento en el RETA, así lo habría declarado de forma clara e inequívoca, incluso modificando directamente este último precepto donde propiamente se contempla el requisito controvertido.

Y, en apoyo a lo anterior se añaden dos argumentos más: el primero, que la intención del legislador al modificar el precepto no es otra que la de permitir la compatibilidad de la jubilación con ingresos marginales y, el segundo, que el propio legislador incluye la DA 4ª en la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de reformas urgentes del trabajo autónomo, DA destinada a la procedencia de estudiar en sede de subcomisión parlamentaria, «la determinación de los diferentes elementos que condicionan el concepto de habitualidad a efectos de la incorporación a dicho régimen. En particular, se prestará especial atención a los trabajadores por cuenta propia cuyos

ingresos íntegros no superen la cuantía del salario mínimo interprofesional, en cómputo anual», una previsión que habría resultado fútil si el legislador hubiera entendido ya resuelta la cuestión con la regla incorporada en el actual artículo 213.4 del TRLGSS.

Por tanto, la conclusión que alcanza la Sala es que, con carácter general, el hecho de que los ingresos procedentes de una actividad económica sean inferiores al salario mínimo interprofesional no es un elemento excluyente de la habitualidad de dicha actividad a efectos de dar por cumplidos los requisitos exigidos por el juego de los artículos 305 y 323 del TRLGSS y del art. 1.º de la Ley 20/2007, de 11 de julio, para concluir la improcedencia del alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Ahora bien, eso no significa que el art. 214.3.º TRLGSS opere de forma estanca e impermeable a los requisitos del alta en el RETA, ni pueden preterirse las disposiciones del art. 213.4.º, porque ello vaciaría de contenido a este último, neutralizando la finalidad por la que se introdujo la norma.

En definitiva, la Sala efectúa una interpretación integrada de ambos preceptos y ello conduce a concluir lo siguiente: El régimen de compatibilidad que prevé el artículo 213.4 del TRLGSS no concreta, con carácter general, el requisito de habitualidad de las actividades por cuenta propia previsto en el artículo 305 TRLGSS. No obstante, sí condiciona el encuadramiento y alta en el RETA, impidiéndolos, cuando concorra el supuesto de hecho normativamente previsto, es decir, cuando se perciba una pensión de jubilación y se realicen trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el salario mínimo interprofesional, en cómputo anual. Y se añade a lo anterior que dicho criterio es coherente con el artículo 93 de la Orden de 24 de septiembre de 1970 por la que se dictan normas para aplicación y desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos^[7], y que esta conclusión puede entenderse reforzada también por el principio inspirador del artículo 7.5 del TRLGSS^[8]. Y ello porque, si la ley habilita al Gobierno a excluir del campo de aplicación de un régimen de la Seguridad Social a determinados trabajos que se consideren marginales en atención a la jornada o a la retribución, con mayor razón esto es posible y procedente cuando es la propia ley - aquí, el artículo 213.4 TRLGSS- la que lo contempla, aun cuando lo haga con una redacción algo imprecisa.

3. La afectación de la doctrina sentada y del art. 213.4.º TRLGSS hacia el autónomo «clásico» excluyendo al autónomo societario

Para evitar que se susciten interrogantes el Tribunal añade a lo anterior que esta conclusión es coherente con la doctrina sentada por la Sala de lo Social de este Tribunal en Sentencias como la de la STS n.º 590/2022, pronunciamiento que excluye la aplicación del actual art. 213.4 TRLGSS por tratarse de un «autónomo societario» - apartado segundo del art. 305 TRLGSS- y no de un «autónomo clásico» - apartado primero del art. 305 TRLGSS- dado que en el caso del autónomo clásico el alta lo es por el desarrollo de una actividad específica que no genera obligación de cotizar por prestaciones ni va a generar prestaciones en ese ámbito de la seguridad social, mientras que en el caso del autónomo societario el alta en el RETA se produce por el desarrollo de una actividad societaria, una doctrina que se refleja en el pronunciamiento del Alto Tribunal de 23 de julio de 2021^[9] ya que el autónomo societario no presta servicios por cuenta propia sino que lo hace por cuenta de la sociedad de capital, que es quien corre exclusivamente con los gastos del negocio y solo el autónomo «clásico» asume los riesgos del negocio.

4. Los ingresos computables a efectos de la aplicación del art. 213.4.º TRLGSS son los netos

Aunque la Sala admite que la cuestión referida a precisar si la cuantía que ha de considerarse a efectos del cálculo de ingresos (bruta o la neta) solo debería resolverse si hubiéramos concluido que el hecho de que los ingresos procedentes de una actividad económica sean inferiores al Salario Mínimo Interprofesional sí es un elemento excluyente de la habitualidad de dicha actividad, entiende que es una

cuestión que debe resolverse igualmente ya que el cómputo de los referidos ingresos es relevante a efectos de la aplicación del art. 213.4 TRLGSS, que -como también hemos concluido- excluye el alta en el RETA cuando se trate de un jubilado con pensión contributiva que desempeñe un trabajo por cuenta propia y no se superen los límites cuantitativos de ingresos allí previstos.

Se trata, pues, de determinar si, a los exclusivos efectos del artículo 213.4 TRLGSS, para analizar la compatibilidad de la pensión con los trabajos por cuenta propia que en él se contemplan, deben tomarse en consideración los ingresos anuales brutos o los netos. Y, a este respecto se acude a los arts. 50^[10] y 59.1.^[11] del TRLGSS ya que estos preceptos imponen que de los rendimientos íntegros procedentes del trabajo, de capital y de actividades económicas percibidos por el pensionista y computados en los términos establecidos en la legislación fiscal se excluyan los gastos deducibles de acuerdo con dicha legislación, una regulación que es inequívoca y que se introduce por la Ley 27/2011, la misma Ley que introdujo el apartado 4 del art. 165 del TRLGSS de 1994, antecedente del 213.4 TRLGSS aquí aplicado; no hay, pues, indicación alguna de que el legislador pretendiese sustraer de esta forma de cómputo, los requisitos cuantitativos establecido para la aplicación de esta compatibilidad, cuando reguló un extremo y otro en el mismo instrumento normativo.

En consecuencia, a los efectos del art. 213.4 TRLGSS, los ingresos anuales deben computarse conforme a los parámetros fijados por la legislación fiscal y en términos netos, es decir, excluyendo de los rendimientos íntegros los gastos deducibles de acuerdo con dicha legislación fiscal. La mención que el precepto hace a los ingresos anuales «totales» no contradice lo anterior ni puede interpretarse como referencia a los ingresos brutos, sino que ello solamente impone que se tomen en consideración los ingresos de todos los trabajos por cuenta propia en conjunto y no de forma aislada para cada trabajo o actividad.

VII. Pasajes decisivos

Conforme a los razonamientos jurídicos expuestos, esta Sala, dando respuesta a las cuestiones planteadas en este recurso de casación que presentan interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, y en interpretación de los artículos 305, 323, 213.4 y 50 y 59 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, declara:

1.- El hecho de que los ingresos procedentes de una actividad económica sean inferiores al Salario Mínimo Interprofesional no es, con carácter general, un elemento excluyente de la habitualidad de dicha actividad a efectos de dar por cumplidos los requisitos exigidos por el juego de los artículos 305 y 323 del TRLGSS y del artículo 1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio para concluir la procedencia del alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos; si bien la comparación de los ingresos con la cifra del Salario Mínimo Interprofesional constituye un indicio apto para analizar la concurrencia del requisito de habitualidad, cuyo mayor o menor vigor debe apreciarse en atención a la normativa reguladora y las características propias de cada actividad.

2.- Ahora bien, cuando sea de aplicación lo dispuesto en el artículo 213.4 del TRLGSS, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, el encuadramiento y alta en el RETA del pensionista de jubilación no procede cuando concorra el supuesto de hecho allí previsto, es decir, que perciba una pensión de jubilación contributiva y realice trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el salario mínimo interprofesional, en cómputo anual; sin que proceda, en tal caso, analizar la concurrencia o no del requisito de habitualidad.

3. A los efectos del artículo 213.4 del TRLGSS, los ingresos anuales deben computarse conforme a los parámetros fijados por la legislación fiscal y en términos netos, es decir, excluyendo de los rendimientos íntegros los gastos deducibles de acuerdo con dicha legislación fiscal.

VIII. Aplicación de la doctrina al supuesto de autos

Aplicando dicha doctrina al supuesto de autos, procedería, en principio, estimar el recurso de casación sobre la sola constatación de que los ingresos del pensionista no superaban la cifra del salario mínimo interprofesional. Ahora bien, aunque la argumentación de la sentencia recurrida no se cohonestaba exactamente con la que hemos establecido, su decisión estimatoria del recurso contencioso-administrativo debe ser mantenida, con desestimación del recurso de casación, en aplicación de la doctrina sobre el principio de efecto útil del recurso de casación, que, en síntesis, impide que prospere éste cuando, pese a no ser conformes a Derecho los argumentos y razonamientos de la sentencia recurrida, bien en todo o en parte, de forma que ello no deba traducirse en el éxito de la pretensión estimatoria en casación, por ser ajustada a Derecho la decisión final. En efecto, en este caso, D. Rogelio se encontraba en situación de pensionista, por lo que resulta de aplicación el artículo 213.4 TRLGSS que, como hemos afirmado, condiciona el encuadramiento y alta en el RETA del pensionista de jubilación, impidiéndola cuando perciba una pensión de jubilación y realice trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el salario mínimo interprofesional, en cómputo anual. Y a los efectos del artículo 213.4 TRLGSS, y por aplicación de los arts. 50 y 59 TRLGSS, los ingresos anuales deben computarse conforme a los parámetros fijados por la legislación fiscal y en términos netos, es decir, excluyendo de los rendimientos íntegros los gastos deducibles de acuerdo con dicha legislación fiscal, y dado que dichos rendimientos eran negativos, no se superaba la cifra del salario mínimo interprofesional, lo que impide, por mor del artículo 213.4 del TRLGSS, el encuadramiento y alta en el RETA por dichas actividades, sin que resulte relevante analizar, por consiguiente, la concurrencia o no del requisito de habitualidad.

IX. Comentario

Nuestro Sistema de Seguridad Social es público y obligatorio, lo que significa que cuando aparecen los presupuestos que delimitan la existencia de una actividad autónoma descrita por la norma se obliga a que el sujeto deba encuadrarse, se dé de alta y cotice al Régimen correspondiente. A efectos del RETA -y del SETA también, ya que los arts. 323 y 324 se remiten al art. 305 TRLGSS- el precepto clave en el que aparecen las notas que debe acreditar un trabajador autónomo para encuadrarse en el RETA es el actual art. 305 TRLGSS, norma reiterada casi en los mismos términos en el art. 2.º de la Ley 20/2007 y que repite también lo que ya decía el arcaico y preconstitucional Decreto 2530/1970, de 20 de agosto.

Así, como podemos leer en el art. 305 TRLGSS, están incluidas en el RETA las personas físicas mayores de dieciocho años 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, en los términos y condiciones que se determinen en esta ley y en sus normas de aplicación y desarrollo. De esta forma, la actividad económica o profesional del autónomo “clásico” debe aparecer y debe efectuarse de forma personal y directa y, además tiene que realizarse a título lucrativo o generar un beneficio económico y debe existir dicha actividad forma habitual, habiendo sido esta última, la habitualidad que se le exige el autónomo, el concepto jurídico indeterminado que no ha sido suficientemente explicitado por el legislador y sobre el que la jurisprudencia del Alto Tribunal no parecía haber trazado, hasta ahora, una doctrina unánime o, al menos, suficientemente explícita^[12].

Literalmente la habitualidad haría referencia a un hábito y exigiría regularidad; el problema ha sido que, por motivos obvios, no siempre es fácil tener indicios para saber si una actividad autónoma se desarrolla con dicha continuidad o regularidad; por eso, los Tribunales han conectado muy frecuentemente la percepción de rendimientos con la aparición de la habitualidad y si aparecen altos rendimientos todos los meses es claro que la habitualidad aparece; pero no existe una medida de dicha habitualidad y hay ciertas actividades en las que no contamos con otros indicios -excepto el elemento retributivo- desde de los que deduzcamos que la actividad se desarrolla regularmente. De ahí que el Alto Tribunal señalara hace ya muchos años que la percepción de los

rendimientos puede ser un indicio de habitualidad y hasta se usó la cuantía del SMI como medida de habitualidad que excluye el alta en el RETA en dos colectivos muy particulares: en el caso de los subagentes de seguros y en el caso de los vendedores ambulantes. Pero eso no significa, como claramente concluye ahora la Sentencia del Alto Tribunal que aquí comentamos, que si los rendimientos que se cobran están por debajo del SMI desaparezca la habitualidad automáticamente -tal como se concluye en la Sentencia del TSJ aquí recurrida- y, por tanto, que no deba darse de alta al sujeto en el RETA. Por lo tanto, el que los ingresos procedentes de una actividad sean inferiores al SMI no es un elemento excluyente de la habitualidad; no obstante, lo anterior no significa que la comparación de los ingresos con la cifra del SMI sí sirva como un indicio apto para analizar la concurrencia del requisito de habitualidad, aunque el vigor de dicha habitualidad se aprecie realmente a tenor de la normativa reguladora y de las características de la actividad, de manera que la conclusión puede ser diferente en cada caso y, por tanto, no hay una solución automática o unívoca. Así pues, el SMI serviría como un indicio más, pero no es el único de la existencia de habitualidad.

No obstante, hay ciertas normas que acuden al SMI como parámetro y podrían conducir a soluciones diferentes. Así ocurre precisamente con el art. 213.4.º TRLGSS, precepto que no obliga a cotizar por las actividades cuyos ingresos anuales totales no superen el SMI cuando se compatibilice la jubilación con el trabajo autónomo: ¿podría servir este precepto para concretar el requisito de habitualidad para el encuadramiento en el RETA? El Alto tribunal entiende que no y concluye que si el legislador hubiera querido concretar la habitualidad del art. 305 TRLGSS tendría que haberlo declarado así de forma clara e inequívoca en el mismo precepto. Pero el art. 213.4.º TRLGSS sí condiciona el encuadramiento y el alta en el RETA impidiéndola cuando se perciba una pensión de jubilación y se realicen trabajos por cuenta propia cuyos rendimientos netos anuales no superen el SMI, supuesto que es, precisamente, el que concurre aquí.

X. Apunte final

Queda claro, pues, que la habitualidad o el alta en el RETA no puede condicionarse a la percepción de rendimientos y que el legislador ya ha renunciado a regular el trabajo autónomo a tiempo parcial ya que el nuevo sistema de cotización por rendimientos reales serviría para cubrir las situaciones en las que la actividad autónoma proporciona escasos rendimientos, norma que curiosamente nos conduce a que se exija cotizar si los rendimientos son inferiores a 670 euros mensuales, lo que rebajaría ese indicio de habitualidad por debajo del límite del SMI^[13]. Por lo demás, existen otras normas del RETA que siguen haciendo uso de la vara de medir del SMI para proporcionar beneficios a los autónomos con escasos recursos, valga así, como ejemplo, la prórroga de la tarifa plana que pueden disfrutar los autónomos que perciban rendimientos por debajo del SMI -art. 38.ter.2 de la Ley 20/2007-.

Referencias:

1. ^ *N.º recurso 3013/2022.*
2. ^ *N.º rec. 688/1987.*
3. ^ *N.º rec. 2705/1987.*
4. ^ *N.º rec. 406/1997.*
5. ^ *N.º rec. 895/2002.*
6. ^ *N.º rec. 5006/2005.*
7. ^ *Que señala lo siguiente: «1. El disfrute de la pensión de vejez será incompatible con todo trabajo del pensionista, por cuenta propia o ajena,*

que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación de este Régimen Especial del Régimen General o de alguno de los demás Regímenes Especiales a que se refiere el artículo 10 de la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974».

8. ^ «5. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores del presente artículo, el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Empleo y Seguridad Social y oídos las organizaciones sindicales más representativas o el colegio oficial competente, podrá, a instancia de los interesados, excluir del campo de aplicación del régimen de la Seguridad Social correspondiente, a las personas cuyo trabajo por cuenta ajena, en atención a su jornada o a su retribución, pueda considerarse marginal y no constitutivo de medio fundamental de vida».
9. ^ N.º rec. 842/2021
10. ^ «Artículo 50. Cómputo de ingresos a efectos del reconocimiento o mantenimiento del derecho a prestaciones. Cuando se exija, legal o reglamentariamente, la no superación de un determinado límite de ingresos para el acceso o el mantenimiento del derecho a prestaciones comprendidas en el ámbito de la acción protectora de esta ley, distintas de las pensiones no contributivas y de las prestaciones por desempleo, se considerarán como tales ingresos los rendimientos del trabajo, del capital y de actividades económicas y las ganancias patrimoniales, en los mismos términos en que son computados en el artículo 59.1 para el reconocimiento de los mínimos de pensiones».
11. ^ «A efectos del reconocimiento de los complementos por mínimos de las pensiones contributivas de la Seguridad Social, de los rendimientos íntegros procedentes del trabajo, de capital y de actividades económicas percibidos por el pensionista y computados en los términos establecidos en la legislación fiscal, se excluirán los gastos deducibles de acuerdo con dicha legislación».
12. ^ Vid. a este respecto, LOPEZ ANIORTE, M.C., *El difuso concepto de trabajador por cuenta propia o autónomo. De la eventual cuantificación económica de la "habitualidad" al reconocimiento del trabajo autónomo a tiempo parcial*, *Relaciones Laborales*, n.º 9, 2013 o BALLESTER PASTOR, I., *¿Existe una medida de "habitualidad" objetiva que obligue al encuadramiento de los trabajadores autónomos en el RETA? ¿Existe para los subagentes de seguros?* *Aranzadi Social*, n.º 5, 2002.
13. ^ Vid. DT 1ª del RDL 13/2022, de 26 de julio.

§ 75 La revisión de oficio por la Tesorería General de la Seguridad Social de actos de declarativos de encuadramiento: la sombra alargada del artículo 146.1 y 2 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Juan Martínez Moya

Magistrado del Tribunal Supremo.

Resumen: *En los supuestos en que la Tesorería General de la Seguridad Social aprecie la existencia de diferencias en la tarificación debidas a omisiones o inexactitudes constatadas en las declaraciones del beneficiario, puede instar el procedimiento de revisión de oficio y, por tanto, no deberá interesar la revisión ante la jurisdicción social.*

Palabras clave: *Actos declarativos. Encuadramiento. Revisión de oficio. Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS).*

Abstract: *Ans les cas où la Trésorerie Générale de la Sécurité Sociale (TGSS) constate des différences tarifaires dues à des omissions ou à des inexactitudes constatées dans les déclarations du bénéficiaire, elle peut engager la procédure de contrôle d'office et, par conséquent, le contrôle ne devrait pas intéresser les tribunaux du travail.*

Keywords: *Actes déclaratoires. Cadre. Examen d'office. Trésorerie Générale de la Sécurité Sociale (TGSS).*

I. Introducción

La Seguridad Social es una materia escindida a efectos jurisdiccionales^[1]. El origen de esta escisión es antiguo y está relacionado con la propia distribución de competencias entre la Administración del Estado y los organismos gestores. Una brecha de esta escisión, en apariencia más amplia, se produce cuando se trata de los Servicios Comunes, como es la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) planteándose a cuestión de la legalidad de la revisión de oficio realizada por dicha TGSS respecto a la tarificación aplicada a determinados trabajadores que, en el caso, prestan sus servicios en la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía.

La sentencia seleccionada para el comentario es la del TS (Sala 3.ª) 1086/2025 de 21 de julio^[2] que aborda la cuestión sobre si dicha revisión, que afecta a actos declarativos de derechos, puede realizarse sin acudir a la jurisdicción social cuando se basa en omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario.

En la doctrina que contiene esta resolución judicial afloran dos aspectos de interés:

1.º) No se comprende sin la influencia del relevante Auto TS de la Sala Especial de Conflictos de 25 de abril de 2023, que supuso un cambio de criterio respecto del que hasta entonces seguía esta Sala en relación con las facultades revisoras de la

Tesorería General de la Seguridad Social respecto de la revisión de oficio de los actos de tarificación.

2.º) Un precepto procesal laboral, el artículo 146 de la LRJS, sobre revisión de actos declarativo de derechos, que deja fuera a la TGSS de su radio de acción circunscribirse la materia de dicho artículo a la actividad prestacional, es objeto de interpretación por la Sala 3.ª del TS. Precepto que, como veremos, proyecta su regulación, indirectamente, en el caso planteado al aplicar los apartados 4 y 5 del art. 16 LGSS y la disposición reglamentaria vigente (art. 55 Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores de la Seguridad Social).

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 3.ª).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 1086/2025 de 21 de julio.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de casación núm. 7752/2021.

ECLI:ES:TS:2025:3695.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm. Sra. Dña. Berta María Santillán Pedrosa.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

*La sentencia núm. 2581/2021, de 28 de junio, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía contra la resolución de 18 de septiembre de 2018 dictada por la Dirección Provincial de Granada de la Tesorería General de la Seguridad Social que acordó asignar una tarificación -código cuenta de cotización- al colectivo con las categorías profesionales incluidas en el grupo profesional de Bomberos Forestales.

*El fundamento de la desestimación del recurso el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía quedó centrado en la consideración de que la Tesorería General de la Seguridad Social podía, al amparo del artículo 55.2 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, revisar de oficio sus propios actos de tarificación y encuadramiento siempre que se estuviera ante una revisión motivada por la constatación de omisiones o inexactitudes en las solicitudes y demás declaraciones del beneficiario, en este caso la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía.

*Mediante Auto TS (Sala 3.ª) 15094/2022^[3], de 3 de noviembre:

1.º Admite a trámite el recurso de casación.

2.º Precisa que, la cuestión en la que, en principio, se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, es la delimitación de los supuestos en los que las omisiones e inexactitudes constatadas en las declaraciones del beneficiario permiten la revisión de oficio por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social.

3.º Identifica como normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación las contenidas en el artículo 146 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, de

la Ley reguladora de la jurisdicción social, sin perjuicio de que la sentencia pueda extenderse a otras cuestiones y normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.

IV. Posición de las partes

1.º - Parte recurrente:

En el escrito de interposición del recurso de casación, la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía, sostiene que debe considerarse como declarativo de derechos cualquier acto del que el interesado o destinatario obtenga algún tipo de situación jurídica ventajosa y que, para la revisión de éstos, la Tesorería General de la Seguridad Social debe seguir los cauces del artículo 146.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, y que, por tanto, no puede la TGSS revisar de oficio o por sí misma su contenido en perjuicio de la Agencia, debiendo plantear demanda ante la jurisdicción competente dentro del plazo de prescripción de cuatro años.

2.º - Parte recurrida:

La Tesorería General de la Seguridad Social solicita la desestimación del recurso de casación y que, en consecuencia, se confirme la sentencia recurrida.

Parte de la base de que la revisión de todos los actos de gestión recaudatoria y, entre ellos, los de tarificación, son fiscalizables, en todo caso, por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y no por la Jurisdicción Social, como se desprende del artículo 3.f) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social de lo que deduce la inaplicabilidad del artículo 146 de la Ley 36/2011 invocado por la recurrente. Y ello, aun cuando, conforme al artículo 55 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, dicha revisión pudiera afectar a actos declarativos de derechos en perjuicio de los beneficiarios de los mismos, a la vista del artículo 47.1 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, si bien entiende, en línea con la sentencia recurrida, que en este caso no se trata de actos declarativos de derechos sino de actos de gravamen.

Concluye afirmando que «los actos de gestión recaudatoria derivados de las actuaciones de la ITSS y consistentes en la revisión de la cotización por contingencias profesionales o «tarificación» tiene cobertura en las facultades de revisión de oficio que asisten a la TGSS al tratarse de un acto de gravamen, que no declarativo de derechos en perjuicio del interesado, correspondiendo su control en todo caso al ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, que es la única competente sobre la materia de liquidación, cotización y recaudación».

V. Normativa aplicable al caso

****Normativa objeto de interpretación directa:***

+ Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores de la Seguridad Social:

-Art. 55: facultades de revisión: límites. Rectificación de errores.

Del mismo cuerpo normativo, se concuerda con los artículos 5 (obligatoriedad de la inscripción y otras comunicaciones con el empresario) y 54 (facultades de control)

+ Ley 26/2011, de 12 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social:

-Artículo 146: revisión de actos declarativos de derechos.

También del mismo texto procesal se tiene en cuenta el artículo 3 (materias excluidas del orden social) apartado f).

**Otra normativa aledaña tenida en cuenta:*

+ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social: artículos 18,1 (obligatoriedad de la cotización); 21 (competencia); 21 (liquidación e ingreso de las cuotas y demás recursos); 16.4 y 16.5 (afiliación, altas, bajas y variaciones de datos).

+ Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social. Art. 1 (concepto y objeto de la gestión recaudatoria); art. 47 (revisión de oficio)

+ Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social: Artículo 11 (Tipos de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales); art. 91 (impugnación de los actos de liquidación) y disposición adicional primera.

VI. Doctrina básica

1.º - Interpreta el ámbito subjetivo del artículo 146.2 de la LRJS y el art. el artículo 55 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores de la Seguridad Social, con fundamento en el Auto de la Sala Especial de Conflictos Colectivos de 25 de abril de 2023, que supuso un cambio de criterio respecto del que hasta entonces seguía esta Sala en relación con las facultades revisoras de la Tesorería General de la Seguridad Social respecto de la revisión de oficio de los actos de tarificación.

2.º - En este sentido, la sentencia comentada sigue el precedente (STS Cont.) de 7 de mayo de 2024, recurso núm. 5078/2021, y de la misma se desprende la siguiente doctrina:

(A) La excepción al régimen general de revisión de actos declarativos de derechos, contemplado en el primer inciso del artículo 146.2 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social, solo permite a las Entidades, órganos u Organismos gestores de la Seguridad Social evitar acudir al Juzgado de lo Social, a través de la preceptiva demanda, cuando la revisión sea para corregir errores materiales, de hecho evidentes, errores aritméticos, o por omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario.

(B) La ausencia de actividad prestacional de la Tesorería General de la Seguridad Social determina que no se le pueda aplicar el artículo 146 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.

(C) Ahora bien, si la Tesorería General de la Seguridad Social detecta diferencias en la cotización por omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario, puede iniciar un procedimiento de revisión de oficio y no necesita solicitar la revisión ante la Jurisdicción social, con fundamento normativo en el artículo 16.4 y 5 de la LGSS (ap. 5 reformado por el Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero), siendo la normativa reglamentaria a la que alude el art. 55 del RD 84/1996, de 26 de enero (no reformado) Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores de la Seguridad Social-, lo que se ve reforzado por la reforma legislativa operada por la Ley 3/2023, de 28-2, de Empleo, cuya disposición final novena suprime la letra d) del art. 148 LRJS, referido al ámbito de aplicación del procedimiento de oficio y del de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social no prestacionales

(D) Recuerda que, en todo caso, corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa el conocimiento de las impugnaciones que frente a dichas resoluciones puedan efectuar los interesados (art. 3 f) LRJS).

VII. Parte dispositiva

1.º - Pronunciamiento principal

Declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía, contra la sentencia núm. 2581/2021, de 28 de junio, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, en el recurso contencioso-administrativo núm. 97/2019.

2.º - Pronunciamientos accesorios

No impone las costas procesales causadas en el recurso de casación.

VIII. Pasajes decisivos

*Fjco Cuarto:

"En el auto de admisión de 3 de noviembre de 2022 dictado por la Sección Primera de esta Sala se señala que la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en delimitar los supuestos en los que las omisiones e inexactitudes constatadas en las declaraciones del beneficiario permiten la revisión de oficio por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social.

El auto identifica la norma jurídica que ha de ser objeto de interpretación: el artículo 146 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.

[...]

La Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo examinó el conflicto negativo de competencia suscitado entre la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y el Juzgado de lo Social n.º 3 de Vitoria.

La citada Sala Especial dictó Auto en fecha 25 de abril de 2023 en el Procedimiento n.º 21/2022 -posteriormente reiterado en Auto de 3 de octubre de 2023 (Procedimiento n.º 7/2023)- en el que declaró que la Tesorería General de la Seguridad Social podía revisar de oficio los actos de encuadramiento realizados a instancia de la autoridad laboral correspondiendo el conocimiento de su impugnación a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Conclusión que obtiene en base a los siguientes razonamientos jurídicos:

«- La TGSS no es una de las entidades gestoras de la Seguridad Social enumeradas en el art. 66 LGSS [...]. En consecuencia, la TGSS no realiza actividad prestacional».

El auto citado continua su razonamiento jurídico indicando que la ausencia de actividad prestacional de la Tesorería General de la Seguridad Social determina que no se le pueda aplicar el artículo 146 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social [...].

- Por el contrario, la normativa aplicable al respecto a la TGSS es la que se desprende de los apartados 4 y 5 del art. 16 LGSS.

- En definitiva, este criterio y la reforma legislativa a que se acaba de hacer mención no hacen sino confirmar en toda su dimensión la exclusión de conocimiento de los órganos del orden social sobre las materias relacionadas con los denominados actos de encuadramiento, en los términos contemplados en el art. 3.f) LRJS [...]

*Fjco Quinto:

«[...] la interpretación efectuada por la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo supuso, como ya hemos expuesto, un cambio de criterio respecto del que hasta entonces seguía esta Sala en relación con las facultades

revisoras de la Tesorería General de la Seguridad Social respecto de la revisión de oficio de los actos de tarificación, entre otros, como es el que se analiza en la sentencia impugnada.

La seguridad jurídica exige que acudamos para resolver el presente recurso de casación a los fundamentos de derecho recogidos en la sentencia dictada por esta misma Sala en fecha 7 de mayo de 2024, recurso n.º 5078/2021 [...]: "En fin, la competencia hoy de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocer de las impugnaciones en esta materia está fuera de discusión, no solo al amparo de la cláusula general del artículo 1 LJCA, sino incluso por la referencia específica que efectúa el artículo 42.2 de la LJCA a los actos de encuadramiento en materia de Seguridad Social"

[...]

«Por tanto, de acuerdo con los razonamientos de la sentencia referida, podemos ahora concluir que la Tesorería General de la Seguridad Social puede revisar de oficio actos declarativos de derechos cuando las modificaciones efectuadas en los datos de tarificación, como sucede en el caso examinado, se deban a omisiones o inexactitudes en los datos aportados por los beneficiarios y, en todo caso, corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa el conocimiento de las impugnaciones que frente a dichas resoluciones puedan efectuar los interesados».

IX. Comentario

1. El valor persuasivo de un Auto de la Sala de Conflictos para reorientar una doctrina jurisprudencial

Es criterio admitido que las resoluciones dictadas por la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo no crean doctrina jurisprudencial^[4]. Ello no significa que, en general, no tenga un alto valor persuasivo, aledaño a cierta vinculación, pues la finalidad de lograr seguridad jurídica en clave de generar expectativas de conducta en los tribunales es fundamental.

Pero hay ocasiones que, por la temática tratada y la profundidad del análisis jurídico que despliegan, y, provocan cambios o rectificaciones del rumbo doctrinal en una materia. Buen ejemplo de ello es la influencia del Auto TS (conocida como Sala del art. 42 Ley Orgánica del Poder Judicial) de 25 de abril de 2023^[5] que declaró la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, y así de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, exclusión de conocimiento de los órganos del orden social sobre las materias relacionados con los denominados actos de encuadramiento, en los términos contemplados en el art. 3.f) LRJS. Ese Auto cuya misión, no olvidemos, es resolver un conflicto de competencias entre los órdenes jurisdiccional social y contencioso-administrativo, se adentra, inevitablemente, en la temática de fondo (también de naturaleza procesal) cuando «deja constancia de que la Sala Tercera del TS viene manteniendo que la TGSS no puede revisar por vía administrativa el alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social», si bien puntualiza que no obstante, se considera que existen argumentos para entender que la TGSS sí puede revisar por sí misma los denominados «actos de encuadramiento» -incluido el alta en el correspondiente régimen de la Seguridad Social, en el caso, el RETA- y que la impugnación de las decisiones que adopte al respecto corresponde al conocimiento de los órganos del orden contencioso-administrativo.

2. La influencia del 146 de la LRJS, pese a no ser aplicable a la a la TGSS en la revisión de oficio de actos declarativos

El art. 146 LRJS regula un verdadero proceso de lesividad que se constituye en el cauce adecuado para dispensar tutela judicial a la Seguridad Social cuando ésta pretenda revocar extinguiendo o modificando en perjuicio de sus beneficiarios sus actos firmes declarativos de derechos, habida cuenta de que la misma norma

reguladora de dicho cauce procesal impide a las entidades gestoras la revisión de oficio, consagrando un principio de heterotutela para estos casos.^[6]

El art. 146 LJS, en esencia, por una parte, incorporó una precedente doctrina jurisdiccional sobre la imposibilidad de que el ente gestor revise por sí mismo lo que ha reconocido con anterioridad y la limitación a la revisión de actos declarativos que se lleva a cabo en perjuicio de sus beneficiarios y silencio —y, por tanto, permite de manera implícita— la revisión que sea favorable para el titular de los derechos. Y por otro lado, establece una serie de excepciones al principio general de que los órganos de la Seguridad Social no pueden ir válidamente contra sus propios actos realizados con la finalidad de reconocer derechos. Excepciones que sirven para evitar que su exigencia no se transforme en excesiva rigidez «perturbadora de la gestión de la Seguridad Social, las excepciones de error de hecho, error de cuenta, de informaciones obligadas omitidas por los interesados, así como los supuestos en los que la revisión está expresamente autorizada por la correspondiente norma legal».

Ahora bien, como dijo la Sala de Conflictos del TS en el indicado auto, el artículo 146 LRJS no es aplicable a la TGSS, porque no es una de las entidades gestoras de la Seguridad Social enumeradas en el art. 66 LGSS. Respecto de la TGSS la normativa aplicable es la que se desprende de los apartados 4 y 5 del art. 16 LGSS. Y ello confirma en toda su dimensión la exclusión de conocimiento de los órganos del orden social sobre las materias relacionadas con los denominados actos de encuadramiento, en los términos contemplados en el art. 3.f) LRJS.

Este criterio de atribución competencial no se quedó ahí. Proyectó luces largas. Ha entrañado, un cambio de criterio, del que es botó de muestra la sentencia analizada, respecto del que hasta entonces seguía esta Sala en relación con las facultades revisoras de la Tesorería General de la Seguridad Social respecto de la revisión de oficio de los actos de tarificación. Ahora, la Tesorería General de la Seguridad Social puede revisar de oficio actos declarativos de derechos cuando las modificaciones efectuadas en los datos de tarificación, como sucede en el caso examinado, se deban a omisiones o inexactitudes en los datos aportados por los beneficiarios y, en todo caso, corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa el conocimiento de las impugnaciones que frente a dichas resoluciones puedan efectuar los interesados.

Este nuevo criterio, haría abandonar la doctrina contenida en otros precedentes de la misma Sala contencioso-administrativa (vgr. STS, Contencioso sección 3 27 de septiembre de 2021)^[7] en supuestos de resolución de anulación de alta en el Sistema Especial de Empleados de Hogar del Régimen General de la Seguridad Social por «simulación» de la propia relación laboral, que es la base y el presupuesto mismo del alta del trabajador en la Seguridad Social, entendiendo que estábamos ante la revisión de actos declarativos de derechos de la Seguridad Social lo que no podía llevarse de oficio, sino que ordenaba a que fuera instada dicha revisión en vía jurisdiccional presentando la oportuna demanda. Tengamos en cuenta que la jurisprudencia contencioso-administrativa^[8], con relación a la revisión de actos declarativos de derechos de la Seguridad Social venía señalando la Administración no puede por sí sola dejar sin efecto sus actos declarativos de derechos, sino que se impone a ésta la carga de acudir ante el correspondiente órgano jurisdiccional y demostrar la ilegalidad del acto. Las únicas dos excepciones a dicha regla general son: 1.ª que se trate de una mera rectificación de errores de hecho, materiales y aritméticos; y 2.ª que la revisión venga ocasionada por omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario. En ese caso, la Seguridad Social había procedido por sí sola, sin presentar la correspondiente demanda ante el Juzgado de lo Social, a revisar un propio acto declarativo de derechos y sin que concurriera ninguna de las anteriores excepciones, por lo que el TS anuló la resolución por la que se dejaba sin efecto la inclusión del afectado en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar.

3. La jurisprudencia social sobre el art. 146 LRJS en el contexto

Mientras tanto, la jurisprudencia social sobre la materia, y particular, con relación al art. 146 LRJS sigue su curso. La problemática judicial ha estado, sin embargo, más

centrada en las facultades revisorias en materia de desempleo por parte del Servicio Público de Empleo Estatal. Entre otras, la sentencia del TS (Social) de 22 de noviembre de 2022^[9] (ECLI:ES:TS:2022:4362) nos recuerda que: «(...) 1.- el artículo 146 LRJS establece, bajo el título "Revisión de actos declarativos de derechos", (...) en su primer apartado incluye la norma general en esta materia, al disponer que "Las Entidades, órganos u Organismos gestores, o el Fondo de Garantía Salarial no podrán revisar por sí mismos sus actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios, debiendo, en su caso, solicitar la revisión ante el Juzgado de lo Social competente, mediante la oportuna demanda que se dirigirá contra el beneficiario del derecho reconocido"».

Seguidamente regula diferentes excepciones a esta regla, con las que habilita la posibilidad de que las entidades gestoras de las prestaciones de seguridad social puedan revisar de oficio sus anteriores resoluciones en perjuicio del beneficiario, sin necesidad de acudir para ello a la vía judicial.

Estas excepciones comprenden dos distintos supuestos y situaciones jurídicas : a) de una parte, habilita a todas las entidades gestoras para revisar de oficio sus actos declarativos de derecho, cuando se trate de rectificar errores materiales o de hecho y los aritméticos, o bien se constate la existencia de omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario. Y b) de otra, en favor de la entidad gestora de las prestaciones de desempleo, autoriza al SPEE a revisar los actos en materia de protección de desempleo, siempre que lo haga dentro del plazo máximo de un año desde la resolución administrativa que no hubiere sido impugnada.

X. Apunte final

En el breve recorrido de este comentario hemos dejado algunos hitos que llaman a reflexionar sobre el orden jurisdiccional competente; sobre la inaplicabilidad del art. 146 LRJS a la revisión de oficio de actos declarativos por parte de la TGSS; y la influencia decisiva de un Auto de la Sala de Conflictos del TS (art. 42 LOPJ), que ese a no tener valor de jurisprudencia, decide no solo lo competencial sino también se adentra en la delimitación y clarificación de la normativa en materia de revisión de actos de declarativos de derechos.

Sobre las cuestiones referidas al orden jurisdiccional competente en materia de encuadramiento, podrá afirmarse que ya están superadas, tanto por la propia evolución legislativa como los criterios jurisprudenciales sociales y contencioso-administrativos que se han venido sucediendo.

Ahora bien, calificar que es cuestión superada, no significa que dogmáticamente no hayan desaparecido las aristas. Rescato la opinión solvente de dos prestigiosos magistrados, Aurelio Desdentado (magistrado TS, Social) y Rafael Fernández Montalvo (magistrado TS C-Administrativo), cuando alertaban hace tiempo de que "la atribución de la jurisdicción en materia de actos de encuadramiento al orden contencioso-administrativo es cuestionable, porque en el encuadramiento se decide una cuestión fundamental en materia de Seguridad Social: la cuestión relativa a si una persona está protegida o no y en qué régimen y ésta es una cuestión reservada al orden social (art. 9.5 LOPJ)"^[10].

En la introducción aludíamos a que esta sentencia venía a confirmar la brecha entre jurisdicciones, pero decíamos que esa ampliación de diferencias es más aparente que real. Porque la sentencia comentada es un buen ejemplo de un "acercamiento crítico entre el proceso social y el proceso contencioso-administrativo"^[11], del que, con convenientes reformas procesales, podrían salir beneficiados los dos procesos y la unificación de la jurisdicción de la materia laboral y de Seguridad Social en el orden social es la mejor solución en términos de especialización y de coherencia. Quizá sea un buen motivo para poner rumbo (de nuevo) a esta tarea.

Referencias:

1. ^ Desdentado Bonete, A y Fernández Montalvo, Rafael, *La delimitación de competencias entre el orden contencioso-administrativo y el orden social en materia de Seguridad Social. Materias sociales objeto de conocimiento por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo Manuales de Formación Continuada N.º volumen: 33 Año: 2005. Consejo General del Poder Judicial.*
2. ^ ECLI:ES:TS:2025:3695 que sigue el precedente STS Cont. de 7 de mayo de 2024, recurso núm. 5078/2021.
3. ^ ECLI:ES:TS:2022:15094A – Ponente, Excmo. Sr. Antonio Fonseca-Herrero Raimundo
4. ^ STS, Civil 22 de abril de 2003 (ROJ: STS 2793/2003 - ECLI:ES:TS:2003:2793 Recurso: 2752/1997
5. ^ ECLI:ES:TS:2023:5030A, Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio García-Perrote Escartín
6. ^ Mercedes López Balaguer, *Comentario al artículo 146. Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Dir. Ángel Blasco Pellicer Tirant lo blanch, Valencia, 2025 págs. 970-971*
7. ^ ECLI:ES:TS:2021:3542
8. ^ Cfr. también STS, Contencioso sección 4, de 8 de julio de 204 - ECLI:ES:TS:2014:2871-
9. ^ ECLI:ES:TS:2022:4362
10. ^ Desdentado Bonete, A y Fernández Montalvo, Rafael , *La delimitación de competencias entre el orden contencioso-administrativo y el orden social en materia de Seguridad Social. Materias sociales objeto de conocimiento por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo Manuales de Formación Continuada N.º volumen: 33 Año: 2005. Consejo General del Poder Judicial.*
11. ^ Tomo la expresión de Desdentado Bonete, en *La nueva jurisdicción contencioso-Competencias del orden social tras la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Cuadernos de Derecho Judicial N.º volumen: 6 Año: 1999*

§ 76 Inclusión de las dietas por embarque en alta mar en la retribución de las vacaciones.

Elena Lasaosa Irigoyen

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos.

Resumen: *El Tribunal Supremo debe determinar en esta ocasión la naturaleza salarial o extrasalarial de unas llamadas «dietas», que percibe el trabajador durante el tiempo que permanece embarcado en un buque en alta mar, para resolver la controversia sobre si esta partida debe incluirse en cálculo del salario vacacional.*

Palabras clave: *Retribución de las vacaciones. Concepto de salario. Dietas. Complementos extrasalariales.*

Abstract: *The Supreme Court must determine whether the so-called 'allowances' received by a worker while embarked on a vessel on the high seas are of a salary or non-salary nature, in order to resolve the dispute over whether this payment should be included in the calculation of vacation pay.*

Keywords: *Vacation pay. Definition of salary. Expenses allowances. Non-salary supplements.*

I. Introducción

En su sentencia núm. 682/2025, de 2 de julio de 2025, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo resuelve un recurso de casación en unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia la Sala de lo Social del TSJ de Madrid núm. 44/2024, de 18 de enero de 2024.

El origen del pleito es una reclamación de cantidades por diversos conceptos, entre ellos la cuantía de la remuneración de las vacaciones. Dirimidas ya las demás cuestiones en las instancias inferiores, lo que se discute en este recurso ante el Tribunal Supremo es únicamente si deben incluirse en el cálculo del salario vacacional las dietas que percibía el trabajador durante el tiempo en que permanecía embarcado en alta mar.

La resolución recurrida había afirmado el carácter extrasalarial de dichas dietas y dictaminado por tanto que no debían incluirse en la retribución de las vacaciones, pero se presenta como contradictoria la sentencia de la misma Sala de lo Social del TSJ de Madrid núm. 635/2021, de 1 de julio de 2021 (aclarada por auto de 16 de septiembre de 2021).

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 682/2025, de 2 de julio.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUd núm. 1594/2024.

ECLI:ES:TS:2025:3326.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Vicente Sempere Navarro.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El actor es un vigilante de seguridad que desarrolla su actividad en atuneros españoles en zonas de riesgo, como empleado de una empresa que presta servicios de vigilancia y seguridad en embarcaciones dedicadas a la pesca en alta mar.

Ha firmado unos anexos a su contrato de trabajo que incorporan una cláusula según la cual percibirá unas dietas, de 1010 euros mensuales, por el tiempo que transcurra entre el momento del embarque y la fecha de su regreso a España (dietas que se suman a la retribución que le corresponde por convenio, así como a un «complemento de embarque»). La misma cláusula establece que las aludidas dietas «no formarán parte de las pagas extraordinarias, así como tampoco formarán parte de las variables a abonar en el periodo vacacional».

El litigio se origina cuando una vez finalizada la relación laboral, el trabajador presenta demanda de cantidades.

Tras el fallo de instancia (sentencia del Juzgado de lo social núm. 8 de Madrid de 7 de noviembre de 2022), se interpone recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, que en su sentencia de 18 de enero de 2024 estima en parte el recurso, pero desestima la concreta pretensión de que se abonen las dietas correspondientes al periodo de vacaciones.

El TSJ se niega a conceder esta última petición con fundamento en la naturaleza extrasalarial que según entiende poseen estas dietas, las cuales se corresponden a su parecer con las dietas por desplazamiento previstas en el convenio colectivo de aplicación.

Disconforme con este extremo el trabajador interpone recurso de casación en unificación de doctrina, solicitando que en cálculo de su salario vacacional se incluya la controvertida dieta de embarque en alta mar.

IV. Posición de las partes

La representación del trabajador recurrente aporta como contradictoria la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid núm. 635/2021, de 1 de julio de 2021 (ECLI:ES:TSJM:2021:8091), la cual responde a una reclamación presentada contra la misma empresa por otro vigilante de seguridad, que había firmado similares anexos al contrato de trabajo. Respecto de la cuestión aquí relevante, aquella resolución defendió el carácter salarial de la dieta de embarque y el derecho a su abono durante el descanso vacacional, argumentando que no iba destinada a compensar gastos del trabajador, porque era la empleadora quien se hacía cargo de los costes de alojamiento y manutención durante los periodos en alta mar.

El recurrente alega además la vulneración de los siguientes preceptos: art. 26 ET; art. 7 de la Directiva 2003/88/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo; art. 7 del Convenio núm. 132 de la OIT sobre las vacaciones pagadas; y art. 59 del Convenio colectivo estatal para empresas de seguridad (Resolución de 30 de noviembre de 2022, BOE de 14 de diciembre de 2022).

La empresa demandada se opone a la reclamación con base en lo pactado en los anexos al contrato de trabajo y en la naturaleza extrasalarial de las dietas.

El Ministerio Fiscal emite el informe previsto en el art. 226.3 LRJS, sosteniendo que concurre la necesaria contradicción entre las sentencias y mostrándose a favor de la estimación del recurso, en la línea de la sentencia de contraste. Se razona que el abono de la dieta discutida no tiene como finalidad indemnizar al trabajador por sus gastos de comidas o alojamiento durante el periodo en alta mar, ya que tales necesidades las tiene cubiertas por la empresa, lo que conduce a descartar su carácter extrasalarial.

V. Normativa aplicable al caso

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo resuelve este recurso de casación en unificación de doctrina con base en las siguientes previsiones legales:

-Como cláusula convencional aplicable, alusiva a las dietas por desplazamiento: art. 59 del Convenio colectivo estatal de empresas de seguridad (Resolución de 30 de noviembre de 2022, BOE de 14 de diciembre de 2022), que prescribe:

«Cuando un trabajador tenga que desplazarse por necesidad del servicio fuera de la localidad, entendida en los términos del artículo 58 donde habitualmente presta sus servicios o cuando salga de la localidad para la que haya sido contratado, tendrá derecho al percibo de dietas salvo que dicho desplazamiento no tenga perjuicios económicos para el trabajador».

-En lo referente a las reglas de interpretación de los convenios colectivos: arts. 3; 4; y 1281 a 1289 del Código Civil.

-Sobre la retribución de las vacaciones: art. 7 de la Directiva 2003/88/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo; art. 7 del Convenio núm. 132 de la OIT sobre las vacaciones pagadas; y art. 31.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 12 de diciembre de 2007.

-Sobre el concepto de las dietas y su naturaleza extrasalarial: art. 26.2 ET.

-Añádase que la sentencia comentada contiene cita de abundantes pronunciamientos de la Sala de lo Social del TS:

- En lo referente a los criterios para la interpretación de los convenios colectivos: SSTS-SOC de 1 de julio de 1994 (rec. 3394/1993); de 20 de marzo de 1997 (rec. 3588/1996); de 15 de septiembre de 2009 (rec. 78/2008); y de 5 de junio de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:4342).
- Sobre la retribución de las vacaciones: SSTS-SOC de 8 de junio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2714); de 8 de junio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2348); de 9 de junio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:3219); de 30 de junio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:3244); de 15 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:4366); de 21 de marzo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1424); de 20 de julio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3217); de 21 de diciembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:4796); de 28 de febrero de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:884); de 18 de abril de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1680); de 9 de abril de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1587); de 16 de mayo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2171); de 23 de abril de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1622); de 25 de febrero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:911); y de 8 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2981); y de 20 de diciembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4817).
- Acerca de la delimitación entre las percepciones salariales y extrasalariales: SSTS-SOC de 16 de abril de 2010 (rec. 70/2009); de 16 de febrero de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:983); de 7 de abril de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1968); de 3 de febrero de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:907);

de 3 de mayo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2583); de 26 de septiembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3587); de 27 de septiembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3672); de 29 de enero de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:646); de 17 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:4314); de 17 de marzo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:1379); de 24 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3069); de 23 de octubre de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:4839); y de 17 de abril de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:2470).

VI. Doctrina básica

En lo fundamental, la doctrina expresada en esta sentencia puede sintetizarse como sigue:

- La correcta calificación de una determinada percepción económica como salarial o extrasalarial depende de su verdadera naturaleza y no de la denominación que le otorgue el contrato de trabajo o el convenio colectivo.
- Para que se reputa como extrasalarial, debe destruirse la presunción *iuris tantum* según la cual son salariales todas las cuantías que la persona trabajadora recibe de su empleadora.
- Las dietas, percepciones extrasalariales a las que alude el art. 26.2 ET, no tienen por finalidad retribuir la prestación laboral sino compensar los gastos a los que se ha debido hacer frente como consecuencia del trabajo realizado.
- El derecho a las vacaciones retribuidas supone que la persona trabajadora debe recibir durante su periodo de descanso su salario normal, o dicho de otros modos: salario medio, ordinario, o comparable con los periodos de trabajo, o equivalente a estos. De donde se desprende que tienen que formar parte de la remuneración vacacional aquellos complementos salariales que se perciben con carácter habitual, pero no aquellos que resultan ocasionales o esporádicos.
- A estos efectos, para determinar si un determinado complemento es habitual u ocasional, es preciso partir de una primera diferenciación entre aquellos que por su propia naturaleza son habituales o por el contrario ocasionales, que constituyen la «zona de certeza»; mientras que el resto se sitúan en una «zona de duda». Respecto de los complementos de este segundo grupo, y a falta de una especificación convencional que aporte precisión, la jurisprudencia aplica un criterio por el cual, si la persona trabajadora ha recibido el complemento al menos durante seis meses de los últimos once antes de las vacaciones, se entiende que su cobro es habitual, normal u ordinario.
- Al margen de todo lo anterior, cuando en vía de recurso se discute la correcta intelección de una cláusula contractual o convencional, el órgano superior no tiene que atenerse necesariamente a la exégesis que haya efectuado el tribunal de instancia. Quedó ya superada la antigua línea jurisprudencial sobre la materia, en cuya virtud la interpretación de contratos y convenios se consideraba una facultad privativa del tribunal de instancia (salvo que esta fuera irracional o infringiera notoriamente las normas reguladoras de la exégesis contractual). Significa ello que la Sala de lo Social del TS está plenamente facultada para verificar que la interpretación del convenio efectuada en la sentencia recurrida es la adecuada, según las reglas contenidas en los arts. 3 y 1281 y siguientes del CC.

VII. Parte dispositiva

Con base en los preceptos legales y en la doctrina jurisprudencial reseñados, la Sala de lo Social del TS declara que es acertada la doctrina contenida en la sentencia referencial, y errónea la recurrida.

Se estima así el recurso de casación en unificación de doctrina interpuesto por el vigilante de seguridad, de acuerdo con lo que proponía en su informe el Ministerio Fiscal.

Consiguientemente queda casada y anulada en parte la sentencia del TSJ de Madrid de 18 de enero de 2024, que se rectifica condenando ahora a la empresa a abonar también la cuantía de las dietas correspondiente a las vacaciones, y quedando el pronunciamiento intacto en todo lo demás.

Sin imposición de costas.

VIII. Pasajes decisivos

Con referencia a la interpretación de lo previsto en el convenio colectivo aplicable, se afirma:

- *Las normas de interpretación de los arts. 1282 y siguientes del CC tienen carácter de subsidiariedad en su aplicación, de forma que cuando la literalidad de las cláusulas de un contrato sean claras, no son de aplicar otras diferentes que las correspondientes al sentido gramatical, o dicho de otro modo, el art. 1281 CC consta de dos párrafos, que persiguen la doble finalidad de evitar que se tergiverse lo que aparece claro, o que se admita, sin aclarar lo que se ofrezca oscuro, siendo factor decisivo de interpretación, en el primer supuesto las palabras empleadas, y en el segundo la intención evidente de los contratantes.*
- *Una antigua línea jurisprudencial sostenía que «la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos (y el convenio colectivo participa de tal naturaleza) es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica, o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual». (SSTS de 5 de junio de 2012, rec. 71/2011; de 15 de septiembre de 2009, rec. 78/2008, entre muchas otras).*
- *Sin embargo, con arreglo a la doctrina que actualmente acogemos, frente a la opción de dar por buena, en todo caso, la interpretación efectuada por la sentencia de instancia, la Sala considera que lo que le corresponde realizar en supuestos como el presente, en los que se discute por el recurrente aquella interpretación, consiste en verificar que la exégesis del precepto convencional efectuada por la sentencia recurrida se adecúa a las reglas de interpretación que se derivan de los artículos 3 y 1281 y ss. CC.*

En cuanto a si las dietas constituyen o no salario, la sentencia se expresa en estos términos:

- *La consideración de lo que debe reputarse salario no depende de la denominación que convencionalmente le hayan atribuido las partes, individuales o colectivas, sino que atiende a su verdadera naturaleza.*
- *Es necesario precisar cuál es la causa de cada atribución patrimonial: si retribuye el trabajo o si se limita a compensar los gastos que haya realizado el trabajador como consecuencia de la prestación laboral.*
- *La STS de 16 de febrero de 2015 (rcud 3056/2013), al hilo del debate sobre cómo calcular la indemnización por despido improcedente, explica que las dietas han de considerarse salario si no responden realmente al*

resarcimiento de los gastos generados por la actividad laboral, careciendo de validez el pacto en contrario.

Por último, en cuanto a la determinación de cuáles son los complementos salariales que deben ser abonados durante las vacaciones:

- *...no puede reconocerse un derecho automático al cómputo de un determinado complemento en favor de todo trabajador que en alguna ocasión hubiera percibido el complemento en cuestión, «sino que tan sólo tiene derecho a percibir su «promedio» quienes hubiesen sido retribuidos habitualmente con él, lo que -a falta de especificación convencional- hemos de entender que sólo tiene lugar cuando se hubiese percibido en seis o más meses de entre los once anteriores».*
- *Toda partida retributiva de corte salarial que se perciba durante la mayor parte de los meses del periodo precedente a la vacación ha de integrarse en la remuneración satisfecha en tal periodo.*

IX. Comentario

Son varios los aspectos que resultan determinantes para la decisión del caso planteado. Pero si hay uno que conviene resaltar es, sin duda, la verdadera finalidad que tiene la dieta de embarque litigiosa.

Para determinarla, la resolución de comentario pone el foco en cómo se desarrolla la actividad profesional del actor. Cada año viene a permanecer, según los hechos probados, «cuatro meses en alta mar, dos meses en tierra sin prestar servicios, otros cuatro meses en altamar y otros dos meses en tierra sin prestar servicios» (régimen de reposos en tierra que se explica no solo por las vacaciones anuales, sino también porque puede compensar por descanso la parte proporcional de otro de los complementos estipulados).

Como puede apreciarse, el tiempo en que efectivamente presta servicios es exactamente aquel en que está embarcado. Y durante esas etapas percibe de su empresa la dieta en discusión, cuya cuantía es fija (1010 euros mensuales).

En virtud del pacto individual instrumentado mediante la firma de anexos al contrato, se ha establecido que estas dietas «no formarán parte de las variables a abonar en el periodo vacacional», que es precisamente lo que se combate.

Ciertamente, el elemento clave que decanta la solución a favor del trabajador es que la Sala, tras examinar el trabajo del demandante y estas partidas económicas, concluye que no se trata de «cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral», en los términos del art. 26.2 ET, porque no están destinadas a indemnizar o compensar ningún gasto que haya realizado el empleado. O dicho de otro modo que no se trata de auténticas dietas, ya que según afirma el Tribunal, «la dieta es una percepción económica, de naturaleza extrasalarial, que tiene por finalidad compensar al trabajador de los gastos que tiene que realizar (comidas, pernoctación, etc.) por desempeñar su trabajo, por cuenta de la empresa y de modo temporal, fuera del centro o lugar habitual de trabajo»; lo que evidentemente no ocurre en este caso, ya que se le proporcionan el alojamiento y las comidas durante el tiempo que permanece en el buque.

Además del citado art. 26.2 ET, para resolver la controversia sobre la naturaleza de la dieta cuestionada también resulta aplicable el Convenio colectivo estatal para empresas de seguridad, que prescribe en su art. 59: «Cuando un trabajador tenga que desplazarse por necesidad del servicio fuera de la localidad [...], tendrá derecho al percibo de dietas salvo que dicho desplazamiento no tenga perjuicios económicos para el trabajador».

En la sentencia recurrida, el TSJ de Madrid había interpretado que la percepción económica examinada encajaba plenamente en esta dieta por desplazamiento que prevé el art. 59 del Convenio, razonando que «Ciertamente, la particularidad de la prestación de servicios de vigilancia en barcos durante el embarque introduce particularidades en el régimen de dietas, pero no por ello se ha de alterar la naturaleza del concepto que tiene cobertura convencional y está perfectamente identificado en el contrato de trabajo».

Sin embargo, el TS efectúa una exégesis no del todo coincidente de este art. 59, al establecer que «la propia interpretación literal del precepto lleva a concluir que cuando el desplazamiento no comporta gastos económicos específicos tampoco surge el devengo de la dieta». Y defendiendo, de paso, su propia facultad para variar la intelección del precepto convencional respecto de la efectuada en la sentencia de instancia, habiéndose superado ya la antigua línea jurisprudencial que lo impedía.

Obviamente, el hecho de que las partes aludieran a esta percepción con el término «dieta» en los anexos contractuales firmados no significa necesariamente que lo fuera, ya que como la Sala nos recuerda una vez más, «las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen y corresponde a los Tribunales la calificación jurídica de los hechos y de los contratos».

Una vez que ha quedado afirmado el carácter salarial de la «dieta» en litigio, a continuación se debe dirimir si se debe incluir en la retribución de las vacaciones porque, conviene recordar, no todos los complementos que tienen naturaleza salarial deben ser abonados durante estos días de asueto.

Y es que en efecto el derecho a las vacaciones retribuidas, que equivale a obtener durante estas la remuneración normal o media (art. 7 Convenio núm. 132 OIT), supone que el salario vacacional debe incluir aquellos complementos que la persona trabajadora percibe de manera habitual, pero no los de carácter esporádico u ocasional.

A la hora de distinguir qué partidas salariales deben reputarse habituales y cuáles ocasionales, adviértase que algunas de ellas no plantean dudas ya que su propia naturaleza indica a cuál de los dos grupos pertenecen (por ejemplo, un complemento de antigüedad necesariamente reviste carácter habitual). Pero otros complementos requieren que se examine su carácter ordinario o extraordinario, y este análisis no debe realizarse en términos generales sino para cada supuesto concreto. Es en este punto donde, a falta de una precisión que podría venir establecida en el convenio colectivo, la jurisprudencia aplica un criterio matemático según el cual, si la persona trabajadora ha recibido el complemento al menos durante seis meses de los once anteriores a las vacaciones, se entiende que su cobro es habitual (SSTS-SOC de 28 de febrero de 2018, ECLI:ES:TS:2018:884 y de 23 de abril de 2019, ECLI:ES:TS:2019:1622).

Dado que en el supuesto enjuiciado el vigilante de seguridad cumple esta última condición, se declara su derecho a cobrar la dieta de embarque durante las vacaciones.

X. Apunte final

Para finalizar merece la pena destacar una cuestión relativa al importe de los complementos que se incluyen en el salario vacacional.

Una vez que se ha afirmado el derecho de la persona trabajadora a un determinado complemento durante las vacaciones, por considerar -según ha quedado dicho- que su carácter es salarial y que concurre habitualidad en su percibo, el siguiente paso consistirá en precisar su cuantía.

Si se trata de una cantidad fija será precisamente esta la que haya que abonar durante las vacaciones; y ello, aun cuando la persona trabajadora no la haya cobrado todos los meses. Es lo que sucede en el litigio aquí enjuiciado; el trabajador recurrente

no había recibido la dieta de embarque durante todos los meses del periodo de referencia (ya que por cada cuatro meses en alta mar, pasaba dos en tierra en los que no la cobraba); pero cuando lo hacía la cantidad siempre era la misma. Lo cual explica que se condene a su empleadora a abonar exactamente la cuantía fijada (1010 euros) por el mes de vacaciones.

Cuestión distinta es lo que sucede con los complementos variables, en cuyo caso, para establecer su importe dentro del salario vacacional se debe promediar lo percibido entre el número de meses en los que se ha cobrado (SSTS-SOC de 9 de abril de 2018, ECLI:ES:TS:2018:1597; de 2 de febrero de 2018, ECLI:ES:TS:2018:884; y de 11 de mayo de 2023, ECLI:ES:TS:2023:2137).

§ 77 El profesorado a tiempo parcial tiene derecho a someter a evaluación su actividad docente.

Eduardo Rojo Torrecilla

Catedrático (jubilado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona.

Resumen: El artículo analiza la sentencia dictada por el STS_SOC el 23 de julio (rec. 154/2023). El litigio trata sobre el derecho del personal docente e investigador no permanente a tiempo parcial a someter la actividad docente realizada cada cinco años a una evaluación ante la Universidad en la que preste sus servicios, sin aplicar coeficiente de parcialidad alguno. El TS desestima el recurso de casación interpuesto por varias Universidades de la Comunidad de Madrid y confirma la sentencia del TSJ-SOC de Madrid de 21 de marzo de 2022, que había reconocido tal derecho con ocasión de la demanda interpuesta por la Federación de Enseñanza de CCOO y la Federación Estatal de Servicios Públicos de la UGT, a la que se adhirió la Central Sindical Independiente y de Funcionarios.

Palabras clave: Profesorado. Tiempo parcial. Complemento económico. Coeficiente de parcialidad.

Abstract: The article analyses the ruling handed down by the Supreme Court (STS_SOC) on 23 July (rec. 154/2023). The dispute concerns the right of non-permanent part-time teaching and research staff to submit their teaching activity every five years to an evaluation by the university where they work, without applying any partiality coefficient. The Supreme Court dismisses the appeal lodged by several universities in the Community of Madrid and upholds the ruling of the TSJ-SOC of Madrid of 21 March 2022, which had recognised this right in response to the lawsuit filed by the CCOO Education Federation and the UGT State Federation of Public Services, which was joined by the Independent Trade Union and Civil Servants' Confederation.

Keywords: Teaching staff. Part-time. Financial supplement. Part-time coefficient.

I. Introducción

1. Es objeto de comentario en este artículo la sentencia dictada por el STS-SOC el 23 de julio (rec. 154/2023).

La resolución judicial desestima, en los mismos términos que la propuesta formulada por el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe, los RC interpuestos por la Universidad Politécnica de Madrid, la Universidad Complutense de Madrid, la Universidad Carlos III de Madrid, la Universidad Rey Juan Carlos, la Universidad Autónoma de Madrid y la Universidad de Alcalá de Henares, contra la sentencia dictada por el TSJ-SOC de Madrid el 21 de marzo de 2022 (rec. 71/2022).

La Sala autonómica había estimado la demanda interpuesta por la Federación de Enseñanza de CCOO y la Federación Estatal de Servicios Públicos de la UGT, a la que se adhirió la Central Sindical Independiente y de Funcionarios, contra las citadas Universidades, declarando «el derecho del personal docente e investigador no permanente a tiempo parcial a someter la actividad docente realizada cada cinco años a una evaluación ante la Universidad en la que preste sus servicios, sin aplicar coeficiente de parcialidad alguno, y en caso de superar favorablemente la evaluación, a adquirir y consolidar por cada una de ellas un complemento por méritos docentes, en una cuantía anual que varía según la figura docente e investigadora de que se trate y la dedicación desarrollada, en cuantía proporcional al tiempo efectivo de prestación de servicios, en los mismos términos que el personal docente e investigador laboral a tiempo completo, ya sea indefinido o temporal»^[1].

Reconozco que me he alegrado conocer la sentencia, y obviamente como ha sido resuelto el conflicto, ya que en un anterior artículo sostuve una tesis semejante a la de alto tribunal y fui crítico con la que, en sentido contrario, sostenía el TS-CONT^[2].

El especial interés de la sentencia objeto de este comentario radica de una parte en el criterio opuesto que sostiene con respecto al aplicado por el TS-CONT, y de otra en el amplio repaso que efectúa de toda su jurisprudencia y también de la del TJUE y del TS-CONT sobre la problemática del profesorado asociado a tiempo parcial y la normativa, tanto comunitaria como española, que regula el principio de no discriminación.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala de lo Social).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 748/2025, de 23 de julio.

Tipo y número recurso: RC núm. 154/2023.

ECLI:ES:TS:2025:3799

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance.

Votos particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El conflicto del que ha conocido el TS tiene un antecedente inmediato en el que se inició con la demanda interpuesta en procedimiento de conflicto colectivo por los citados sindicatos y que dio lugar a la sentencia dictada por el TSJ-SOC de Madrid el 8 de octubre de 2018 (rec. 184/2018).

La sentencia estimó parcialmente la demanda y reconoció el derecho del personal laboral temporal a «... solicitar la evaluación de méritos docentes en los mismos términos que el personal docente investigador laboral permanente siempre y cuando concurra el elemento temporal exigido en las normas de desarrollo del referido complemento». Interpuestos recursos de casación por la Universidades condenadas a instancia, fueron desestimado por el TS-SOC en su sentencia de 10 de diciembre de 2020 (rec. 65/2019).

Como ya he indicado, el TSJ estimó la demanda, y de su fundamentación jurídica, tras desestimar todas las alegaciones procesales formales que de ser estimada hubieran permitido no entrar en el fondo del litigio, reproduzco un fragmento que considero de especial interés y en el que la Sala reitera su doctrina ya sentada en la anterior sentencia:

«Respecto a las alegaciones de las Universidades, es cierto que el art. 24 del Decreto 153/2002 de 12 de septiembre (BOCM 19-9-02) sobre el personal docente e investigador contratado por las Universidades Públicas de Madrid establece una percepción económica por méritos docentes valorados por la Universidad y remite a las mismas normas de retribuciones del personal docente funcionario, que se podrá reconocer por cada cinco años de dedicación docente a tiempo completo o período equivalente si ha prestado servicio en régimen de dedicación a tiempo parcial. Y si en virtud de esa remisión acudimos al RD 1086/1989 sobre retribuciones del personal funcionario, en su art. 5.2 determina que el personal en régimen de dedicación a tiempo parcial no percibirá el componente del complemento específico por méritos docentes.

Pero no es posible negar el derecho controvertido en función de esas normas. Ante todo, su rango es insuficiente para desvirtuar el principio de igualdad establecido en normas con rango de ley y en la Directiva comunitaria ya citada, incondicional y suficientemente precisa para que los particulares puedan invocarla frente al Estado ante un juez nacional. Y en las normas reglamentarias invocadas por las demandadas no se encuentra ningún elemento que justifique la desigualdad consistente en la exclusión de los profesores a tiempo parcial de la percepción del componente del complemento específico por méritos docentes. La comparación se establece entre dos tipos de personal laboral, los profesores asociados a tiempo parcial y el personal docente investigador a tiempo completo, y nada se ha alegado en el sentido de que no sean situaciones comparables o existan elementos diferenciadores que deban influir en la negación de la percepción económica controvertida. Por otra parte, la desigualdad existente, a tenor de las normas reglamentarias invocadas, entre personal docente funcionario a tiempo completo y a tiempo parcial, no incumbe a este conflicto colectivo ni a este orden jurisdiccional social».

IV. Posición de las partes

Contra la sentencia de instancia se interpusieron RC por las Universidades URJC, UCM, UAN y de Alcalá de Henares, centrando con prontitud la Sala la cuestión a la que debía dar respuesta, que no era otra que «determinar si el personal docente e investigador (en adelante PDI) laboral no permanente a tiempo parcial de las Universidades públicas de la Comunidad Autónoma de Madrid tiene derecho a que su actividad docente se someta a una evaluación ante su Universidad cada cinco años (quinquennios) sin aplicar coeficiente de parcialidad alguno y, en caso de superar favorablemente la evaluación, a devengar el componente por méritos docentes, que está integrado en el complemento específico».

Se pasa revista primeramente a las alegaciones procesales formales (con alegación de infracción de art. 222 de la LEC), que ya fueron defendidas, y desestimadas, en instancia: cosa juzgada, por haber resuelto el TSJ-SOC un conflicto «sustancialmente idéntico» en una anterior sentencia; inadecuación de procedimiento, al tratarse a juicio de las recurrentes de «un conflicto plural»; falta de acción, basada en que las convocatorias extraordinarias de las Universidades demandadas «no fueron impugnadas por los sindicatos».

Todas ellas son rechazadas por el TS. Respecto a la alegación de cosa juzgada, tras el examen de las pretensiones formuladas en ambos litigios y las respuesta de la Sala, el alto tribunal concluye que con posterioridad a la sentencia del TS-SOC de 10 de diciembre de 2020, «...las Universidades demandadas, excepto la URJC, han efectuado convocatorias para la evaluación de méritos docentes en las que aplican un coeficiente reductor del 0,5 para determinar la equivalencia de la docencia impartida a tiempo parcial. Además, los profesores a tiempo parcial no perciben el componente por méritos docentes.

Esos hechos nuevos obligan a desestimar estos motivos. En el nuevo conflicto colectivo se enjuicia la controversia suscitada por estos trabajadores a tiempo parcial, sometidos por las Universidades a un coeficiente reductor de 0,5. Los actores solicitan

que se elimine el coeficiente reductor. Se trata de una cuestión novedosa que no se abordó en el litigio anterior, por lo que debe resolverse en este pleito».

Respecto de la pretensión relativa a que se les abone el componente por méritos docentes, se trata de una cuestión que quedó imprejuizada en el pleito anterior, por lo que no opera la cosa juzgada positiva, razón por la que puede examinarse en este litigio».

Sobre la manifestación de tratarse de un conflicto de carácter plural y no colectivo, su desestimación se lleva a cabo tras previo repaso de los criterios requeridos por la jurisprudencia de la Sala para que estemos en presencia del segundo, que son «trascendencia colectiva, conflicto jurídico y situación conflictiva real», todos ellos apreciables perfectamente en el conflicto ahora examinado. Para el TS, muy acertadamente a mi parecer, «... La igualdad en la aplicación de la ley y el principio procesal de celeridad, que orienta la interpretación y aplicación de las normas propias de las modalidades procesales reguladas en la LRJS (art. 74 de la LRJS) respaldan esta conclusión porque el presente conflicto colectivo permite que esta controversia litigiosa se ventile en un único procedimiento y vincule en los ulteriores procedimientos individuales o plurales de los trabajadores afectados (art. 160.5 de la LRJS), proporcionando una respuesta judicial uniforme a todos ellos».

Respecto a la alegación de falta de acción, y tras un repaso de la jurisprudencia de la Sala al respecto, es desestimada apoyándose en la tesis expuesta por el Ministerio Fiscal, ya que la no impugnación de las convocatorias por los sindicatos ahora demandantes no podía impedir en modo alguno que «el PDI laboral a tiempo parcial pueda reclamar sus derechos, individual o colectivamente», con base en el art. 153 de la LRJS respecto a la interposición de conflicto colectivo, mediante el cual, recuerda la Sala, se consigue la igualdad en la aplicación de la ley.

También son rechazados los dos motivos alegados únicamente por la UAH, el primero, por no cumplir los requisitos formales requeridos para el recurso de casación por el art. 210 de la LRJS, y el segundo porque la controversia suscitada en el actual conflicto excedía de la petición de ejecución de la sentencia del TSJ-SOC de 2018.

V. Normativa aplicable

Es partir del fundamento jurídico quinto cuando la Sala entra en el examen de las alegaciones sustantivas o de fondo de las partes recurrentes, previo repaso de los hechos que motivaron el conflicto.

Al amparo del art. 207 e) de la LRJS J, es decir de infracción de normativa y jurisprudencia aplicable, se alegan «la infracción de los arts. 48.2 y 6, 53 y 55 de la Ley Orgánica de Universidades (en adelante LOU); arts. 9, 10.5, 18.3 y 24 del Convenio colectivo del PDI laboral de las Universidades públicas de la Comunidad de Madrid; arts. 9 y 24 del Decreto 153/2002; arts. 2.3.c) y 2.5 del Real Decreto 1086/1989; arts.14 y 24 de la Constitución Española (en adelante CE) y art. 12.4 del ET».

Se argumentó por las recurrentes que el litigio afectaba a los profesores asociados, cuya actividad principal se desarrolla fuera del ámbito universitario, y sostuvieron que «se trata de una figura específica, lo que justifica su diferente regulación jurídica y excluye que se les haya causado discriminación».

En efecto, en el fundamento de derecho quinto, la Sala examina las que califica de «circunstancias esenciales» de la cuestión litigiosa, y en el sexto recuerda la normativa aplicable al complemento por méritos docentes que son objeto de debate, es decir el RD 1086/1989 de 28 de agosto, el Decreto autonómico 153/2022 de 12 de septiembre, en su redacción original y en la modificada por Decreto 4/2023 de 1 de febrero, el art. 24 del I convenio colectivo del PDI con vinculación laboral de las Universidades Públicas de Madrid.

Ya en el séptimo, recuerda el art. 53 de la (derogada) Ley Orgánica de Universidades, que regulaba la contratación del profesorado asociado, y menciona la vigente Ley Orgánica del Sistema Universitario, cuyo art. 79 regula esta y dispone que será de carácter indefinido y «conllevará una dedicación a tiempo parcial».

A partir del apartado 3 del fundamento de derecho séptimo se inicia la explicación de distintas sentencias, y un auto, del TJUE que han abordado la problemática del profesorado asociado y a tiempo parcial, y en el fundamento octavo repasa su propia jurisprudencia y también recoge la de TS-CONT que se manifiesta en sentido contrario, para exponer su tesis, que reitera la anteriormente defendida, en el fundamento de derecho noveno, en el que ya manifiesta de entrada su postura, cual es que «debemos concluir, de conformidad con el Ministerio Fiscal, que el PDI laboral a tiempo parcial de las Universidades públicas de Madrid tiene derecho a percibir el componente por méritos docentes cuando supera la evaluación docente, en proporción a su jornada», pasando seguidamente a exponer las razones que justifican su decisión y que le llevarán en el fallo a desestimar los recursos de casación ordinarios y declarar y confirmar la sentencia del TSJ de Madrid.

Tras el repaso de la jurisprudencia del TJUE, la Sala pasa revista a la suya propia, con cita de las sentencias de 10 de diciembre de 2020, 25 de enero de 2023 (rec. 117/2020), 20 de marzo de 2024 (rec. 101/2022) y la muy reciente de 3 de julio de 2025 (rec. 201/2023), así como también a la de la Sala C-A, centrando su atención en la sentencia de 20 de mayo de 2024 (rec. 1425/2022) y citando otras posteriores que han mantenido el mismo criterio, así como una posterior de 29 de mayo de 2025 (rec. 906/2023) que sí reconoció el derecho de un profesor universitario a tiempo parcial a percibir sexenios por su actividad investigadora.

VI. Doctrina básica

Llegamos al fundamento de derecho noveno, aquel en el que, como ya he indicado con anterioridad, la Sala Social expone las razones que justifican su tesis que confirma la sentencia de instancia y desestima los recursos de las Universidades primero demandadas y ahora recurrentes.

Son a mi parecer sustancialmente idénticos a los de las sentencias antes referenciadas, con el añadido de algunas precisiones de indudable interés respecto a la fijación en las normas impugnadas de cómputo de la docencia a tiempo parcial aplicando «un coeficiente reductor del 0,5 a la hora de determinar la equivalencia».

La Sala, además, procede nuevamente a un amplio recordatorio de las que considera sus sentencias más relevantes sobre la temática ahora abordadas y que van en la misma dirección que la actual.

Con excelente claridad la Sala enumera las razones, que comparto plenamente, que le llevan a defender el derecho del profesorado a tiempo parcial a someter a evaluación su actividad docente:

«... a) No existen diferencias entre unos y otros trabajadores que justifiquen esta desigualdad de trato. Se discute el abono de un complemento salarial vinculado a la calidad de la docencia, lo que tiene en cuenta la docencia impartida, en función del esfuerzo personal. No hay ninguna razón objetiva que justifique que este componente por méritos docentes se abone a los profesores contratados a tiempo completo y no se abone a los profesores a tiempo parcial. Si la evaluación de la actividad docente es positiva, deben percibir ese componente en cuantía proporcional a su jornada de trabajo. Los elementos diferenciadores invocados por las partes recurrentes no justifican este trato desigual en perjuicio de estos trabajadores a tiempo parcial.

b) El componente por méritos docentes no está vinculado al puesto de trabajo sino a la docencia. Aunque en determinadas categorías la docencia sea menor que en otras, no puede aceptarse que el esfuerzo docente reciba un tratamiento desigual en los trabajadores a tiempo parcial. Ese trato desigual es discriminatorio porque niega la posibilidad de que la calidad docente pueda dar lugar al devengo de ese componente

salarial. Además, la denegación de la posibilidad de devengar quinquenios supondría un grave menoscabo de la promoción profesional de los profesores laborales a tiempo parcial.

c) Las convocatorias públicas de cinco de las Universidades demandadas establecen que el PDI laboral a tiempo parcial tiene derecho a la evaluación quinquenal, aunque sujeta a un coeficiente de parcialidad. Cuando un profesor asociado acredita la calidad docente que justifica el reconocimiento de un quinquenio, debe devengar el componente por méritos docentes, que tiene la naturaleza de complemento de calidad. La tesis contraria conduciría a que las evaluaciones favorables no devengarían el correspondiente complemento salarial.

d) El pluriempleo o la pluriactividad de los profesores asociados, que ejercen su actividad principal fuera del ámbito universitario, no debe impedir que, si su docencia alcanza el nivel exigido, devenguen este complemento de calidad porque lo que se retribuye es su trabajo realizado en la Universidad, siendo irrelevante a estos efectos que también desarrollen una actividad por cuenta propia o ajena fuera de la misma porque no debe negarse la promoción profesional a los trabajadores pluriempleados o pluriactivos a tiempo parcial.

El servicio público de la educación superior que cumplen las Universidades se lleva a cabo mediante la docencia, la investigación y la transferencia del conocimiento (art. 1 de la derogada LOU y art. 2.1 de la LOSU). Si un profesor asociado, mediante la excelencia docente, contribuye a que su Universidad pública cumpla el servicio público que tiene atribuido, tiene derecho a percibir quinquenios».

Por último, la Sala dedica su fundamento de derecho décimo a examinar justamente aquello que es novedad con respecto a los términos en que se planteó el conflicto anterior, es decir si la aplicación del coeficiente reductor es conforme o no a derecho.

Al respecto, recuerda que la regulación contenida en el art. 2.5 del RD 1086/1989 fue derogada por el RD 1325/2002, y de ahí que en la normativa vigente no se establece «... ningún coeficiente reductor cuando regula las evaluaciones previstas para determinar la cuantía del componente del complemento específico por méritos docentes». Acude después a la regulación del trabajo a tiempo parcial fijada en el art. 12 de la Ley del Estatuto de los trabajadores, y en particular a su apartado 4 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»), y presta nuevamente especial atención al auto del TJUE de 15 de octubre de 2019 y la posterior jurisprudencia de la Sala fallando que «... a los trabajadores fijos-discontinuos de la Agencia Tributaria, a efectos de derechos económicos y de promoción profesional, se les computa todo el tiempo de duración de la relación laboral y no únicamente el tiempo efectivamente trabajado...».

Por último, expone con precisión y claridad, que nuevamente comparto, las razones que avalan jurídicamente hablando, y en los mismos términos que propuso el Informe del Ministerio Fiscal, que la aplicación del citado coeficiente de parcialidad vulnera la prohibición de discriminación de los trabajadores a tiempo parcial. Con su reproducción concluyo el presente comentario de esta, sin duda alguna, importante sentencia.

«El principio de proporcionalidad debe operar respecto de la cuantía del componente por méritos docentes, que debe ser proporcional al tiempo de prestación de servicios. Si un profesor asociado presta servicios con la mitad de jornada que un profesor a tiempo completo, el componente por méritos docentes deberá abonarse en la mitad de la cuantía que aquél.

Si además de esa proporcionalidad retributiva exigimos un coeficiente de parcialidad de 0,5 a todos los profesores asociados de esas Universidades, con independencia de su jornada, ello significa que tendrán que impartir docencia durante una década (10 años) para que se les reconozca un quinquenio (cinco años) cuyo complemento retributivo será proporcional al tiempo de prestación de servicios. Por ejemplo, si un profesor asociado presta servicios durante la mitad de la jornada de un profesor a tiempo completo, deberá impartir docencia durante 10 años para percibir la mitad del componente por méritos docentes que cobra un profesor a tiempo completo que ha prestado servicios durante cinco años. Se trataría de un doble cómputo de la parcialidad:

a) En primer lugar, respecto del número de años necesarios para devengar un quinquenio, que sería el doble.

b) En segundo lugar, una vez devengado el quinquenio, en la cuantía del complemento, que sería proporcional al tiempo trabajado».

VII. Parte dispositiva

Por todo lo anteriormente expuesto, la Sala acuerda

«Desestimar los recursos de casación ordinarios interpuestos por la Universidad Politécnica de Madrid, la Universidad Complutense de Madrid, la Universidad Carlos III de Madrid, la Universidad Rey Juan Carlos, la Universidad Autónoma de Madrid y la Universidad de Alcalá de Henares.

2. Confirmar y declarar la firmeza de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 202/2022, de 21 de marzo (procedimiento 71/2022)».

Referencias:

1. [^] *El resumen oficial del artículo, que ya permite tener un buen conocimiento del conflicto y del fallo, es el siguiente: «Personal docente e investigador laboral no permanente a tiempo parcial de las Universidades públicas de Madrid. Evaluación de la actividad docente cada cinco años (quinquenos). Componente por méritos docentes. No concurre el efecto positivo de cosa juzgada, la inadecuación de procedimiento ni la falta de acción. Se reconoce el derecho a percibir el componente por méritos docentes en cuantía proporcional al tiempo de prestación de servicios. No debe aplicarse el coeficiente de parcialidad». El de la sentencia del TSJ fue este: "Conflicto colectivo. Personal a tiempo parcial. Derecho a la evaluación de méritos docentes sin aplicar coeficiente de parcialidad y consolidación del complemento en cuantía proporcional al tiempo de servicios como en el personal a tiempo completo».*
2. [^] *«Profesorado asociado y derecho a la percepción de complementos retributivos: sí para la Sala Social, no para la Sala C-A del TS. A propósito de la sentencia (c-a) de 20 de mayo de 2024: una valoración crítica» <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2024/06/profesorado-asociado-y-derecho-la.html> (consulta: 13 de octubre)*

§ 78 No informar a los representantes sindicales sobre los algoritmos utilizados en la empresa para fijar determinadas condiciones de trabajo vulnera el derecho a la libertad sindical.

Faustino Cavas Martínez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia.

Resumen: La Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 4 de julio 2025, Sala de lo Social, dictada en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales núm. 182/2025, declara que forma parte del derecho fundamental a la libertad sindical informar a los delegados/as de las secciones sindicales sobre los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos que utiliza la empresa para fijar determinadas condiciones de trabajo. No hacerlo vulnera el derecho a la libertad sindical de la organización a la que pertenecen dichos representantes. Se impone además a la empresa el pago de una indemnización de 6.250 euros en concepto de indemnización por los daños y perjuicios causados por la vulneración de la libertad sindical.

Palabras clave: Libertad sindical. Representantes de los trabajadores. Transparencia algorítmica. Derecho de información.

Abstract: The Judgment of the Social Chamber of the National Court, dated July 4, 2025, issued in the proceeding on the protection of fundamental rights number 182/2025, declares that it is part of the fundamental right to trade union freedom to inform the delegates of the trade union sections about the parameters, rules, and instructions on which the algorithms used by the company to set certain working conditions are based. Failure to do so infringes the trade union freedom of the organization to which these representatives belong. Furthermore, the company is ordered to pay compensation of 6,250 euros for the damages caused by the violation of trade union freedom.

Keywords: Trade union freedom. Workers' representatives. Algorithmic transparency. Right to information.

I. Introducción

El reconocimiento del derecho de los representantes de los trabajadores a ser informados acerca de los parámetros, reglas y criterios que rigen los sistemas algorítmicos, que cada vez con mayor frecuencia utilizan las empresas para fijar determinadas condiciones de trabajo y adoptar decisiones afectantes a la relación laboral (turnos, descansos, retribuciones, promociones, extinciones...), constituye un foco de creciente litigiosidad.

Si bien el artículo 64.4.d) del Estatuto de los Trabajadores -donde se aloja el derecho de información algorítmica desde su introducción por el Real Decreto-ley

9/2021, de 11 de mayo— refiere como destinatarios de dicha información a los miembros de la representación unitaria -delegados de personal y comités de empresa-, la empresa queda igualmente obligada a informar sobre los criterios y reglas de funcionamiento de los algoritmos a los delegados sindicales, en virtud de la regulación contenida en el art. 10.3.1 de la LOLS. Dicha información se configura como un instrumento clave para el eficaz desempeño de la actividad sindical en entornos productivos y laborales digitalizados. De ahí que cuestionar, limitar o pretender ignorar su ejercicio por la representación sindical de las personas trabajadoras, puede resultar particularmente comprometido para la empresa por la vinculación del derecho de información y transparencia algorítmica con el derecho fundamental a la libertad sindical, cuya vulneración puede deparar gravosas consecuencias para la empresa infractora.

La SAN (Social) n.º 101/2025, de 4 de julio, pone de manifiesto que el control sindical no se limita al ámbito clásico de las relaciones laborales en la empresa de corte fordista, sino que alcanza a los entornos digitales donde operan sistemas automatizados que afectan a la organización del trabajo.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia

Órgano judicial: Audiencia Nacional (Sala de lo Social)

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 101/2025, de 4 de julio.

Tipo y número procedimiento: procedimiento de tutela de derechos fundamentales núm. 182/2025.

ECLI:ES:AN:2025/2867

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Gallo Llanos.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión a resolver consiste en determinar si la negativa de la empresa a proporcionar datos sobre los algoritmos que la misma utiliza para organizar la asignación de turnos y libranzas constituye una lesión del derecho a la libertad sindical o si, por el contrario, la empresa no ha lesionado tal derecho por cuanto que no utiliza algoritmo alguno y porque, en todo caso, la herramienta que se utiliza es sobradamente conocida por la representación legal de los trabajadores (RLT).

El procedimiento se origina a instancia de la Confederación General del Trabajo (CGT), que interpone demanda de tutela de derechos fundamentales frente a Foundever Spain S.A., empresa del sector del Contact Center con más de 3.800 trabajadores, regida por el III Convenio Colectivo Estatal del sector. A la presentación de dicha demanda se adhirieron las organizaciones sindicales CCOO, USO y CSIF.

El sindicato demandante, con una representatividad del 23,37 % en la empresa y secciones sindicales constituidas en Madrid, Barcelona y Sevilla, requirió a la empleadora —los días 27 de junio, 11 de julio de 2024 y 18 de marzo de 2025— información relativa a los parámetros, reglas e instrucciones de los algoritmos que incidían en las condiciones laborales del personal, en particular los utilizados para la asignación de libranzas variables.

La empresa negó tal uso, manifestando el 15 de julio de 2024 -los requerimientos anteriores no obtuvieron respuesta de su parte- que «no utilizamos algoritmos o sistemas de decisión automatizada y mucho menos sistemas de inteligencia artificial, por lo que actualmente ninguna de estas cuestiones afecta a las condiciones laborales de nuestra plantilla».

Consta en la relación de hechos probados que la SAN 201/2021, de 27 de septiembre, dictada en el procedimiento 137/2021, refiere que la empresa SITEL alegó que las libranzas en dicha empresa se distribuyen por un sistema informatizado. Asimismo, es un hecho conforme y de general conocimiento que la SAN 142/2024, de 5 de noviembre, dictada en el procedimiento 315/2024, en el cuarto de sus hechos probados refiere que «Los turnos en la demandada se asignan mediante un sistema algorítmico en el que se le fijan las necesidades del cliente y las características del régimen de jornada de los trabajadores».

En el hecho probado noveno de la sentencia aquí analizada, con apoyo en la declaración del testigo aportado por la empresa, se afirma lo siguiente: «La asignación de las libranzas en la empresa se utiliza mediante una herramienta en la que se introduce la previsión de carga de trabajo y la misma determina las personas requeridas para cada día y distribuye con arreglo a un algoritmo consistente en una fórmula matemática las libranzas. Este sistema se aplica en la empresa desde el año 2024. También se utiliza para distribuir los descansos de las personas con turnos rotatorios».

IV. Posición de las partes

Tras no lograrse la avenencia en trámite de conciliación, la parte actora (CGT) se ratificó en juicio en las pretensiones formuladas en la demanda: declaración de vulneración del derecho fundamental de libertad sindical (art. 28.1 CE), en su vertiente de derecho a la información sindical, previsto en el artículo 2.2 d) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS) y concretado en el artículo 64.4 d) del Estatuto de los Trabajadores (ET); declaración de nulidad de la práctica empresarial, condena a informar a los delegados sindicales y al pago de una indemnización de 6.250 € por daños morales.

La parte demandada (Foundever Spain S.A.) niega el uso de algoritmos o sistemas de inteligencia artificial, afirmando que emplea un sistema estándar en el sector basado únicamente en horarios y necesidades del cliente. Rechaza la existencia de vulneración de la libertad sindical, alegando transparencia y conocimiento previo de las herramientas por la RLT.

Por su parte, el Ministerio Fiscal informa a favor de la estimación de la demanda, considerando vulnerado el derecho de libertad sindical de CGT.

V. Normativa aplicable al caso

- Constitución Española (art. 28.1): derecho fundamental a la libertad sindical.
- Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical: derecho de las organizaciones sindicales al ejercicio de la actividad sindical en la empresa o fuera de ella [art. 2.2.d)] y prerrogativas de los delegados sindicales que no formen parte del comité de empresa (art. 10.3.1.º).
- Estatuto de los Trabajadores [art. 64.4 d)]: derecho del comité de empresa a ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles.
- Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social (arts. 178–183): proceso de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas.
- Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social [LISOS, arts. 7.7 y 40.1 b)]: infracción grave por transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales, en los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos, y correspondiente sanción.

VI. Doctrina básica

La Audiencia Nacional, aplicando doctrina consolidada del TS y del TC, reafirma que el derecho de «información pasiva» integra el contenido esencial de la libertad sindical de los sindicatos, en cuanto que permite a dichas organizaciones realizar el ejercicio efectivo de la actividad sindical en la empresa. Esta posición se sustenta en la STC 281/2005, que subraya que la libertad de información es elemento constitutivo del pluralismo sindical.

Por su parte, el artículo 64.4 d) ET, tras la reforma introducida por el RD-Ley 9/2021 -transformado después en Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el Estatuto de los Trabajadores para garantizar los derechos laborales de los repartidores en plataformas digitales- reconoce expresamente el derecho del comité de empresa a ser informado sobre los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que tienen incidencia en las condiciones laborales. Este derecho informativo es extensivo a los delegados sindicales que no formen parte de la representación unitaria de los trabajadores, en virtud de la igualación de derechos entre ambos establecida por el art. 10.3.1.º LOLS.

En consecuencia, forma parte del derecho fundamental a la libertad sindical informar a los delegados/as de las secciones sindicales sobre los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos que utiliza la empresa para fijar determinadas condiciones de trabajo. No hacerlo, una vez acreditado que la empresa recurre a un sistema algorítmico para la gestión de turnos y libranzas, vulnera el derecho a la libertad sindical de la organización a la que pertenecen aquellos representantes, lo que se traduce en el reconocimiento a dicha organización de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

VII. Parte dispositiva

El art. 182.1 de la LRJS establece que la sentencia declarará haber lugar o no al amparo judicial solicitado y, en caso de estimación de la demanda, según las pretensiones concretamente ejercitadas:

«a) Declarará la existencia o no de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, así como el derecho o libertad infringidos, según su contenido constitucionalmente declarado, dentro de los límites del debate procesal y conforme a las normas y doctrina constitucionales aplicables al caso, hayan sido o no acertadamente invocadas por los litigantes.

b) Declarará la nulidad radical de la actuación del empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada.

c) Ordenará el cese inmediato de la actuación contraria a derechos fundamentales o a libertades públicas, o en su caso, la prohibición de interrumpir una conducta o la obligación de realizar una actividad omitida, cuando una u otra resulten exigibles según la naturaleza del derecho o libertad vulnerados.

d) Dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el artículo 183.»

La SAN n.º 101/2025, tras estimar la demanda de tutela de derechos fundamentales promovida por el sindicato CGT:

- Declara la vulneración del derecho fundamental de libertad sindical del sindicato CGT por la empresa demandada, por no informar a los delegados/as de CGT de las secciones sindicales de Barcelona, Madrid y Sevilla, sobre los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos que posee la empresa y que afectan

a las condiciones de la plantilla, así como del sistema algorítmico o automatizado que se está usando para la asignación de las libranzas variables a la plantilla en los centros de trabajo de Barcelona, Madrid y Sevilla.

-Declara la nulidad de la práctica empresarial de no informar a los delegados/as de CGT de las secciones sindicales de Barcelona, Madrid y Sevilla, sobre los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos que posee la empresa y que afectan a las condiciones de la plantilla, así como del sistema algorítmico o automatizado que se está usando para la asignación de las libranzas variables a la plantilla en los centros de trabajo de Barcelona, Madrid y Sevilla.

-Condena a la empresa demandada a abonar al sindicato CGT la cantidad de 6.250 euros en concepto de indemnización por los daños y perjuicios causados por la vulneración de la libertad sindical.

-Condena a la empresa demandada a informar de manera inmediata, de forma clara y accesible a los delegados/as de las secciones sindicales de CGT de Barcelona, Madrid y Sevilla sobre los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos que posee la empresa y que afectan a las condiciones de la plantilla, así como del sistema algorítmico o automatizado que se está usando para la asignación de las libranzas variables a la plantilla en los centros de trabajo de Barcelona, Madrid y Sevilla.

VIII. Pasajes decisivos

-«El derecho de información forma parte del contenido esencial del derecho a la libertad sindical en su vertiente de derecho a la actividad sindical en la empresa» (FD 3.º).

-«A todo ello, hemos de añadir que el art. 64.4 dispone que *"El comité de empresa, con la periodicidad que proceda en cada caso, tendrá derecho a: d) Ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles"* y que tal derecho de información es igualmente predicable respecto de los Delegados Sindicales por mor de lo dispuesto en el art. 10 de la LOLS, redacción esta que le fue dada por el artículo único de la Ley 12/2021 de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales.» (FD 3.º, in fine).

-«La plasmación de todo lo expuesto nos ha de llevar a la conclusión de que se habrá vulnerado el derecho a la libertad sindical de CGT- en las secciones sindicales y los delegados de estas, no son sino la representación de dicha organización en la empresa- si constan, al menos indicios, de que la empresa debería haber dado algún tipo de información respecto de los requerimientos efectuados en fecha 27 de junio y 11 de julio de 2024 y 18 de marzo de 2025 distinta a la que proporcionó el día 15 de julio de 2024 que, en síntesis, era que no se proporcionaba porque no se utilizaba.» (FD 4.º).

-«Y, dicho lo cual, y descendiendo al relato histórico de la presente resolución resulta que CGT no sólo ha aportado indicios de que la empresa utiliza algoritmos o fórmulas matemáticas para programar el sistema de libranza del personal a turnos rotatorios, sino que lo ha probado de forma directa ya que, de un lado, así se constató en nuestra SAN 142/2024 de 5 de noviembre (autos 315/2024) y a así lo ha reiterado el testigo propuesto por la empresa que desempeña el cargo de Jefe de producción.» (FD 4.º).

-«Ello, nos ha de llevar lesionado el derecho a la libertad sindical de CGT» (FD 4.º).

-«Atendiendo a las consideraciones anteriores, el art. 7.7 de la LISOS, referido a la infracción grave consistente en la transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales, en los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos, prevé la aplicación del art. 40.1.b) del mismo texto normativo en materia de sanciones en materia de relaciones laborales y empleo para faltas graves. Este último precepto dispone como sanción para las infracciones graves: en su grado mínimo, de 751 a 1.500 euros; en su grado medio de 1.501 a 3.750 euros; y en su grado máximo de 3.751 a 7.500 euros.» (FD 5.º)

-«En nuestro caso, valorando el volumen de empleo en la empresa y que, en cierto modo, esta ha faltado a la verdad para no proporcionar información alguna que debió proporcionar, consideramos que la cuantía de la indemnización reclamada por CGT colme con las finalidades resarcitoria y disuasoria propias de la indemnización que se reclama.»

IX. Comentario

La Audiencia Nacional, con una argumentación técnicamente impecable y relevancia constitucional, concluye que el contenido esencial del derecho a la libertad sindical de las organizaciones sindicales incluye la posibilidad real y efectiva de controlar las condiciones laborales y defender los intereses de las personas trabajadoras a las que representan. En el contexto actual de digitalización del trabajo, el acceso a la información sobre los algoritmos utilizados en las organizaciones productivas que afectan a la gestión y condiciones laborales constituye un elemento esencial de dicha actuación representativa.

La negativa empresarial a compartir con los representantes sindicales la información sobre los parámetros, criterios y reglas de funcionamiento de los algoritmos y sistemas automatizados de toma de decisiones con repercusión en el empleo no solo infringe el deber legal de información previsto en el art. 64.4.d) del ET, sino que obstaculiza el ejercicio del derecho fundamental a la libertad sindical de los sindicatos, en su dimensión de acción sindical en la empresa, lo que eleva el nivel de protección jurídica del derecho lesionado. Vulneración que se configura como directa, no meramente incidental.

Sentado lo anterior, el eje del litigio se centra en una cuestión puramente fáctica, cual fue la constatación de si la empresa utilizaba efectivamente un sistema algorítmico para asignar los descansos. Conclusión a la que la AN accede sin la mayor dificultad, toda vez que el sindicato CGT no solo ha aportado indicios de que la empresa utiliza algoritmos o fórmulas matemáticas para programar el sistema de libranza del personal a turnos rotatorios, sino que lo ha probado de forma directa, ya que: 1) la utilización por la empresa del aludido sistema informático había sido reconocido por el propio empresario en un proceso anterior de conflicto colectivo que implicó a los mismos litigantes (SAN 142/2024, de 05/11/2024); 2) un testigo de la parte demanda, jefe de producción, confirmó la veracidad de dicho elemento fáctico en el presente procedimiento.

Como corresponde al fallo de una sentencia estimatoria recaída en el proceso de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, la AN emite en este caso, en congruencia con lo solicitado en la demanda rectora de las actuaciones, un triple pronunciamiento declarativo, inhibitorio y resarcitorio: declara vulnerado el derecho a la libertad sindical del sindicato actor, declara nula la práctica empresarial, ordena el cese de la conducta y la entrega inmediata de la información solicitada, y condena a la empresa al pago de una indemnización de 6.250 euros.

En cuanto a la indemnización impuesta a la empresa por la vulneración del derecho a la libertad sindical, su importe coincide con el solicitado en demanda por el sindicato CGT. A tal efecto, tras reproducir los preceptos de la LRJS (arts. 182 y 183) en los que se sustenta la respuesta judicial una vez constatada la vulneración del derecho fundamental y la obligación de fijar una indemnización; recordando la doctrina

fijada por la Sala Cuarta del TS sobre la forma de determinar la cuantía de las indemnizaciones (en especial, por daños morales, que son las que ofrecen mayor dificultad en su concreción), con reproducción de doctrina contenida en la STS de 8-11-2023 (rco. 204/2021) que a su vez cita la STS de 5-10-2017 (rcud. 2497/2015); y tomando en consideración la regulación contenida en la LISOS, en concreto en sus arts. 7.7 y 40.1.b), el primero tipificando como infracción grave «transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales, en los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos», y el segundo fijando la cuantía a imponer, en su grado mínimo (de 751 a 1.500 euros), medio (de 1.501 a 3.750 euros) y máximo (de 3.751 a 7.500 euros), la AN concluye que «valorando el volumen de empleo en la empresa y que, en cierto modo, esta ha faltado a la verdad para no proporcionar información alguna que debió proporcionar, consideramos que la cuantía de la indemnización reclamada por CGT colme con las finalidades resarcitoria y disuasoria propias de la indemnización que se reclama».

X. Apunte final

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de julio de 2025 es firme al no haber sido recurrida por la empresa, y si bien no sienta jurisprudencia (por no proceder del Tribunal Supremo), supone un avance decisivo en la protección de los derechos colectivos de las personas trabajadoras ante la creciente automatización y gestión algorítmica del trabajo. Se trata de una resolución judicial que refuerza la exigencia de transparencia algorítmica como instrumento indispensable para el desempeño real y efectivo de la labor de acción sindical en el interior de las organizaciones productivas^[1].

Para finalizar este comentario, cabe señalar que, en el plano europeo, el Reglamento General de Protección de Datos de 2016, la Directiva (UE) 2019/1152, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, la Directiva (UE) 2024/2831, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas, y el Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Inteligencia Artificial, son ejemplos de cómo la legislación europea está evolucionando para adaptarse a las nuevas formas de empleo y mejorar las condiciones de trabajo en el contexto digital. Estas disposiciones imponen obligaciones de transparencia y explicabilidad sobre el uso de algoritmos laborales, anticipando una tendencia que la jurisprudencia española comienza a consolidar en su aplicación práctica.

Referencias:

1. [^] Como certeramente ha señalado el profesor Montoya Medina, «El fallo, aunque no firme, refuerza la obligación empresarial de colaboración informativa respecto de los representantes de los trabajadores y establece un precedente significativo sobre el alcance de los derechos de información sindical en entornos de gestión digital del trabajo» (“El deber de informar a los representantes sindicales sobre los algoritmos en la gestión de descansos. A propósito de la SAN de 4 de julio de 2025”, *Briefs AEDTSS*, número 78, 2025, <https://www.aedtss.com/el-deber-de-informar-a-los-representantes-sindicales-sobre-los-algoritmos-en-la-gestion-de-descansos-a-proposito-de-la-san-de-4-de-julio-de-2025/>). Véase también el comentario sobre esta importante sentencia a cargo del profesor Eduardo Rojo Torrecilla, “Empresa que niega el uso de algoritmos en las relaciones

de trabajo, y queda probada en juicio su utilización. Vulneración del derecho fundamental de libertad sindical. Notas a la sentencia de la AN de 4 de julio de 2025 (actualización a 16 de julio)", en el blog del autor El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales, miércoles, 9 de julio de 2025, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2025/07/empresa-que-niega-el-uso-de-algoritmos.html>

§ 79 ¿Qué calificación merece el despido disciplinario basado en única prueba que es ilícita? A propósito de la prueba de registro de taquilla obtenida con vulneración del derecho fundamental a la intimidad.

María Areta Martínez

Secretaria de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos

Resumen: La STSJ de Madrid-SOC núm. 316/2025, de 24 de abril, desestima el recurso de suplicación núm. 154/2025 y confirma la sentencia de instancia, que declara improcedente el despido disciplinario de una trabajadora, condenando además a la empresa al pago de una indemnización por daño moral (7.501 euros) vinculado a lesión de derecho fundamental. La única prueba presentada por la empresa (tienda de ropa) para acreditar los hechos imputados en la carta de despido ha sido declarada nula al obtenerse vulnerando el derecho a la intimidad de la trabajadora: la empresa ha encontrado en el interior de su taquilla varias prendas nuevas etiquetadas, sin que conste la venta de una de ellas. El Convenio Colectivo aplicable considera tal hecho un hurto, que tipifica como infracción muy grave. El caso tiene la particularidad de que la empresa ha abierto la taquilla para vaciar su interior y sustituirla por otra sin estar presente la trabajadora y sin haber sido informada previamente por encontrarse de baja médica (situación de incapacidad temporal). La trabajadora ha sido despedida a los pocos días de reincorporarse a su puesto de trabajo tras el alta médica y no haber presentado justificante de compra de la prenda en cuestión.

Palabras clave: Prueba de registro de taquilla. Prueba ilícita por obtenerse con lesión de derechos fundamentales. Derecho a la intimidad. Despido disciplinario improcedente. Indemnización por daño moral.

I. Introducción

Las páginas que siguen a continuación tienen por objeto comentar los Antecedentes de Hecho, los Fundamentos de Derecho y el Fallo de la STSJ de Madrid-SOC núm. 316/2025, de 24 de abril (ECLI:ES:TSJM:2025:5768), que resuelve el recurso de suplicación núm. 154/2025 interpuesto por la empresa demandada frente la sentencia de 22 de noviembre de 2024, dictada por el JS núm. 41 de Madrid (autos núm. 585/2024) en materia de despido disciplinario.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sección Cuarta de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 316/2025, de 24 de abril.

Tipo y número de procedimiento: recurso de suplicación núm. 154/2025.

ECLI:ES:TSJM:2025: 5768.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Aurora de la Cueva Aleu.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión de fondo consiste en determinar cómo ha de calificarse el despido disciplinario de una trabajadora cuando la única prueba presentada por la empresa para acreditar los hechos recogidos en la carta de despido ha sido obtenida ilícitamente por lesionar el derecho fundamental a la intimidad. En conexión con la cuestión principal se plantea otra, y es si la empresa vulnera el derecho a la intimidad de una trabajadora cuando registra su taquilla estando de baja médica; el registro se ha llevado a cabo sin estar presente la trabajadora y sin haber sido informada previamente de ello por encontrarse en situación de incapacidad temporal (IT). La empresa ha abierto la taquilla para vaciar su contenido antes de retirarla y sustituirla por otra nueva, y ha sido en esa operación cuando ha encontrado en su interior varias prendas nuevas etiquetadas, comprobando que no consta la venta de una de ellas.

En orden a la resolución de la cuestión de fondo planteada destaca el *iter* cronológico señalado a continuación:

- El **23 de junio de 1999**, la trabajadora despedida comienza a prestar servicios en la empresa (Zara España, SA) como gestora de operaciones de la sección de señoras.
- Desde el **11 de septiembre de 2023 hasta el 12 de febrero de 2024**, la trabajadora ha estado en situación de IT.
- A finales de 2023 (fecha sin determinar), la empresa, con ocasión de una obra ejecutada en el centro de trabajo, abre la taquilla de la trabajadora en situación de IT, sin su presencia y sin haber sido previamente informada.
- El **13 de febrero de 2024**, la trabajadora se reincorpora a su puesto de trabajo tras recibir el alta médica que pone fin a la IT.
- El **27 de febrero de 2024**, la empresa remite comunicación escrita a la trabajadora en la que le solicita el justificante de compra de un artículo (calzado) de la tienda encontrado en el interior de su taquilla con la etiqueta puesta y respecto del que no consta venta registrada. En esa misma comunicación, la empresa informa a la trabajadora que la apertura de su taquilla, mientras estaba en IT, se llevó a cabo en los términos siguientes:
 - Con ocasión de la obra ejecutada en el centro de trabajo donde presta servicios, la empresa ha tenido que desprenderse de todas las taquillas antiguas para sustituirlas por otras nuevas.
 - Con ocasión de dicha operación, la empresa procedió a la apertura de su taquilla para vaciar su contenido antes de sustituirla por la nueva. La apertura de la taquilla tuvo lugar en presencia de las cuatro personas siguientes: 1) subdirectora de la tienda, 2) mánager de caballeros, 3) representante de los trabajadores y 4) jefe de obra.

- Al abrir la taquilla, la empresa halló casualmente en su interior cinco artículos de la tienda con sus etiquetas, que fueron depositados en la nueva taquilla.
- El **21 de marzo de 2024**, la empresa entrega carta de despido disciplinario a la trabajadora, en la que hace constar que: 1) los cinco artículos encontrados en la taquilla presentaban una unidad de merma en el stock de la tienda, sin que conste venta registrada de uno de ellos y sin que la trabajadora haya podido acreditar su compra; y 2) el artículo 66.C.5 del Convenio Colectivos del sector textil de la Comunidad de Madrid tipifica como infracción muy grave: «robo, hurto, malversación cometidos tanto a la empresa como a los compañeros de trabajo o a cualquier otra persona dentro de las dependencias de la empresa o durante la jornada laboral en cualquier otro lugar».
- El **17 de abril de 2024**, la trabajadora presenta papeleta de conciliación extrajudicial.
- El **8 de mayo de 2024** tiene lugar el acto de conciliación extrajudicial ante el SMAC, que finaliza sin avenencia, quedando abierta la vía judicial.
- El **22 de noviembre de 2024**, el JS núm. 41 de Madrid dicta sentencia de despido (autos núm. 585/2024), que estima la demanda de la trabajadora:
 - Declarando la improcedencia del despido, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración y a que opte entre: 1) readmitir a la trabajadora demandante en su puesto de trabajo, en las mismas condiciones que regían antes del despido, y abonar los salarios de tramitación a razón de 126,03 euros/día, o 2) indemnizar a la trabajadora en la cuantía de 90.742,72 euros.
 - Condenando a la empresa demandada a abonar a la trabajadora demandante, en concepto de vulneración del derecho fundamental a la intimidad, la cantidad de 7.501,00 euros.

La empresa anuncia recurso de suplicación frente a la sentencia del JS núm. 41 de Madrid, de 22 de noviembre de 2024, formalizándolo posteriormente. El recurso de suplicación fue objeto de impugnación por la trabajadora.

- El **24 de febrero de 2025** tiene entrada en la Sección Cuarta de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid los autos principales en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.
- El **24 de abril de 2025**, la Sección Cuarta de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid dicta sentencia que resuelve el recurso de suplicación, y que es objeto de comentario en las páginas que siguen a continuación.

IV. Posiciones de las partes

1. La parte recurrente: empresa

La empresa interpone recurso de suplicación frente a la sentencia del JS núm. 41 de Madrid, de 22 de noviembre de 2024 (autos núm. 585/2024), que declara improcedente el despido disciplinario de la trabajadora demandante, con las consecuencias inherentes a dicha declaración, y, además, condena a la empresa al pago de 7.501,00 euros a la trabajadora en concepto de indemnización por daño moral derivado de vulneración de derecho fundamental a la intimidad.

La empresa formula cinco motivos en su recurso de suplicación:

- **Motivo primero, al amparo del artículo 193.a) de la LRJS.** La empresa denuncia infracción del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por considerar que el JS ha realizado una valoración irrazonable y arbitraria de la prueba. La empresa alega que el informe aportado pone de manifiesto no solo las discrepancias entre el inventario y las existencias, sino también que, entre las prendas halladas en la taquilla de la trabajadora, hay unas zapatillas que no han sido vendidas en ningún momento, registrándose la falta de una unidad en el stock que correspondiente con la talla del producto hallado. La empresa solicita la nulidad de la sentencia porque la trabajadora no ha aportado prueba que acredite que las zapatillas en cuestión eran suyas, sin que el JS haya valorado adecuadamente la lista de compras realizada por la trabajadora ni los tiques de las transacciones efectuadas con la tarjeta Affinity durante el año anterior al proceso de IT. El motivo se desestima.
- **Motivos segundo y tercero, al amparo del artículo 193.b) de la LRJS.** La empresa solicita la adición de dos hechos. Ambos motivos se desestiman.
- **Motivo cuarto, al amparo del artículo 193.c) de la LRJS.** La empresa denuncia infracción de los artículos 54, 55 y 56 del ET, y del artículo 66.C del Convenio Colectivo aplicable. La Sala de lo Social del TSJ de Madrid desestima este motivo porque del relato de hechos probados recogido en la sentencia del JS no se desprende que las zapatillas encontradas en la taquilla de la trabajadora coincidan con las que la empresa tenía a la venta. El motivo se desestima.
- **Quinto motivo, al amparo del artículo 193.c) de la LRJL.** La empresa denuncia infracción del artículo 18 del ET y jurisprudencia que cita. La empresa alega que existía una justificación para la apertura de la taquilla de la trabajadora, que es la realización de obras para el reacondicionamiento de la tienda, que incluían el cambio integral de las taquillas existentes y por ello el personal del punto de venta procedió al vaciado de estas, quedando pendientes de vaciar las taquillas de la trabajadora demandante y de otra trabajadora, por encontrarse ambas en IT. La empresa también alega que al abrir la taquilla de la trabajadora demandante cumplió con los requisitos legales y jurisprudenciales establecidos al efecto. La empresa considera que no ha llevado a cabo un registro de taquilla, sino una medida dirigida a la preservación de los bienes contenidos en la taquilla y que el objetivo de tal acción tuvo como único objetivo evitar cualquier tipo de perjuicio o molestia a la trabajadora. La empresa concluye señalando que su actuación ha sido proporcional, razonable y que no ha supuesto vulneración de derecho fundamental alguno. La Sala de lo Social del TSJ de Madrid entra a analizar este motivo.

2. La parte recurrida: trabajadora despedida

La trabajadora se opone al recurso de suplicación. La sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid no precisa más al respecto.

3. Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal ha emitido informe, sin que la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid precise el sentido del mismo.

V. Normativa aplicable al caso

La STSJ de Madrid-SOC núm. 316/2025, de 24 de abril (Recurso de suplicación núm. 154/2025) aplica la normativa y jurisprudencia señaladas a continuación:

- Normativa aplicable:
 - Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS) (BOE núm. 245, de 11 octubre 2011).
 - Real Decreto Legislativo 2/2025, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) (BOE núm. 255, de 24 octubre 2015): artículos 18, 20.3, 54, 55 y 56.
 - Convenio Colectivo del sector del comercio textil de la Comunidad de Madrid (Código convenio núm. 28000795011982) (BOCM núm. 59, de 9 marzo 2024): artículo 66.C.5.
- Jurisprudencia:
 - STS-SOC núm. 696/2022, de 26 de julio (RCUD núm. 1675/2021. ECLI:ES:TS:2022:3192).
 - STC (Sala Primera) 61/2021, de 15 de marzo (Recurso de amparo núm. 6838/2019. ECLI:ES:TC:2021:61).

VI. Doctrina básica

Con arreglo a la normativa y jurisprudencia aplicables al caso, la STSJ de Madrid-SOC núm. 316/2025, de 24 de abril (Recurso de suplicación núm. 154/2025), establece la siguiente doctrina sobre la nulidad o improcedencia del despido disciplinario basado en prueba ilícita por lesión de derechos fundamentales:

- Los hechos acreditados a través de una prueba ilícita no han de ser tomados en consideración. La prueba obtenida ilícitamente, por vulnerar un derecho fundamental, es nula. Concretamente, la prueba de registro de taquilla es nula cuando se obtiene lesionando el derecho a la intimidad de la persona trabajadora. En este sentido, no tiene validez el registro de taquilla cuando la persona trabajadora afectada no está presente ni ha sido previamente informada. El hecho de que la persona trabajadora se halle en situación de IT no justifica la licitud del registro de su taquilla llevado a cabo por la empresa si esta no ha desplegado previamente una labor pro activa, tratando de localizar de algún modo a la trabajadora para informarle y requerir su presencia o consentimiento.
- El despido disciplinario basado en una única prueba ilícita, por haber sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales, no es automáticamente nulo. A la vista de las circunstancias del caso ahora examinado, la nulidad de la prueba no determina automáticamente la nulidad del despido disciplinario, por lo que procede la declaración de improcedencia, con todos los efectos derivados de ella.

VII. Parte dispositiva

La STSJ de Madrid-SOC núm. 316/2025, de 24 de abril falla en los términos siguientes:

- Desestimar el recurso de suplicación núm. 154/2025 interpuesto por la empresa contra la sentencia del JS núm. 41 de Madrid, de 22 de noviembre de 2024 (autos núm. 585/2024), en reclamación de despido, y confirmar la misma.
- Condenar a la empresa recurrente a la pérdida del depósito y consignación efectuados para recurrir.

- Condenar a la empresa recurrente al abono de 800 euros a la trabajadora demandante en concepto de honorarios de Abogado.

VIII. Comentario

1. Nulidad de la prueba de registro de taquilla

El artículo 18 del ET establece que *Solo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible.* De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18 del ET, el registro de taquillas del personal se configura en torno a los cuatro elementos siguientes: 1) finalidad del registro, 2) lugar y momento del registro, 3) personas presentes en el registro, y 4) modo de realizar el registro.

- **Finalidad del registro de taquillas.** El registro de taquillas es excepcional, y la empresa podrá realizarlo con una única finalidad, que es garantizar la protección del patrimonio empresarial y/o el de las personas trabajadoras. El registro efectuado con una finalidad distinta lesiona el derecho fundamental a la intimidad. La empresa solo puede registrar la taquilla de una persona trabajadora cuando resulte necesario para proteger el patrimonio. El artículo 18 del ET faculta a la empresa para abrir una taquilla cuando tiene sospecha fundada de que el patrimonio está en peligro; dicho de otro modo: la sospecha debe existir antes de abrir la taquilla. En el caso ahora examinado, la empresa sospecha que su patrimonio está en peligro después de abrir la taquilla e identificar su contenido, no antes. Además, la empresa no se limita a abrir la taquilla y trasladar su contenido a otra nueva, sino que abre la taquilla y registra su contenido. En el caso ahora examinado, el TSJ considera que no se está ante un *hallazgo casual de la empresa, sino ante la apertura y registro de un espacio del ámbito personal de la persona trabajadora, protegido por su derecho a la intimidad, que queda fuera de la ejecución del contrato de trabajo y de los poderes empresariales ordinarios.* Si la empresa va a sustituir las taquillas existentes por otras nuevas, las personas trabajadoras son las únicas que pueden vaciar su contenido. El artículo 18 del ET no faculta a la empresa para vaciar la taquilla de las personas trabajadoras que temporalmente no prestan servicios por hallarse en alguna de las situaciones siguientes: IT, vacaciones, permiso retribuido, excedencia, etc. Cuando la persona trabajadora está en situación de IT, la empresa no puede vaciar su taquilla para trasladar los enseres a otra. En tal caso, la empresa tiene dos opciones:
 - Primera opción: esperar a que la persona trabajadora reciba el alta médica y se reincorpore para que sea esta quien vacíe su taquilla. Esta opción obliga a la empresa a guardar la taquilla cerrada en lugar seguro mientras la persona trabajadora continúe en situación de IT. Esta opción hubiera resultado factible en el caso ahora examinado, y es que la propia STSJ de Madrid-SOC núm. 316/202 indica que *no consta que fuera necesaria la apertura de la taquilla de la trabajadora, ni que ella fuera motivada por una causa de fuerza mayor, ni que fuera urgente y no pudiera esperar a que la trabajadora hubiera accedido libremente de forma privada a su taquilla para retirar los enseres que en ella se encontraban, ya fuese durante su periodo de IT, comunicándole la necesidad del*

cambio de taquilla, ya fuera reservando la taquilla vieja hasta que hubiera podido acceder [...] a su contenido.

- Segunda opción: localizar a la persona trabajadora que se halla en IT para informarle de que va a proceder a sustituir las taquillas y de que es preciso vaciar la suya. En tal caso, la persona trabajadora en IT que no pueda asistir al centro de trabajo para vaciar su taquilla podrá prestar su consentimiento para que la empresa la vacíe. Esta opción lleva a cuestionar en qué casos la empresa puede contactar con la persona trabajadora en situación de IT sin que ello vulnere sus derechos a la intimidad y a la desconexión digital. La STSJ de Madrid-SOC núm. 316/2025 admite expresamente esta opción, señalando que *la no perturbación de la tranquilidad de quien está en IT [...] debe ponderarse con la protección de su intimidad, y la labor de armonización entre ambos derechos exigía una labor proactiva de la empresa, intentando, al menos, localizar por algún medio a la trabajadora, que no realizó.*
- **Dónde y cuándo realizar el registro.** El registro de una taquilla debe realizarse dentro del centro de trabajo y durante el horario laboral de la persona trabajadora afectada, posibilitando así la presencia de esta.
- **Personas presentes en el registro.** El registro de taquilla debe realizarse en presencia de las tres personas siguientes: 1) la empresa (persona designada por la dirección de la empresa), que es quien lleva a cabo el registro; 2) la persona trabajadora afectada, cuya taquilla se registra; y 3) un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia, otra persona trabajadora de la empresa, si es posible, que actuará como testigo para comprobar que el registro se lleva a cabo dentro del marco de la legalidad. En el caso ahora examinado, hay dos elementos que determinan que el registro de la taquilla sea una prueba ilícita por vulnerar el derecho a la intimidad, y son que se ha realizado sin presencia de la trabajadora afectada, que se hallaba en IT, y con presencia de una persona totalmente ajena a la relación laboral, que es el jefe de la obra. En este sentido, la STSJ de Madrid-SOC núm. 316/2025 comparte el criterio del JS núm. 41 de Madrid al señalar que *La apertura y registro de una taquilla que se realiza sin presencia de la trabajadora, a la que no ha sido convocada y de la que ni si quiera es informada, y que es ejecutada, además, en presencia de tres personas (subdirectora de la tienda, compañera y persona totalmente ajena a la relación laboral como es el jefe de obra) no respeta, en absoluto, la dignidad e intimidad de la trabajadora, al margen de que tampoco obedece a los supuestos excepcionales referidos en el art. 18 ET, evidenciando de forma clara la ausencia del necesario requisito de proporcionalidad.*
- **Límites al realizar el registro de taquilla.** El registro de una taquilla se llevará a cabo siempre que resulte necesario para el fin previsto, no siendo posible adoptar otra medida menos lesiva para igual fin. Además, el registro deberá respetar al máximo la intimidad y dignidad de la persona trabajadora afectada.

2. Calificación del despido disciplinario basado en prueba ilícita

En el caso ahora examinado, los hechos que la empresa imputa a la persona trabajadora en la carta de despido disciplinario se basan en una única prueba, que resulta nula por haberse obtenido ilícitamente, vulnerando el derecho fundamental a la

intimidad. Llegados a este punto la cuestión pasa por determinar si la nulidad de la prueba de los hechos justificativos del despido disciplinario determina o no, automáticamente, la nulidad del despido; dicho de otro modo: si la nulidad de la prueba de los hechos justificativos del despido disciplinario determina la nulidad o la improcedencia del despido. La doctrina judicial de la Sala de lo Social de los TSJ de Cataluña^[1] y Galicia^[2] identifican hasta tres corrientes (tesis) distintas que responden a la cuestión planteada; a saber:

- **Primera.** La **tesis de la irradiación** entiende que la nulidad de la prueba conduce automáticamente a la nulidad del despido.
- **Segunda.** La **tesis de la independencia** sostiene que ambas cuestiones (nulidad de la prueba y nulidad del despido disciplinario) operan en planos distintos: la nulidad de la prueba opera en el plano del Derecho procesal, mientras que la nulidad del despido opera en el plano del Derecho sustantivo.
- **Tercera.** La **tesis que apunta a distinguir supuestos (circunstancias del caso concreto)**. Esta tercera tesis surge de la STC núm. 61/2021, que *ha rechazado ofrecer una interpretación constitucional de alcance general, y en el caso concreto consideró razonable desde la perspectiva de la motivación de las sentencias y del derecho a la tutela judicial efectiva, una interpretación de la legalidad ordinaria según la cual (insistimos: en el caso) la nulidad de la prueba no conducía a la del despido.*

La tercera tesis es precisamente la mantenida tanto por el TSJ de Galicia, como por el TSJ de Cataluña y el TSJ de Madrid. La STSJ de Madrid-SOC núm. 316/2025, que ahora se comenta, recuerda que el TC ha considerado que la calificación del despido es cuestión de legalidad ordinaria. El TSJ de Madrid recuerda también que la STC núm. 61/2021 *ha señalado que la interpretación constitucional no es instrumento adecuado para descartar ninguna de las dos opciones interpretativas enfrentadas: que siempre será nulo el despido cuando se base en una prueba nula, o que siempre será improcedente si se elimina la prueba nula y no existen otras válidas, pero también ha dado a entender que no es irrazonable desligar la nulidad de la prueba de la calificación del despido al afirmar que un despido no es necesariamente nulo por el hecho de que venga basado en una fuente probatoria que haya comportado la vulneración de derechos fundamentales.* Partiendo de la doctrina constitucional señalada y del artículo 55.5 del ET, el TSJ de Madrid concluye que en el caso examinado *no puede concluirse que la obtención de una prueba con vulneración de un derecho fundamental, aunque sea la única que existe, determine la calificación de nulidad del despido, por lo que procede la declaración de improcedencia, con todos los efectos derivados de ella.* La Sala de lo Social del TS sigue esta misma línea, concluyendo que *no puede proclamarse que entre la calificación del despido y la reconocida lesión extraprocesal de un derecho fundamental pueda afirmarse la existencia de una «consecutividad lógica y jurídica».* Dicho, en otros términos, *no existe un derecho constitucional a la calificación del despido laboral como nulo*^[3].

3. Cuantificación de la indemnización por daños morales derivados de la lesión de derechos fundamentales

La STSJ de Madrid-SOC núm. 316/2025 confirma la sentencia del JS núm. 41 de Madrid, de 22 de noviembre de 2024 (autos núm. 585/2024), que no solo declara la improcedencia del despido disciplinario, por ser ilícita la única prueba de los hechos imputados en la carta de despido, sino que además condena a la empresa a abonar a

la trabajadora una indemnización por daño moral derivado de la lesión del derecho fundamental a la intimidad, cuya cuantía fija en 7.501 euros.

Al fijar la cuantía de la indemnización por daño moral, la sentencia del JS núm. 41 de Madrid no hace sino aplicar la doctrina actual de la Sala de lo Social del TS en materia de cuantificación de la indemnización por daños morales derivados de la lesión de derechos fundamentales. Esta doctrina se recoge, entre otras, en la reciente STS-SOC núm. 242/2025, de 25 de marzo (RCUD núm. 1178/2024. ECLI:ES:TS:2025:1287), y puede sintetizarse en las cuatro ideas siguientes:

- **Primera idea:** los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental, y al ser especialmente difícil su estimación detallada, deben flexibilizarse las exigencias normales para la determinación de la indemnización.
- **Segunda idea:** la indemnización por daños morales abre la vía a la posibilidad de que sea el órgano judicial quien establezca prudencialmente su cuantía, sin que pueda exigirse al reclamante la aportación de bases más exactas y precisas para su determinación, en tanto que en esta materia se produce la *«inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño [moral] esencialmente consiste ... [lo que] lleva, por una parte, a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración ... y, por otra parte, "diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio" de la aplicación de parámetros objetivos, pues "los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados no tienen directa o secuencialmente una traducción económica"*. La exigible identificación de circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada ha de excepcionarse en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada».
- **Tercera idea:** para cuantificar la indemnización por daños morales resulta admisible la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS. Con la utilización de los elementos que ofrece la cuantificación de las sanciones de la LISOS, no se hace una aplicación sistemática y directa de la misma, sino que se atiende a la razonabilidad que algunas de esas cifras ofrecen para la solución del caso, atendida a la gravedad de la vulneración del derecho fundamental.
- **Cuarta idea:** al fijar la cuantía de la indemnización por daño moral se toma en cuenta el objetivo no solo resarcitorio, sino también el preventivo. Sucede que la utilización de los elementos que ofrece la cuantificación de las sanciones de la LISOS no resulta, por sí mismo, suficiente para cumplir con relativa precisión la doble función de resarcir el daño y de servir de elemento disuasorio para impedir futuras vulneraciones del derecho fundamental. Ello es debido a que la horquilla de la cuantificación de las sanciones en la LISOS para un mismo tipo de falta (leve, grave, muy grave) resulta ser excesivamente amplia. Por ello, el TS considera que el recurso a las sanciones de la LISOS debe ir acompañado de una valoración de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, tales como: 1) la antigüedad del trabajador en la empresa, 2) la persistencia temporal de la vulneración del derecho fundamental, 3) la intensidad del quebrantamiento del derecho, 4) las consecuencias que se provoquen en la situación personal o social del trabajador o del sujeto titular del derecho infringido, 5) la posible reincidencia en conductas vulneradoras, 6) el

carácter pluriofensivo de la lesión, 7) el contexto en el que se haya podido producir la conducta u 8) una actitud tendente a impedir la defensa y protección del derecho transgredido.

En el caso ahora examinado, el JS núm. 41 de Madrid ha utilizado la LISOS como criterio orientador para fijar la cuantía de la indemnización por daño moral vinculado a la lesión del derecho fundamental a la intimidad. El artículo 40.1.c) de la LISOS señala que la sanción pecuniaria (multa) por la comisión de una falta muy grave en materia laboral puede fijarse entre 7.501 euros y 225.018 euros. Nótese que el JS núm. 41 de Madrid fija la cuantía de la indemnización por daño moral en 7.501 euros, es decir, ha tomado la cuantía mínima que el artículo 40.1.c) de la LISOS fija para las sanciones por infracciones muy graves en materia laboral. Llegados a este punto no resulta baladí examinar si la indemnización de 7.501 euros cumple en este caso su doble finalidad resarcitoria y preventiva. Cabría formular la siguiente pregunta: ¿el juzgador de instancia ha tenido en cuenta las circunstancias del caso concreto al fijar la cuantía de la indemnización? Conviene examinar, entre otras, las dos circunstancias concurrentes siguientes:

- **Primera circunstancia: la antigüedad de la trabajadora.** La trabajadora comenzó a prestar servicios el 23 de junio de 1999 y fue despedida el 21 de marzo de 2024. Por tanto, la antigüedad de la trabajadora es de casi 25 años. No parece que el JS haya tenido en cuenta esta circunstancia del caso concreto (antigüedad) al fijar la cuantía de la indemnización. Tal vez, la elevada antigüedad de la trabajadora pueda justificar que la cuantía de la indemnización por lesión de su derecho a la intimidad se sitúe por encima de los 7.501 euros. Cabe entender que, a mayor antigüedad, mayor ha de ser la cuantía de la indemnización por daño moral. Conviene examinar hasta qué punto la antigüedad de la trabajadora podría justificar una indemnización por daño moral de cuantía superior. Al cuantificar la indemnización por daño moral, el JS ha tomado como referencia el artículo 40.1.c) de la LISOS, que fija la sanción (multa) por infracción muy grave en materia laboral entre un mínimo de 7.501 euros y un máximo de 225.018 euros. Nótese que el mismo artículo 40.1.c) de la LISOS ordena la sanción en tres grados: 1) mínimo, entre 7.501 y 30.000 euros; 2) medio, entre 30.001 y 120.005 euros; y 3) máximo, entre 120.006 y 225.018 euros. Por tanto, a partir del artículo 40.1.c) de la LISOS, el JS parte de la sanción en grado mínimo y toma su cuantía mínima. Tal vez sea oportuno examinar si, a la vista de la elevada antigüedad de la trabajadora, quedaría justificada una indemnización por daño moral de cuantía superior, que siga tomando como referencia el artículo 40.1.c) de la LISOS al fijar la cuantía de la sanción por infracción muy grave en su grado mínimo; es decir: una indemnización superior a 7.501 euros e inferior a 30.001 euros.
- **Segunda circunstancia: ausencia de ánimo lesivo en la empresa.** El artículo 55.5.párrafo 1.º del ET señala que será nulo el despido disciplinario *que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución Española o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas de la persona trabajadora*. El despido adoptado por la empresa no tiene un móvil discriminatorio. La empresa no ha adoptado el despido con ánimo o intención de lesionar derechos fundamentales de la trabajadora; es por ello que el despido no haya sido declarado nulo. La Sala de lo Social del TSJ de Madrid deja claro que la nulidad del despido no viene dada de forma automática por la nulidad de la prueba obtenida con lesión de derechos fundamentales; es decir: que la nulidad de la prueba no conduce en todo caso a la unidad del despido. Si bien es cierto que la empresa ha lesionado el derecho a la

intimididad de la trabajadora al apartarse del procedimiento legalmente establecido para registrar su taquilla, no es menos cierto que en su actuación no ha estado presente el ánimo o la intención de vulnerar derechos fundamentales. Además, el despido de la trabajadora no guarda relación con su proceso de IT ni consta acreditada la existencia de una relación de causalidad entre la IT de la trabajadora y la obtención ilícita de la prueba del registro de taquilla. De hecho, la empresa alega que si no informó con antelación a la trabajadora sobre el registro de su taquilla fue precisamente por hallarse en IT y para garantizar sus derechos fundamentales durante dicha situación. Cabe entender que la ausencia de ánimo lesivo en la empresa es una circunstancia que atenúa la cuantía de la indemnización por daño moral.

IX. Apunte final

Merece la pena destacar, siguiera sea brevemente y a modo de apunte final, que la STSJ de Madrid-SOC núm. 316/2025 invita a reflexionar sobre dos cuestiones de sumo interés y gran importancia, cuya respuesta no está cerrada jurisprudencial ni doctrinalmente; a saber:

- La calificación judicial del despido disciplinario basado en una única prueba que es nula por haber sido obtenida ilícitamente, vulnerando derechos fundamentales.
- La cuantificación de la indemnización por daño moral vinculado a la vulneración de derechos fundamentales.

Las circunstancias de cada caso concreto son determinantes para dar respuesta a ambas cuestiones.

Referencias:

1. ^ STSJ de Cataluña-SOC núm. 4583/2023, de 13 de julio (Recurso de suplicación núm. 281/2023. ECLI:ES:TSJCAT:2023:7025).
2. ^ STSJ de Galicia-SOC núm. 925/2023, de 15 de febrero (Recurso de suplicación núm. 6281/2022. ECLI:ES:TSJGAL:2023:910); y STSJ de Galicia-SOC núm. 1875/2023, de 13 de abril (Recurso de suplicación núm. 613/2023. ECLI:ES:TSJGAL:2023:2739).
3. ^ Por todas, vid., STS-SOC núm. 696/2022, de 26 de julio (RCUD núm. 1675/2021. ECLI:ES:TS:2022:3192); STS-SOC núm. 551/2023, de 12 de septiembre (RCUD núm. 2261/2022. ECLI:ES:TS:2023:3677); y STS-SOC núm. 23/2025, de 14 de enero (RCUD núm. 5248/2023. ECLI:ES:TS:2025:149).

§ 80 El control funcional de la suplicación en el despido disciplinario: el margen de apreciación judicial como límite entre los hechos probados y la calificación jurídica.

María Emilia Casas Baamonde

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Presidenta Emérita del Tribunal Constitucional

Resumen: La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears aplica el doble control propio de los recursos limitados: revisa la pretensión de la empresa recurrente de que se alteren los hechos probados y de que la valoración del juzgado de instancia sea considerada ilógica, y determina que no hay un error fáctico evidente que justifique modificar el *factum* de su sentencia; confirma la calificación de improcedencia del despido de la sentencia de instancia, que efectúa una interpretación jurídica posible y razonable de la insuficiente gravedad y culpabilidad del incumplimiento contractual de la trabajadora despedida.

Palabras clave: Despido disciplinario. Improcedencia. Recurso de suplicación. Hechos probados. Inmediación. Incumplimiento contractual. Valoración de su gravedad. Margen de apreciación judicial. Políticas internas empresariales. Código de conducta. Conflictos de intereses. Dispositivos digitales empresariales.

Abstract: The judgment of the Labour Chamber of the High Court of Justice of the Balearic Islands applies the twofold review characteristic of limited appeals: it examines the appellant company's request to alter the established facts and to deem the trial court's assessment illogical, and determines that there is no evident factual error warranting modification of the *factum* of the lower court's judgment. It upholds the lower court's finding of unfair dismissal, which provides a possible and reasonable legal interpretation of the insufficient seriousness and culpability of the dismissed employee's contractual breach.

Keywords: Disciplinary dismissal. Unfair dismissal. Appeal for judicial review. Established facts. Principle of immediacy. Contractual breach. Assessment of its seriousness. Judicial margin of appreciation. Internal company policies. Code of conduct. Conflicts of interest. Corporate digital devices.

I. Introducción

La sentencia de suplicación comentada constituye un referente judicial en el análisis de los límites del control revisor en el recurso de suplicación y sobre la distribución de competencias entre los órganos judiciales de instancia y de suplicación en la calificación de un despido disciplinario. La cuestión litigiosa se centra en determinar si el incumplimiento de normas internas empresariales que formalizan políticas empresariales dirigidas a ser cumplidas por los trabajadores —de evitación de

conflictos de intereses, sobre el uso de los medios telemáticos empresariales, y el código de conducta— ostenta la gravedad y culpabilidad suficientes exigidas por el art. 54.1 y 2.d) del Estatuto de los Trabajadores para justificar el despido. El núcleo del conflicto trasciende la mera legalidad de las prohibiciones empresariales para adentrarse en el examen de la proporcionalidad de la sanción disciplinaria extintiva.

En este contexto, la sentencia permite examinar dos principios rectores del proceso laboral:

- La inviolabilidad fáctica de la instancia: la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo establece que el órgano de suplicación, como el de casación, debe respetar los hechos probados fijados por el juzgado de lo social conforme a su plena inmediación en la práctica de la prueba (reciente STS, Sala de lo Social, Pleno, de 14 de noviembre de 2024, con cita de otras muchas)^[1], salvo que se demuestre un error de hecho evidente mediante prueba documental o pericial, en el recurso de suplicación [art. 193.b) LRJS]). Este caso obliga a definir dónde termina el relato fáctico del juez de la inmediación y dónde comienza la calificación jurídica del tribunal superior.

- El alcance de la calificación jurídica: la sala de suplicación posee la función indelegable de revisar la subsunción de los hechos en el Derecho (la calificación del despido como procedente, improcedente o nulo). La jurisprudencia ha matizado que esta revisión no puede sustituir la valoración razonada de la gravedad de la conducta realizada en la instancia, especialmente cuando dicha valoración se inscribe dentro de un margen de apreciación jurídicamente sostenible. Aquí radica el aspecto de mayor interés de la sentencia.

La empresa, tras la declaración de la improcedencia del despido en la instancia, recurre en suplicación a fin de que el tribunal superior modifique la calificación jurídica de improcedencia del despido sobre la base de que la conducta de la trabajadora de incumplimiento de normas internas, aún sin daño económico, quebrantó la buena fe contractual. El tribunal de suplicación, al desestimar el recurso, traza con rigor los límites de su función revisora: por un lado, la sentencia afirma el principio de inmediación, declarando la intangibilidad de los hechos probados y de la valoración fáctica de la instancia ante la ausencia de un error evidente. Por otro lado, la sala ejerce su función de control de legalidad al confirmar que el relato fáctico del juzgado de instancia —que la conducta de la trabajadora era de insuficiente gravedad— constituye una «valoración judicial razonada» y, por ende, supuso la aplicación jurídica válida de la regulación del despido y su calificación de improcedencia, que no debe ser sustituida por el criterio alternativo del órgano revisor.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Superior de Justicia Illes Balears, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 344/2025, de 7 de julio.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de suplicación núm. 185/2025.

ECLI:ES:TSJBAL:2025:674.

Fuente: CENDOJ

Ponente: Ilmo. Sr. D. Alejandro Roa Nonide.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El problema reside en determinar si, tras denegar la revisión de los hechos probados, la valoración del juzgado de instancia sobre la insuficiente gravedad de la conducta de la trabajadora despedida, cuyo despido calificó de improcedente, constituye una valoración judicial razonada que deba ser respetada por el tribunal de

suplicación, o si, por el contrario, implica un error de Derecho que debe ser corregido para declarar la procedencia del despido.

1. Hechos

Según los hechos probados de la sentencia de instancia:

La trabajadora despedida mantenía una relación afectiva con su superior jerárquico, responsable de la delegación de Baleares de la empresa SRCL CONSENUR S.L., con anterioridad a su contratación por aquel, relación sentimental que ni la trabajadora, ni su superior que la contrató, comunicaron a la empresa, cuya actividad consiste en la gestión de residuos industriales y gestión de residuos médicos (AH 1.º, 1.º y 4.º).

La hija de la trabajadora despedida envió al responsable por correo electrónico su currículum. Fue entrevistada, para la cobertura de un puesto vacante del departamento de administración, por la supervisora de dicho departamento, que no conocía esa relación de parentesco, y no fue contratada (AH 1.º, 5.º).

La trabajadora fue despedida, previo procedimiento de investigación y tramitación de expediente contradictorio, por incumplimiento de la normativa interna de la empresa y la transgresión de la buena fe contractual (AH 1.º, 2.º y 3.º).

La empresa tiene una política propio de conflictos de intereses, de aplicación a todos los departamentos y niveles jerárquicos, conocida por todos los trabajadores, que prohíbe a los «miembros del equipo» «participar ni tratar de influir en ninguna decisión relacionada» con la empresa «ni en ningún negocio que pueda beneficiar, o parezca beneficiar, a ellos mismos o a una relación personal cercana», lo que «incluye cualquier decisión de contratar a un pariente personal cercano, o cualquier decisión de contratar, retener, supervisar o pagar a una empresa comercial en los Miembros del equipo o sus parientes personales cercanos trabajen o tengan un interés financiero significativo». Los miembros del equipo «pueden remitir a sus relaciones personales cercanas para puestos de trabajo abiertos» en la empresa, pero pueden «participar en las decisiones de contratación o compensación relacionadas con ellos». Además, los miembros del equipo «deben revelar como COI si tienen una relación personal cercana con alguien que [...] trabaja actualmente» en la empresa (apdo. 6.1). «Los Miembros del equipo son responsables individualmente de comunicar cualquier conducta, situación o circunstancia que pueda constituir un COI [...]. El cumplimiento de esta política es obligatorio. Su incumplimiento puede dar lugar a medidas disciplinarias que pueden incluir el despido, cuando lo permita la legislación aplicable. Algunos ejemplos de incumplimientos son: no revelar rápidamente un COI que existía antes del empleo en Stericycle [empresa matriz de la empresa recurrente] o que surge durante el curso del empleo en Stericycle...» (apdo. 8) (AH 1.º, 6.º).

La empresa también tiene una «Política de Uso aceptable de Dispositivos personales para acceder a Aplicaciones corporativas», comunicada a todos los trabajadores de la empresa y de obligado cumplimiento para todos (AH 1.º, 7.º).

La trabajadora despedida tenía almacenadas en su ordenador de empresa dos cuentas de correo personales, a las que accedía con regularidad.

En el ordenador de empresa puesto a disposición de la trabajadora existían rastros de actividad en el sitio web *Wetransfer*, que facilita el envío y recepción de archivos voluminosos, de navegación de índole personal relacionada con el carnaval de Cádiz.

En el teléfono de empresa de la trabajadora, se encontraron conversaciones con los contactos almacenados con el nombre «*Aceite Wilson*» y «*Aceite Worhp Enriq*», en las que le remiten potenciales clientes, en su mayoría talleres de reparación de vehículos, para que realizara presupuesto de los servicios de gestión de residuos (AH 1.º, 8.º).

Es de aplicación a la empresa el convenio colectivo de recuperación y reciclado de residuos y materias primas secundarias, cuyo art. 39.2.3 relaciona y define las faltas muy graves sancionables con el despido, entre otras: ... «c) El fraude, la deslealtad o el abuso de confianza en el trabajo, gestión o actividad encomendados:[...]» [...] «o) La reiteración en más de tres veces por la utilización de los medios informáticos propiedad de la empresa (correo electrónico, intranet, Internet, ordenadores, escáneres, carpetas de red, fotocopadoras, entre otros) para fines particulares y distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral, dentro de su jornada de trabajo, a no ser que se cuente con la autorización oportuna» [...] (AH.1.º,11.º).

2. Antecedentes

La sentencia n.º 305/24, 22 de octubre de 2024, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 2 de Palma, en sus autos DSP 110/24, declaró improcedente el despido de la trabajadora demandante, condenando a la empresa en los términos legales y, en caso de ser indemnizada, al pago de 2.602, 24 euros. Delimita las dos las conductas atribuidas a la trabajadora demandante: «1. Haber ocultado la existencia de una relación sentimental entre ella y su superior jerárquico que existía ya desde antes de su contratación y haber remitido el currículum de su hija para optar a un puesto de trabajo en la empresa, vulnerando con ello la política de conflictos de intereses de la compañía. 2. Haber utilizado los medios informáticos de la empresa para fines particulares o ajenos a sus cometidos laborales, sin autorización».

La empresa formalizó recurso de suplicación, que fue impugnado de contrario.

IV. Posición de las partes

En su recurso de suplicación, la empresa solicita la revisión de los hechos probados [art. 193.b) LRJS] para la constancia de que la relación sentimental de la trabajadora con su superior jerárquico, ocultada a la empresa, influía diariamente en la prestación de servicios de ambas personas trabajadoras, en las valoraciones del trabajo de la trabajadora despedida y en la concesión de vacaciones y permisos por su superior jerárquico, con discriminación del resto de personas trabajadoras, que «debían tolerar las preferencias» hacia la trabajadora despedida por su relación afectiva. En cuanto al nuevo conflicto de intereses causado por el episodio de la contratación fallida de la hija de la trabajadora despedida, la empresa propone adicionar el hecho de que el responsable había recomendado su candidatura a la supervisora del departamento de administración, que hizo la entrevista de trabajo. También entiende la empresa que los hechos probados sobre la vulneración por la trabajadora de su política de uso de aplicaciones corporativas habían de incorporar datos adicionales sobre el acceso a las cuentas personales de la trabajadora, en horario laboral, sin consentimiento expreso de la empresa propietaria del dispositivo, y las fechas de los rastros; y sobre las conversaciones grabadas en su teléfono con potenciales clientes, que esos potenciales clientes nunca recibieron un presupuesto por parte de la empresa al gestionar esas solicitudes la trabajadora con su responsable jerárquico «para ejercer la prestación de servicios por su propia cuenta e interés».

La empresa denuncia el incumplimiento por parte de la trabajadora demandante de sus políticas internas sobre conflictos de intereses, uso de dispositivos personales en aplicaciones corporativas, y del código de conducta y de los arts. 20 y 54 ET. La trabajadora no ha actuado en ningún momento bajo la debida diligencia, incumpliendo además las órdenes y las instrucciones por escrito de la empresa.

La empresa recurre a sentencias de TSJ con el fin de sostener que la vulneración de las normas internas de la empresa y la quiebra de la buena fe contractual constituyen por sí mismas causa suficiente de despido disciplinario, sin que sea necesaria «la existencia de un perjuicio económico directo».

Considera que la infracción de la normativa interna, en que ha incurrido la trabajadora, genera, *per se*, motivo suficiente para su despido disciplinario, más aún

cuando las conductas -relación sentimental con su superior jerárquico inmediato, uso indebido de herramientas informáticas, actividad paralela- «han perdurado en el tiempo». La infracción del código de conducta supone una vulneración de los arts. 20 y 54 del ET al materializarse en la realización por la trabajadora de «diversas conductas» contrarias a las normas internas, lo que demuestra una falta de lealtad, honorabilidad, probidad y confianza, justificando su despido.

La trabajadora recurrida interesa la confirmación de la sentencia de instancia y basa su posición en el propio contenido de ésta, argumentando que las instrucciones internas de la empresa no resultan vinculantes para sustentar el despido disciplinario.

V. Normativa aplicable al caso

Estatuto de los Trabajadores:

«Artículo 20. Dirección y control de la actividad laboral

1. El trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien este delegue.

2. En el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquel en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe».

[...]

- «Artículo 54. Despido disciplinario.

1. El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador.

2. Se considerarán incumplimientos contractuales:

[...]

d) La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo»

[...]

Ley reguladora de la jurisdicción social:

«Artículo 97. Forma de la sentencia

[...]

2. La sentencia deberá expresar, dentro de los antecedentes de hecho, resumen suficiente de los que hayan sido objeto de debate en el proceso. Asimismo, y apreciando los elementos de convicción, declarará expresamente los hechos que estime probados, haciendo referencia en los fundamentos de derecho a los razonamientos que le han llevado a esta conclusión, en particular cuando no recoja entre los mismos las afirmaciones de hechos consignados en documento público aportado al proceso respaldados por presunción legal de certeza. Por último, deberá fundamentar suficientemente los pronunciamientos del fallo»

[...]

«Artículo 193. Objeto del recurso de suplicación

El recurso de suplicación tendrá por objeto:

[...]

b) Revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas.

c) Examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia».

VI. Doctrina básica

La sentencia de suplicación recoge la jurisprudencia sobre la revisión de hechos probados [art. 193.b) LRJS], que «requiere para que los hechos puedan adicionarse, suprimirse o rectificarse que concurren las siguientes circunstancias: que sea concretado con precisión y claridad el hecho que haya sido negado u omitido en la resultancia fáctica recurrida; que el hecho resulte de forma patente y directa de la prueba documental o pericial obrante puesto que concurriendo varias divergentes han de prevalecer las conclusiones judiciales elaboradas apoyándose en esas pruebas; y que no ha de tratarse de una nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso».

Desestima el motivo del recurso de la empresa por considerar que dicha revisión pretende la introducción de elementos subjetivos de parte, complementarios y ajenos a la resultancia fáctica, hechos no acreditados, no probados (FD 1.º, al que remito).

Respecto del uso inadecuado del material informático de la empresa, imputado por la empresa a la trabajadora despedida, la sentencia hace suyas las conclusiones «con valor fáctico» de la sentencia de instancia, obtenidas tras la amplia prueba practicada (volcado del teléfono profesional de la trabajadora e información obtenida del análisis del contenido de su ordenador de empresa):

- El uso personal del ordenador de la empresa para fines ajenos al trabajo «es muy residual y meramente anecdótico, sin que pueda alcanzar relevancia alguna como elemento sancionador».
- «No existe constancia» de que las conversaciones a través de *whatsapp* con los contactos almacenados con el nombre «Aceite Wilson» y «Aceite Worhp Enriq» tuvieran como finalidad la prestación de servicios para terceros, ni el uso de información de la empresa para funciones ajenas a la operativa empresarial; al contrario, sus contactos enviaban a la trabajadora potenciales clientes a fin de que les remitiera presupuesto para la gestión de sus residuos industriales, lo que eran «gestiones que encajan totalmente dentro de su labor comercial».
- La trabajadora accedía regularmente a sus cuentas de correo personales instaladas en el ordenador de la empresa, pero no consta que ese acceso hubiera afectado al cumplimiento de sus funciones, ni alterado la actividad normal de la empresa o causado perjuicio económico alguno a la empresa «o al uso específicamente productivo del instrumento».
- El uso de programas como *Wetransfer* o de memorias USB externas no está prohibido por la empresa, sino delimitado en la 'Política de uso aceptable de dispositivos personales para acceder a aplicaciones corporativas', sin que se haya acreditado incumplimiento alguno de sus determinaciones.

Sobre la calificación del despido, la sentencia admite que el incumplimiento de las normas internas de la empresa podría llevar a la procedencia del despido, pero se atiene a «los factores contenidos en la sentencia con valor fáctico», ya indicados, que la condujeron a la declaración de su improcedencia. No incurriendo «la valoración judicial razonada» en un «patente error», esos factores fácticos de la sentencia impugnada «deben comportar la desestimación del recurso».

El examen del recurso de suplicación ha de ceñirse a los estrictos límites de su enjuiciamiento que ha de partir de los «inalterados hechos probados principales» de la sentencia de instancia, tras la libre valoración de la prueba y apreciación de los elementos de convicción, que corresponde exclusivamente a la instancia (art. 97.2

LRJS). La sentencia afirma que la de instancia no comete las infracciones normativas, ni de jurisprudencia, alegadas por la empresa, y que se mantienen intactos sus fundamentos jurídicos **-no se han modificado los hechos probados-**, salvo que incurran en un «error puesto de manifiesto de forma evidente», que en el caso no se ha producido. Ha fracasado el motivo del art. 193.b) LRJS. En cuanto al fondo, el tribunal de suplicación, no sustituidos los hechos probados, debe mantener la calificación de improcedencia del despido sustentada en una valoración jurídicamente razonable y desestima el recurso de suplicación de la empresa [art. 193.c) LRJS).

Respecto de la relación sentimental de la trabajadora con su superior jerárquico, la Sala constata que la resolución de instancia reconoció la existencia de una contravención de determinadas instrucciones internas de la empresa; sin embargo, también apreció que no se había acreditado que la relación personal de la trabajadora despedida con su superior hubiera interferido en su desempeño profesional, ni afectado a la ejecución de sus funciones, siendo la única consecuencia hipotética de su comunicación un cambio de superior jerárquico inmediato. En cuanto al uso personal de los medios informáticos, el órgano *a quo* lo valoró como residual —referido a búsquedas puntuales de carácter ajeno al trabajo—, y consideró que las conversaciones mantenidas con los contactos «*Aceite Wilson*» y «*Aceite Worhp Enriq*» podían vincularse a su actividad comercial habitual. Asimismo, estimó que el uso de cuentas personales en el equipo profesional no había generado interferencia alguna en el cumplimiento de sus cometidos, ni perjuicio económico o productivo a la empresa.

Partiendo de tales conclusiones fácticas, de «la búsqueda de la realidad a subsumir en la normativa de aplicación» hecha con intermediación por la sentencia de instancia, la Sala de lo Social del TSJ Illes Balears respeta la calificación de improcedencia del despido de la trabajadora de la sentencia de instancia y desestima el recurso: «No es procedente sustituir [...] el criterio judicial fundamentado en el conjunto de las pruebas practicadas por la visión de la parte recurrente. Desde el plano jurídico, una vez decaída la falta de incorporación de hechos probados relevantes, tampoco cabe la estimación del recurso» (FD 2.º).

VII. Parte dispositiva

«Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por la representación de SRCL CONSENUR SL contra la sentencia n.º 305/24 de fecha 22 de octubre de 2024, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 2 de Palma, en sus autos DSP 110/24, seguidos a instancia de [la trabajadora despedida], y en consecuencia, confirmar la sentencia recurrida.

Se acuerda la pérdida de depósito constituido por la entidad recurrente, y se la condena en costas en la cantidad de 726€ (IVA incluido) a favor del letrado impugnante [...], dándose a las cantidades consignadas su destino legal una vez firme la presente resolución.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears».

VIII. Pasajes decisivos

-«Y debe señalarse inicialmente que si bien es cierto como algunos de los hechos podrían conllevar por el incumplimiento de las normas internas de la empresa la procedencia del despido, no menos cierto -en cuanto a la entidad apreciada judicialmente- constan los factores contenidos en la sentencia con valor fáctico antes indicados y que han inclinado la resolución judicial hacia la estimación de la demanda y que por no evidencian [sic] un patente error en la valoración judicial razonada de modo que deben comportar la desestimación del recurso» (FD 2.º).

- «En efecto, el examen del recurso debe partir de los principales e inalterados hechos probados principales y que judicialmente han sido descritos, no resultando procedente a efectos de estimación del recurso la valoración de referencias con perfil

fáctico que no vengan estrechamente relacionadas con la descripción fáctica contenida en la sentencia recurrida» (FD 2.º).

- «El artículo 97.2 de la LRJS dispone que judicialmente serán apreciados los elementos de convicción, concepto más amplio que el de prueba, declarando expresamente en la sentencia, los hechos que estime probados. En la instancia judicial existe una amplia facultad para valorar todo el material probatorio practicado, de modo que puede obtener y deducir una interpretación distinta a aquella que obtiene la parte, y que, ante posibles contradicciones, debe prevalecer el criterio del órgano jurisdiccional que actúa de manera imparcial y objetiva frente al interés de una parte, correspondiendo a la facultad judicial la valoración de todas las pruebas aportadas al proceso» (FD 2.º).

- «Procede la confirmación de la sentencia en la medida que la resolución judicial examinada no comete las infracciones normativas ni de jurisprudencia alegadas en el recurso» (FD 2.º).

- «El recurso decae por permanecer los razonamientos jurídicos contenidos en la sentencia recurrida en función de los hechos declarados probados. No existiendo modificación de los hechos probados, siendo cometido judicial esencial en la instancia judicial examinarlas pruebas practicadas, debe mantenerse el pronunciamiento judicial, salvo que concurra en un error puesto de manifiesto de forma evidente, no siendo posible aceptar que haya sido producido» (FD 2.º).

- «Y así, a pesar del reconocimiento judicial de la contravención de alguna de las instrucciones de la empresa, no ha sido probado que la relación haya interferido en el desempeño profesional ni haya afectado a la realización de sus funciones. La consecuencia de haberlo comunicado habría sido un cambio en el superior jerárquico inmediato. La consecuencia de haberlo comunicado habría sido un cambio en el superior jerárquico inmediato. Respecto del uso indebido de medios informáticos de la empresa, personal, para fines ajenos al trabajo -búsquedas del Carnaval de Cádiz- fue considerado residual. Sobre las conversaciones con «Aceite Wilson» y «Aceite Worhp Enriq», determinó que en relación a una finalidad profesional, cabría que fueran potenciales clientes para que ofertar presupuesto para la gestión de sus residuos industriales, dentro de su labor comercial. Por otra parte, sobre las cuentas personales en el ordenador profesional, pero sin constancia de que haya ocasionado interferencia en la realización de sus cometidos profesionales y con ello la actividad normal de la empresa o causado un gravamen económico o un perjuicio al uso específicamente productivo del instrumento» (FD 2.º).

- «La valoración judicial de la prueba practicada en instancia ha sido emitida conforme al principio de inmediación que conlleva una mayor cercanía a la prueba practicada en el juicio oral con oralidad y concentración, en orden a la búsqueda de la realidad a subsumir en la normativa de aplicación» (FD 2.º).

- «No es procedente sustituir con estas premisas el criterio judicial fundamentado en el conjunto de las pruebas practicadas por la visión de la parte recurrente. Desde el plano jurídico, una vez decaída la falta de incorporación de hechos probados relevantes, tampoco cabe la estimación del recurso» (FD 2.º).

- «En suma, los defectos atribuidos por la parte recurrente en cuanto a la valoración judicial contenida en la sentencia no pueden conllevar la revocación de la sentencia» (FD 2.º).

IX. Comentario: hechos probados en suplicación y calificación jurídica del despido

La sentencia se construye sobre la función revisora limitada del recurso de suplicación. La premisa argumental de la sentencia es que el examen del recurso de suplicación «debe partir de los hechos probados [...] no procediendo valorar referencias fácticas ajenas a la sentencia recurrida».

1. El límite de los hechos probados [art. 193.b) LRJS]

Sabido es que, conforme al artículo 193 b) de la LRJS, el recurso de suplicación solo permite revisar el relato fáctico de la sentencia de instancia cuando la modificación se apoya en pruebas documentales o periciales que evidencien error. En este caso, la empresa recurrente solicitó la modificación de los hechos probados, pretensión que la sentencia de suplicación rechazó, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo: el recurrente debe solicitar expresamente la revisión; la modificación debe basarse en un error de hecho patente o evidente; el error debe derivar de la prueba documental o pericial que obre en autos, que demuestre de forma incuestionable la equivocación del juzgador.

El tribunal de suplicación no puede introducir nuevas alegaciones fácticas ni revalorar la prueba testifical o indiciaria, en coherencia con la doctrina consolidada sobre los principios de inmediación y valoración conjunta de la prueba. La fijación de los hechos que han quedado probados (*quaestio facti*) es competencia exclusiva y soberana del juzgado de lo social (la instancia). El principio de inmediación atribuye al juez de instancia la potestad exclusiva de apreciar la credibilidad y fuerza de convicción de los medios probatorios. La sala de suplicación solo puede corregir errores manifiestos o revisar el relato fáctico con base documental o pericial, pero no realizar una nueva valoración global de la prueba. Sí le compete, en cambio, examinar los hechos probados y extraer de ellos las consecuencias jurídicas pertinentes, sin alterar su contenido ni introducir elementos ajenos al relato declarado probado.

Son plenamente ajustados a Derecho los razonamientos de la sentencia comentada sobre el alcance limitado del recurso de suplicación en materia fáctica — conforme al art. 193.b) LRJS—, la potestad exclusiva del juez de instancia para valorar la prueba y la necesidad de respetar el contenido de los hechos probados, salvo error evidente acreditado mediante prueba documental o pericial, lo que no ocurre en el caso en que el juzgado de instancia hizo una “valoración judicial razonada” de los hechos. La valoración de la prueba corresponde exclusivamente al juzgador de instancia, no a las partes, y no cabe sustituir su criterio objetivo e imparcial por el juicio subjetivo de la recurrente.

2. La libertad de calificación jurídica del despido; el margen de apreciación del tribunal superior [art. 193.c) LRJS]

La valoración de la gravedad de la conducta imputada a la trabajadora, en cuanto determinante de la procedencia o improcedencia del despido, se incardina en el ámbito jurídico, no en el fáctico. La Sala de suplicación ejerce una función revisora en Derecho, dirigida a verificar la correcta interpretación y aplicación de las normas sustantivas y de la doctrina jurisprudencial sobre despido a los hechos declarados probados en la instancia.

¿Hay, en la sentencia comentada, una autolimitación excesiva del margen de apreciación jurídica del órgano de suplicación con un resultado jurídicamente equivocado? No, en mi particular opinión; se trata de una decisión rigurosa. La sentencia se inserta con naturalidad en los cánones jurisprudenciales sobre la inviolabilidad fáctica y asegura, además de los límites de la competencia funcional del órgano de suplicación, que el recurso de suplicación sea un control de legalidad (revisión del Derecho), y no una tercera instancia de valoración de la prueba.

El tribunal de suplicación no puede crear hechos nuevos, ni valorar nuevamente la prueba. Sí tiene la facultad de interpretar el contenido y alcance de los hechos declarados probados y efectuar la apreciación jurídica o contextual necesaria. Esta función permite al tribunal de suplicación controlar si la subsunción de tales hechos en la norma jurídica (art. 54 ET) y la consiguiente calificación del despido son razonables, lógicas y no contrarias a la jurisprudencia consolidada, esto es, si son ajustadas a Derecho.

En esta línea, lo que la sentencia afirma es que los hechos probados, declarados por el juzgador de instancia, han de permanecer inalterados, y, también, que los

razonamientos jurídicos que la instancia construyó sobre esos hechos son **ajustados a Derecho**, al ofrecer una interpretación razonable y proporcional de «la realidad a subsumir en la normativa de aplicación», que no puede ser sustituida «por la visión de la parte recurrente», por lo que **no existe motivo** para revocar o modificar el fallo de aquella sentencia.

El tribunal de suplicación, en su margen de apreciación de la razonabilidad de la calificación jurídica del despido hecha por el juzgado de instancia, reconoce que, en abstracto, ciertos hechos del caso podrían justificar un despido procedente. Pero señala que, en el caso, la sentencia de instancia ya valoró jurídicamente esos mismos hechos, ponderando su entidad real —gravedad, intencionalidad, perjuicio, etc.—. Y que, como la calificación del despido como improcedente se sustenta en una valoración fáctica razonable, no incura en el error patente, ilógico o arbitrario que habilitaría su corrección, el Tribunal de suplicación confirma la calificación jurídica de instancia.

La sentencia no niega que el incumplimiento de las políticas internas empresariales o del código de conducta pueda fundar un despido procedente, ni que ese incumplimiento sea bastante para justificar el despido sin precisar de la existencia de la causación de un perjuicio económico directo a la empresa [art. 54.2.d) ET]. Lo que afirma es que, en el caso, la instancia valoró correctamente los hechos y la insuficiencia de su gravedad y culpabilidad para justificar el despido —carácter limitado del incumplimiento contractual, sin perjuicio, sin daño económico a la actividad económica de la empresa, ni a su productividad, en algunos hechos sin prohibición expresa—, y que esa valoración no puede revisarse en suplicación al no existir un error evidente. La sala no revalora la prueba ni la gravedad de los hechos; toma los hechos probados por la instancia y, considerando que no existe base para modificar los hechos (no hay error patente), entiende que tampoco la hay para corregir la subsunción de los hechos en el Derecho realizada por el juzgador de instancia, porque su calificación de la (no) gravedad y culpabilidad de la conducta de la trabajadora se encuentra dentro del margen de la razonabilidad y la legalidad. Desestima el recurso de la empresa – «En suma, los defectos atribuidos por la parte recurrente en cuanto a la valoración judicial contenida en la sentencia no pueden conllevar la revocación de la sentencia»- y confirma la calificación de la improcedencia del despido de la sentencia de instancia.

La verificación de la razonabilidad de la valoración de la (no) gravedad de los hechos del despido constituye el juicio jurídico que realiza el tribunal de suplicación a través del cual respeta la calificación de improcedencia del despido de la sentencia de instancia, que, claro es, la de suplicación avala.

X. Apunte final

El tribunal de suplicación estaba obligado a aceptar que, a pesar del reconocimiento judicial de la contravención de alguna de las instrucciones de la empresa, no fue probado que la relación sentimental de la trabajadora con su superior jerárquico inmediato, no comunicada a la empresa, hubiese interferido en el desempeño profesional de la trabajadora, o hubiese afectado a la realización de sus funciones; que el resultado de esa comunicación a la empresa «habría» recaído sobre el superior jerárquico inmediato, en su cambio, y no sobre la trabajadora; que el uso indebido por la trabajadora de medios informáticos de la empresa para fines ajenos al trabajo -búsquedas del Carnaval de Cádiz- fue residual; que en las conversaciones de la trabajadora con «Aceite Wilson» y «Aceite Worhp Enriq» «cabría» la comunicación con potenciales clientes dentro de la labor comercial de la trabajadora; que no había constancia de que las cuentas personales de la trabajadora en el ordenador profesional hubieran ocasionado interferencia en la realización de sus cometidos profesionales, ni en la actividad normal de la empresa, ni causado un gravamen económico o un perjuicio al uso específicamente productivo del instrumento. Esta había sido la valoración fáctica de la sentencia de instancia, «conforme al principio de intermediación que conlleva una mayor cercanía a la prueba practicada en el juicio oral con oralidad y concentración».

Siendo «la valoración judicial» de la sentencia de instancia «razonada», el tribunal superior de justicia concluye que la calificación de improcedencia del despido de instancia se sustenta en una valoración jurídicamente razonable de la (no) gravedad y culpabilidad del incumplimiento contractual de la trabajadora: la conclusión del juzgado es una de las posibles interpretaciones jurídicas de la (no) gravedad. El tribunal superior no sustituye esa interpretación por la suya propia y respeta el margen de apreciación de la instancia, al no constatar la infracción normativa alegada. Ciertamente, la sentencia de suplicación hace una valoración propia del Derecho, según la cual concluye que la calificación de instancia es correcta. La sentencia comentada pone todo su énfasis en moverse en los límites del alcance revisor de la suplicación, que permite revocar la instancia cuando se demuestre que esta incurrió en un error evidente de hecho o un error de Derecho; no, si su interpretación del Derecho es razonable, no arbitraria, ilógica, desproporcionada o contrario a doctrina unificada (control de subsunción y proporcionalidad). En este caso, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares concluye que la valoración de la insuficiencia de gravedad de las conductas de la trabajadora en instancia fue una opción jurídicamente sostenible, motivada y no arbitraria, es decir, que se inscribe dentro del margen de apreciación que la ley y la jurisprudencia permiten, respectivamente, al órgano que presenció el juicio y al órgano superior revisor en grado de recurso extraordinario, que, en razón de su criterio propio, respalda el de instancia.

Es doctrina del Tribunal Supremo que, en los casos de transgresión de la buena fe contractual, «el enjuiciamiento del despido debe abordarse *de forma gradualista* buscando la necesaria proporción ante la infracción y la sanción y aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades de cada caso concreto», con excepciones a efectos de la unificación de doctrina (por todas, SSTs 683/2018, de 27 de junio de 2018; y 309/2022, de 6 de abril de 2022)^[2]. Respecto de la inexistencia de perjuicios para la empresa o de la escasa importancia de los derivados de la conducta reprochable de la persona trabajadora, sostiene esa jurisprudencia que «no tiene trascendencia para justificar por sí solos o aisladamente la actuación no ética de quien comete la infracción, pues basta para tal calificación el quebrantamiento de los deberes de buena fe, fidelidad y lealtad implícitos en toda relación laboral, aunque, junto con el resto de las circunstancias concurrentes, pueda tenerse en cuenta como uno de los factores a considerar en la ponderación de la gravedad de la falta, con mayor o menor trascendencia valorativa dependiendo de la gravedad objetiva de los hechos acreditados», dentro de la interpretación *restrictiva de la gravedad y de la proporcionalidad del despido* (STS 27/2024, de 9 de enero de 2024^[3], y las allí citadas.

Referencias:

1. ^ ECLI:ES:TS:2024:5730.
2. ^ ECLI:ES:TS:2018, 3018, ECLI:ES:TS:2022:1446
3. ^ ECLI:ES:TS:2024:60

§ 81 El TJUE, la reiterativa definición del tiempo de trabajo efectivo en los casos de desplazamientos al lugar de trabajo, y alguna sorpresa adicional.

Luisa María Gómez Garrido

Magistrada del Tribunal Supremo.

Resumen: El TJUE insiste, de acuerdo con sus propios precedentes, en qué debe entenderse por tiempo de trabajo, en este caso para desplazamientos desde el centro base al lugar efectivo de trabajo. Además, al plantearse la cuestión prejudicial, se suscita una reflexión adicional de no menor calado sobre la pretendida existencia de discrepancias entre previas decisiones del TS español, y entre las secciones de la Sala consultante.

Palabras clave: Tiempo de trabajo. TJUE. Cuestión prejudicial. Discrepancias entre resoluciones del TS. Discrepancias entre secciones de una misma Sala.

Abstract: La CJUE insiste, conformément à ses précédents, sur la définition du temps de travail, en l'occurrence le temps de trajet entre le centre d'affectation et le lieu de travail effectif. Par ailleurs, la question préjudicielle soulève un autre point de réflexion, tout aussi important, concernant les divergences alléguées entre les décisions antérieures du Tribunal Suprême espagnol, et entre les sections du Tribunal requérante.

Keywords: Temps de travail. CJUE. Question préjudicielle. Désaccords entre décisions du Tribunal Suprême espagnol. Désaccords entre sections du Tribunal requérante.

DOI: https://doi.org/10.55104/RJL_00681

I. Introducción

La resolución comentada no presenta, en principio, mayores novedades. Es cierto que resuelve un caso que, salvo error de esta comentarista, no se había planteado al Tribunal Europeo con anterioridad, quizás porque no suscita de ordinario mayores dudas. Pero no lo es menos que, por su propia naturaleza, el debate en cuestión tenía una solución natural que derivaba de los previos criterios del TJUE y que, además se había ya anunciado (aunque no decidido) por el Tribunal Supremo español.

Al margen de la cuestión de fondo resuelta, la sentencia comentada suscita implicaciones de interés en cuanto se refiere, por remisión a los argumentos del órgano nacional proponente, a una pretendida discrepancia previa entre resoluciones del TS español, que no es tal, así como entre las diferentes secciones de la Sala que propone la consulta, situación que, quizás, no debería servir para justificar la presentación de una cuestión prejudicial ante la justicia europea.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Fecha de la resolución judicial: 9 de octubre de 2025

Tipo y número recurso o procedimiento: cuestión prejudicial (asunto C-110/24).

ECLI: EU:C:2025:768

Fuente: InfoCuria Jurisprudencia.

Ponente: I. Ziemele.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1.- VAERSA, parte demandada en el pleito nacional, es una empresa pública dependiente de la Administración Autonómica valenciana, encargada de la ejecución de inversiones públicas para la mejora de espacios naturales de la Red Ecológica Europea Natura 2000, mediante la intervención en los situados en todo el territorio de la Comunidad Valenciana.

2.- A tal efecto, la empleadora dispone del denominado «personal Red Natura 2000», integrado en quince brigadas compuestas por cuatro personas cada una, repartidas entre Valencia (seis brigadas), Alicante (cuatro brigadas) y Castellón (cinco brigadas).

3.- La mecánica de trabajo consiste en que los trabajadores se desplazan por sus propios medios de sus respectivos domicilios a un punto de partida denominado «base», que es el lugar fijado, para cada brigada, en un término municipal de referencia dentro del espacio natural en el que dichos empleados ejercen sus funciones. Una vez en la base, en la que deben estar a las 8:00 horas de la mañana, los trabajadores utilizan vehículos puestos a disposición por la empresa, en el que se encuentra el material necesario para ejecutar los trabajos, y se dirigen a prestar sus servicios en las micro reservas naturales asignadas en cada caso. Los trabajos finalizan a las 15.00 h y los trabajadores se trasladan a la base en el mentado vehículo de la empresa y, nuevamente, desde la base a sus domicilios son sus propios medios.

4.- Los contratos de trabajo de los trabajadores de biodiversidad prevén que el tiempo de desplazamiento en los trayectos de ida de la base al lugar de trabajo o tajo y vuelta de nuevo hasta la base no consideran tiempo de trabajo efectivo. A pesar de ello la empresa computa en la práctica como trabajo efectivo el tiempo de desplazamiento diario desde la base hasta el tajo, pero no a la inversa, del tajo a la base.

5.- El Sindicat de Treballadors i Treballadors de les Administracions i els Serveis Públics (STAS-IV), presentó demanda de conflicto colectivo frente a Valenciana d'Estratègies i Recursos per a la Sostenibilitat Ambiental, S. A. (VAERSA), con objeto de que se calificara como tiempo de trabajo efectivo el empleado por los trabajadores de biodiversidad en el trayecto de vuelta desde la microrreserva en la que prestan sus servicios hasta la base.

6.- Finalmente, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana plantea la cuestión prejudicial para dilucidar si los lapsos temporales ya descritos y acotados, deben calificarse como «tiempo de trabajo» en el sentido del artículo 2, punto 1, de la Directiva 2003/88.

IV. Posición de las partes

1.- No constan descritas de manera expresa las respectivas posiciones de las partes intervinientes, fuera de suponerse que, de manera coherente con el planteamiento del procedimiento de conflicto colectivo ante el órgano judicial nacional, el sindicato demandante pretendía que el tiempo de trabajo ya descrito debía considerarse como tiempo de trabajo efectivo, mientras que la empresa demandada sostenía justamente lo contrario.

2.- Mayor interés presenta en el caso la justificación ofrecida por el TSJ de la Comunidad Valenciana para plantear la cuestión prejudicial, al menos en lo más relevante que el TJUE ha considerado oportuno verter en su resolución en cuanto que, como es lógico, puede suponerse que el auto de promoción o planteamiento de dicha cuestión sería más amplio y detallado.

La peculiaridad del caso se deriva de dos circunstancias. La primera de ellas, de que la Sala promotora de la cuestión prejudicial basa su consulta, en parte, en el hecho de que, a su juicio, el Tribunal Supremo español había incurrido en cierta tensión cuando no contradicción sobre la materia considerada, en varias sentencias. De un lado, las SSTs 605/2020, de 7 de julio y la 617/2021 de 9 de junio. Y, de otro lado la STS 784/2019, de 19 de noviembre. Volveremos sobre esto más adelante.

La segunda, que el órgano judicial promotor de la cuestión prejudicial, reconoce que distintas secciones del propio TSJ había llegado ya a soluciones discrepantes y contradictorias en pronunciamientos previos, en el seno de sendos procedimientos individuales promovidos por trabajadores de biodiversidad contra VAERSA, ejercitando pretensiones con el mismo contenido que el que se encauzaba ahora por el procedimiento colectivo. También volveremos más tarde sobre esta cuestión.

V. Normativa aplicable al caso

Normativa europea: arts. 1 y 2 de la Directiva 2003/88.

Normativa nacional: apartados 1, 3 y 5 del art. 34 del Estatuto de los Trabajadores.

VI. Doctrina básica

El TJUE aborda en su resolución la consulta trasladada por el órgano judicial nacional, relativa a si debe calificarse como «tiempo de trabajo» en el sentido del art. 2.1 de la Directiva 2003/88, el tiempo que los trabajadores afectados dedican a los trayectos de ida y vuelta que deben realizar desde la base a la que llegan desde sus domicilios, al lugar concreto donde desarrollan sus servicios, y viceversa, en las horas fijadas por la empresa y con vehículo perteneciente a esta.

A tales efectos el TJUE constata que la mentada Directiva define el «tiempo de trabajo» como «todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones»; mientras que configura el «período de descanso» como «todo período que no sea tiempo de trabajo». Por otro lado, el Tribunal recuerda que, como ya tiene declarado, la Directiva no contempla una categoría intermedia entre los períodos de trabajo y los de descanso; y delimita el «tiempo de trabajo» por medio de la concurrencia de tres elementos:

a/ En primer lugar, el trabajador debe estar en ejercicio de su actividad o de sus funciones y, por ello, constituye tiempo de trabajo el invertido en el desplazamiento de los trabajadores entre sus domicilios y los centros de sus clientes, en cuanto que «tales desplazamientos son el instrumento necesario para ejecutar prestaciones técnicas por parte de esos trabajadores en los centros de esos clientes».

b/ En segundo lugar, en el tiempo considerado el trabajador tiene que estar a disposición del empresario, esto es, «debe hallarse en una situación en la que esté obligado jurídicamente a obedecer las instrucciones de su empresario y a ejercer su actividad por cuenta de este». De este modo, el elemento valorativo esencial implica

que el trabajador pueda o no gestionar su tiempo sin limitaciones significativas y dedicándose a sus asuntos personales.

c/ Finalmente, el trabajador debe permanecer en el trabajo en el tiempo considerado, teniendo en cuenta que, si el trabajador no tiene un centro de trabajo fijo, debe considerarse que es tiempo de trabajo el que invierte en desplazarse hacia o desde un cliente.

Aplicando los tres criterios referidos al caso valorado, el TJUE concluye que el tiempo invertido por los trabajadores de biodiversidad de la empresa considerada en ir de la base al tajo o lugar concreto en el que presentan sus servicios en cada una de las micro reservas, constituye tiempo de trabajo tanto a la ida como a la vuelta. Y ello porque, en primer lugar, tales desplazamientos deben considerarse indisociablemente ligados a su condición de trabajadores; en segundo lugar, porque durante sus desplazamientos los trabajadores afectados están obligados a seguir las instrucciones de su empresario, que es quien ordena cómo, cuándo y desde o hacia dónde, deben realizarse aquellos; y, en tercer lugar, porque durante los desplazamientos descritos, los trabajadores no tienen centro de trabajo fijo pero, no obstante, están en el ejercicio de su actividad o de sus funciones.

VII. Parte dispositiva

A la vista de cuanto antecede y tal como se viene explicando, el TJUE termina señalando que la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, «debe interpretarse en el sentido de que el tiempo dedicado a los trayectos de ida y vuelta que los trabajadores tienen la obligación de realizar, juntos, a una hora fijada por su empresario y con un vehículo perteneciente a este, para desplazarse desde un lugar concreto, determinado por dicho empresario, hasta el lugar en el que se realiza la prestación característica prevista en el contrato de trabajo celebrado entre esos trabajadores y ese empresario debe considerarse «tiempo de trabajo», con arreglo a la citada disposición».

VIII. Pasajes decisivos

[...] «Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha declarado que la Directiva 2003/88 no contempla una categoría intermedia entre los períodos de trabajo y los de descanso, al excluirse mutuamente ambas categorías [...]

[...] «de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que los conceptos de «tiempo de trabajo» y de «período de descanso», en el sentido de la Directiva 2003/88, constituyen conceptos del Derecho de la Unión que es preciso definir según características objetivas, refiriéndose al sistema y a la finalidad de dicha Directiva, que es establecer unas disposiciones mínimas destinadas a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores. En efecto, solo una interpretación autónoma semejante puede garantizar la plena eficacia de dicha Directiva y una aplicación uniforme de los mencionados conceptos en la totalidad de los Estados miembros».

[...] «en relación con el primer elemento constitutivo del concepto de «tiempo de trabajo», según el cual el trabajador debe estar en ejercicio de su actividad o de sus funciones, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, durante su tiempo de desplazamiento entre sus domicilios y los centros de sus clientes, los trabajadores deben considerarse en ejercicio de sus actividades o de sus funciones, puesto que tales desplazamientos son el instrumento necesario para ejecutar prestaciones técnicas por parte de esos trabajadores en los centros de esos clientes» [...].

[...] «el Tribunal de Justicia ha declarado que si un trabajador que ya no tiene centro de trabajo fijo ejerce sus funciones durante el desplazamiento hacia o desde un cliente, debe considerarse que este trabajador permanece igualmente en el trabajo durante ese trayecto. En efecto, toda vez que los desplazamientos son consustanciales a la condición de trabajador que carece de centro de trabajo fijo o habitual, el centro de trabajo de estos trabajadores no puede reducirse a los lugares

de intervención física de estos trabajadores en los centros de los clientes de su empresario» [...]

IX. Comentario

El caso que ahora se comenta presenta indudables peculiaridades derivadas, en lo esencial, de las causas que motivan el planteamiento de la cuestión prejudicial por parte del órgano judicial nacional. Tales peculiaridades pueden sistematizarse y resumirse de la siguiente manera:

1.- En primer lugar, siendo cierto que ni el TS español ni el TJUE se habían pronunciado de manera expresa sobre el caso planteado, esto es, sobre la consideración como tiempo de trabajo del empleado en los desplazamientos desde el centro de trabajo principal o base al tajo o lugar donde se desarrollan efectivamente los servicios, y viceversa, lo cierto es que la calificación como tal ofrecía pocas dudas, al menos del tipo necesario para plantear la indicada cuestión prejudicial ante el TJUE, que precisa de una incertidumbre objetiva y real, y no de una mera pregunta hipotética que convirtiese al Tribunal Europeo en un órgano de consulta. Es más, el supuesto en cuestión nos sitúa sino de lleno, al menos sí en las inmediaciones del concepto de «acto claro», en el que la correcta aplicación del Derecho de la Unión Europea se impone con una evidencia tal que excluye toda duda razonable.

Se dice esto porque resulta que el Tribunal Supremo, aunque como acabamos de advertir, no había decidido expresamente tal caso, sí había realizado manifestaciones inequívocas al respecto, aun con el carácter de *obiter dicta*, sin albergar dudas sobre el alcance del derecho europeo. De este modo, en la STS 353/2020 de 19 de mayo -rec. 3366/2017-, para justificar que no concurría en el caso la contradicción necesaria para decidir la casación unificadora, hacía notar: «En efecto, no concurren las mismas circunstancias fácticas entre las sentencias comparadas, puesto que en la recurrida los trabajadores están obligados a desplazarse a la central de la empresa, donde se les proporciona un vehículo que les lleva y trae desde el tajo, lo cual comporta claramente que, desde que llegan a la central hasta que vuelven a ella están sometidos a la organización empresarial... ».

Mientras que en la STS 605/2020 de 7 de julio -rec. 208/2018- a la que luego nos volveremos a referir, se decía igualmente: «... dichos desplazamientos pueden realizarse efectivamente desde los centros de trabajo de la empresa, en cuyo caso no habría duda de que el desplazamiento de ida y vuelta, desde el centro de trabajo al domicilio del cliente y desde éste al centro de trabajo, sería tiempo de trabajo, puesto que los trabajadores están a disposición de la empresa desde que se presentan al centro de trabajo y hasta que vuelven al mismo, dado que el desplazamiento es consustancial para el cumplimiento de la actividad empresarial, lo que no sucede aquí, aunque la empresa afirme que los afectados por el conflicto tienen sus propios centros de trabajo y que se les permite aparcarse los vehículos de empresa allí, puesto que no se ha acreditado ninguno de dichos extremos».

2.- En segundo lugar, el órgano judicial promotor de la cuestión prejudicial afirma que había detectado divergencias en sucesivas sentencias del TS español que, al parecer del órgano consultante, había alcanzado pronunciamientos no armoniosos, aunque no en relación con el caso planteado (ida y vuelta del centro de trabajo al tajo), sino a otro distinto (ida y vuelta del domicilio del trabajador al tajo). Pero resulta que no hay tal. Por el contrario, el TS español ha mantenido una línea jurisprudencial claramente identificable en la materia. Se puede estar o no de acuerdo con la misma, pero no parece que se le pueda tener por incoherente en sus diferentes resoluciones, y mucho menos en las sentencias que se aluden por el órgano promotor, a las que se refiere el TJUE. Por resumir las líneas esenciales:

a/ El criterio general y consolidado en la materia es que el tiempo de ida del domicilio del trabajador al lugar de trabajo y viceversa no puede calificarse como tiempo de trabajo, desde el momento en que, a tenor del art. 34.5 del ET «El tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria

el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo» (STS 323/2025 de 21 de abril -rec. 162/2023-, por citar una de las más recientes).

b/ Existen supuestos en los que tales desplazamientos pueden calificarse como tiempo de trabajo, pero siempre que concurren circunstancias particulares. Lo explica la STS 1305/2024 de 27 de noviembre -rec. 88/2023- por referencia tanto a la STJUE de 10 de septiembre de 2015 (asunto Tyco C-266-14), como a las SSTS 605/2020 de 7 de julio -rec. 208/2018- y 617/2021 de 9 de junio -rcud 27/2020- que son, por cierto, dos de las citadas por el órgano nacional promotor. Y dice para enunciar dichas especialidades: «... la empresa no ha cerrado las oficinas abiertas en diferentes provincias, ni ha adscrito a todos los trabajadores a las oficinas centrales; no se ha probado que los trabajadores tuvieran que efectuar desplazamientos de hasta 100 kilómetros; tampoco existe un término de comparación respecto de otros trabajadores de la misma empresa que estén percibiendo la retribución correspondiente a estos desplazamientos sin razones objetivas y proporcionadas que justificaran la diferencia de trato; ni ha habido un cambio en la prestación de servicios de la empresa, de forma que anteriormente el empleador considerase tiempo de trabajo el desplazamiento de sus trabajadores desde su respectiva delegación al domicilio del primer cliente, así como el utilizado en desplazarse desde el domicilio del último cliente al domicilio del trabajador».

c/ Todavía con menor motivo puede decirse que exista contradicción de previos criterios del Alto Tribunal español en relación con la tercera resolución que reseña el órgano judicial nacional proponente, a saber, la STS 784/2019 de 17 de noviembre -rec. 27/2020-, en cuanto esta se refiere a un supuesto completamente distinto a los antes referenciados. En efecto, en esta última se aborda un asunto relativo a la calificación del tiempo empleado desde que el trabajador tiene algún tipo de presencia en el centro de trabajo, pero aún no ha iniciado la prestación de servicios porque se está cambiando en vestuarios, superando controles de seguridad etc. Y por eso el TS concluye que no puede tenerse como tiempo de trabajo el empleado en ir «desde el llamado Bloque Técnico hasta el Parque SSEI», en el que «realmente no se está a disposición del empleador, sino llevando a cabo una tarea preparatoria y análoga a la del desplazamiento desde el vestuario de la empresa hasta el lugar de trabajo. Que por razones de seguridad haya de accederse primero al Bloque Técnico y utilizar una tarjeta magnética de acceso no significa que haya comenzado a discurrir el tiempo de trabajo. Durante el ínterin el trabajador no debe llevar a cabo tarea personal alguna, ni puede ser destinado a cometido alguno puesto que se halla fuera del círculo de su actividad productiva».

d/ Como se acaba de indicar, las que se califican como sentencias discrepantes entre sí del TS no son tales, en cuanto nos encontramos ante un corpus doctrinal consolidado y coherente, entre sí, y con los pronunciamientos en la materia del TJUE.

3.- Finalmente, no deja de sorprender que el órgano judicial nacional consultante, deje constancia de la discrepancia entre las diversas secciones de la misma Sala precisamente sobre ese mismo asunto, al emitir sentencias en procedimientos individuales, como una de las causas del planteamiento de la consulta al Tribunal europeo. Se trata de una cuestión ciertamente delicada que, en todo caso, suscita serias dudas sobre el hecho de que puedan constituir una justificación suficiente para el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE por más que, como resulta de su lectura, la sentencia del Tribunal europeo no plantee ningún reparo al respecto, quizá porque aluda a tal factor como un mero antecedente del caso, en relación con el contenido del auto en el que el órgano nacional plantea la consulta. En todo caso, pueden hacerse sobre este aspecto las siguientes reflexiones, aún de manera sintética, y siendo consciente de que con ellas pueden suscitarse un debate de hondo calado:

a/ Es cierto que la independencia judicial se concibe en el sistema jurídico constitucional español de forma tal, que la libertad de criterio de los diferentes órganos judiciales es ciertamente amplia, y permite ya no solo el apartamiento del propio precedente, siempre de forma razonada, sino también la discrepancia entre las

diferentes secciones de un mismo órgano colegiado e, incluso, el apartamiento de la jurisprudencia en la materia emanada del TS que, por su propia naturaleza, complementa el ordenamiento jurídico (art. 1.6 del C.Cv.), pero no vincula al resto de órganos judiciales.

b/ Frente a una situación como la descrita, y por lo que se refiere al funcionamiento de los órganos colegiados, el art. 264 de la LOPJ prevé la posibilidad de que el Presidente de la Sala o Tribunal respectivo, por sí o a petición mayoritaria de sus miembros, convoque plenos jurisdiccionales con el fin de unificar criterios en asuntos en los que exista diversidad de criterios. El problema es que, acto seguido, el propio precepto indica: «En todo caso, quedará a salvo la independencia de las Secciones para el enjuiciamiento y resolución de los distintos procesos de que conozcan, si bien deberán motivar las razones por las que se aparten del criterio acordado».

Aunque la redacción del precepto en el punto indicado pueda suscitar algunas dudas, lo cierto es que su interpretación literal, puesta en relación con la sistemática que inevitablemente nos conecta con los fundamentos mismos del sistema, indica que tampoco en este caso se veta a la sección de un tribunal la discrepancia del criterio previamente sentado en un pleno, por más que se exija un razonamiento suplementario cuya solidez argumentativa nos colocaría más bien en el control constitucional de la suficiencia justificativa, para determinar si puede tildarse de ilógica, irracional o arbitraria.

Recuérdese, y esta no es cuestión menor, el conato de reforma más intensa y decidida del sistema descrito, el que se acometió con el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial aprobado por el Consejo de Ministros el 4 de abril de 2014, que alteraba por completo el marco de acción de la independencia judicial en los extremos ya referidos. Así, se reforzaba la vinculación al precedente; se establecía por primera vez que la jurisprudencia del TS a la que se atribuyera el carácter de doctrina jurisprudencial vinculante (lo cual ocurría por una decisión del propio TS), sería de obligada aplicación para todos los Jueces y Tribunales, siendo la única vía de discrepancia la presentación de la «cuestión jurisprudencial previa»; y que las resoluciones dictas en pleno jurisdiccional debían aplicarse en el ámbito de la sala, con la única excepción de que la resolución del pleno fuera revocada en virtud de recurso, o entrara en manifiesta contradicción con la Jurisprudencia del TS, en cuyo caso debía plantearse la ya citada «cuestión jurisprudencial previa».

El referido anteproyecto quedó aparcado por el camino, entre otras causas, por las críticas recibidas a aspectos tan fundamentales como los antes aludidos, que implicaban una modificación esencial del sistema español en materia de independencia judicial. Tal modificación no se produjo y, por ende, las cosas siguen siendo como se vienen describiendo en esta reflexión.

c/ En lo que se refiere al valor de las sentencias del TJUE, lo cierto es que el mismo se reconduce más bien a la prevalencia del derecho comunitario sobre el nacional (incluyendo, por cierto, a la interpretación que pueda dar el Tribunal Constitucional nacional si es contraria al derecho europeo), que a la vinculación que pudiera predicarse de la sentencia del TJUE propiamente dicha. Ello se debe a que el TJUE ha señalado reiteradamente que, en virtud del art. 234 del TCE (267 del TFUE), los órganos jurisdiccionales de los estados miembros están obligados «a deducir las consecuencias de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, bien entendido sin embargo que los derechos que corresponden a los particulares no derivan de esta sentencia sino de las disposiciones mismas del Derecho comunitario que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno» (SSTJUE de 14 de diciembre de 1982 -asuntos acumulados 314/81, 315/81, 316/81 y 83/82- y de 5 de marzo de 1996 -asuntos C-46/93 y C-48/93)

En consecuencia, es dudoso que pueda predicarse de los órganos judiciales españoles una vinculación más fuerte a los criterios del TJUE que a los del TS, salvo por el hecho de que la norma europea es de aplicación preferente en España en virtud del principio de primacía, y no de cualquier modo, sino en la forma en que ha sido

interpretada por el TJUE, dando lugar al «acto aclarado». Ahora bien, ocurre como en los casos anteriores, a saber, que el apartamiento del juez nacional del criterio del TJUE, queda sometido a un control de justificación y racionalidad que implica el derecho de tutela judicial efectiva por los cauces habitados al efecto, y sin consideración a los aspectos particulares que plantean pronunciamientos específicos del TJUE, como ocurre, por ejemplo, con las resoluciones dictadas en recursos de incumplimiento.

X. Apunte final

Como puede observarse, la sentencia comentada presenta un interés mayor por las afirmaciones que se contienen en la misma, en relación con los antecedentes de la presentación de la consulta por el órgano judicial nacional, que en lo referido a la cuestión de fondo.

Sobre el asunto material decidido poco más se podía decir por el TJUE por cuanto, si bien no se había emitido una decisión expresa al respecto, los caracteres de la cuestión debatida la aproximaban, como ya se dijo, a la calificación de «acto claro» de acuerdo con los estándares en la materia. En efecto, no parece que ofrezca demasiadas dudas la calificación del tiempo en que una persona trabajadora se encuentra ya al centro de trabajo base, en el que se avitualla del material para dirigirse luego al lugar de prestación de servicios con un vehículo de la empresa, ya desde el primer momento a disposición de la empleadora.

Al margen de esto, la reflexión más profunda que suscita la resolución comentada, se refiere a otro aspecto completamente distinto, atinente a los criterios de presentación de cuestiones prejudiciales. El TJUE tiene sentados criterios sólidos en la materia que, por supuesto, son ajenos a esta aportación. Pero parece claro que tal base debe completarse con otros criterios implícitos o latentes que afectan a la arquitectura del sistema y que son, en definitiva, los que garantizan su solidez y pervivencia.

En particular, nunca se insistirá lo bastante en la recomendación de prudencia a la hora de considerar los criterios existentes del TS español sobre una determinada cuestión, cuya incorrecta consideración, tanto por los órganos judiciales nacionales como por el TJUE, ha deparado ya algunas sonadas disfunciones, aún en vías de solución. Piénsese a este respecto en la pendiente decisión del estatuto de los trabajadores indefinidos no fijos.

Y, del mismo modo, no sobrará nunca la necesaria prudencia para incidir en un asunto tan delicado como el que supone, en definitiva, una propuesta de unificación de criterios dentro de un órgano colegiado, recurriendo *per saltum* a un órgano europeo.

§ 82 La STC 148/2025. De los actos razonables a los cauces participativos: la expansión constitucional de la garantía de indemnidad y la necesidad de diferenciar las nulidades objetivas de las nulidades radicales.

Magdalena Nogueira Guastavino

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

Resumen: La garantía de indemnidad se extiende a las reclamaciones de los trabajadores hechas a los comités de empresa para que actúen, en su función de vigilancia normativa, como intermediarios ante el empleador.

Palabras clave: Reclamación en la empresa. Queja ante el comité de empresa. Garantía de indemnidad. Tutela judicial efectiva.

Abstract: The right to protection from retaliation covers workers' complaints made through works councils acting as intermediaries before the employer.

Keywords: Internal complaint. Complaint to the works council. Protection against retaliation. Right to effective judicial protection.

DOI: https://doi.org/10.55104/RJL_00682

I. Introducción

La STC 148/2025 constituye un paso más en la evolución de la garantía de indemnidad. El problema que se plantea siempre que se avanza en su evolución extensiva reside en si se mantiene en el caso concreto la conexión funcional con el derecho a la tutela «judicial» efectiva del que dicha garantía trae su causa. Este es el problema que se plantea también en el presente caso donde el indicio de vulneración del derecho alegado se centra en la queja realizada por el trabajador ante el comité de empresa, sin que conste expresamente la intención del trabajador de poner una posterior demanda o de iniciar acciones. Para la mayoría del TC (Pleno) las quejas realizadas ante el comité de empresa deben considerarse un paso necesario y presumiblemente antecesor de un probable contencioso ulterior. No opina así el único voto particular existente. Aunque no se plantea ni en la sentencia ni en voto, la cuestión de si el caso entra en la órbita del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva o si debe considerarse una ampliación de mera legalidad ordinaria, presenta consecuencias jurídicas teóricas y prácticas.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Constitucional.

Número de resolución judicial y fecha: STC núm.148/2025, de 9 de septiembre.

Tipo y número de recurso: Recurso de amparo núm. 1186/2024.

ECLI:ES:TC:2025:148.

Fuente: BOE.

Ponente: Excm. Sr. Dña. María□Luisa□Segoviano□Astaburuaga.

Votos Particulares: discrepante formulado por el Excmo. Sr. D. Ricardo Enríquez Sancho.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El demandante trabajaba para la empresa Elecnor,□SA mediante sucesivos contratos temporales de obra o servicio. El 15 de septiembre de 2021 presentó demanda de protección de derechos fundamentales ante el Juzgado de lo Social n.º 6 de Las Palmas de Gran Canaria, alegando vulneración de la garantía de indemnidad (art. 24 CE) y del derecho a la libertad sindical (art. 28 CE) al extinguirse su relación laboral tras formular una reclamación ante el presidente del comité de empresa.

La reclamación consistió en que la empresa, en agosto de 2021, procedió a modificar un cuadrante de guardias (guardias de retén) que había sido previamente notificado (5 de marzo), asignándole guardias los días 16 y 22 de agosto en un nuevo destino (isla Lanzarote en lugar de Las Palmas donde inicialmente debía hacerlas). El trabajador se quejó comunicando la incidencia al Presidente del comité de empresa, aduciendo además que con ello la empresa incumplía el convenio colectivo al fijar retenes cada cuatro semanas en lugar de cada cinco semanas como se establecía convencionalmente. El presidente del comité se dirigió de inmediato a la empresa y se celebró una reunión el **12 de agosto de 2021**, tras la cual la empresa **revocó la modificación** del cuadrante. El 28 de agosto se le notificó la extinción de su contrato con efectos 2 de septiembre de 2021.

El trabajador sostuvo que la extinción era una **represalia** por haber canalizado una **reclamación laboral** mediante la representación de los trabajadores.

La sentencia del Juzgado de lo Social estima la demanda al considerar que la causa alegada por la empresa para la extinción del contrato, consistente en la resolución del contrato suscrito con un tercero, cliente de la empresa, no resultó acreditada. Declara por ello el despido nulo, ordenando la readmisión del trabajador con salarios de tramitación, y fija una indemnización por daño moral.

Interpuesto recurso de suplicación por la empresa, el TSJ Canarias revoca la sentencia y declara el despido improcedente, en lugar de nulo. La sentencia considera procedente incluir como hecho probado que el nuevo acuerdo marco para prestación de servicio de mantenimiento y obra nueva en las subestaciones de Canarias entre Endesa y Elecnor, S.A., con vigencia de 1 de agosto de 2021, tenía inicio efectivo en la noche del 23 al 24 de agosto de 2021. Para la sentencia de suplicación que «la garantía de indemnidad no puede extenderse a las reclamaciones del trabajador ante la empresa; no puede convertirse en un derecho fundamental autónomo de los trabajadores, desvinculado del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, derecho fundamental sustantivo al que ha de hallarse indefectiblemente conectado. Las reclamaciones no constituyen necesario acto preparatorio o previo al ejercicio de acciones judiciales, ni son por tanto merecedoras de aquella especial tutela, sin perjuicio de lo que pudiera corresponder en el plano de la legalidad ordinaria; entender lo contrario supondría la sinrazón de que cualquier actuación reclamatoria del trabajador ante la empresa quedaría revestida de aquella especial tutela» (FD 3). La sentencia concluye que «estamos ante una queja o reclamación puntual extrajudicial que además es dirigida a la representación legal de los trabajadores que luego la traspasa a la empresa. En definitiva, una mera reclamación. En base al criterio antes señalado es obvio que no estamos ante un supuesto de vulneración de la garantía de indemnidad y, por lo tanto, no cabe hablar de nulidad del despido».

El TS inadmite el recurso de casación interpuesto por falta de contradicción.

Interpuesto recurso de amparo, el mismo es admitido, declarando el TC que se aprecia la especial trascendencia constitucional al plantear un problema o afectar a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no habría doctrina [STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2 a)]. En concreto, por el carácter novedoso que plantea en relación con la garantía de indemnidad como dimensión extraprocesal del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), dando la oportunidad al Tribunal de pronunciarse sobre la posibilidad de aplicar o extender la garantía de indemnidad a los supuestos de reclamaciones ante quienes ejercen la representación legal de los trabajadores, en pretensión de que desarrollen una función de intermediación con la empresa dentro de su labor de vigilancia del cumplimiento de la normativa laboral reconocida en el 64.7 a) 1 LET.

IV. Posición de las partes

1. Del trabajador recurrente en amparo

El demandante solicita el amparo por vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), alegando que su reclamación extrajudicial, presentada a través de la representación legal de los trabajadores para evitar un cambio de destino, debe quedar protegida por la garantía de indemnidad, pues era una actuación razonable y amparada legalmente. Sostiene que su despido, producido quince días después de dicha gestión, constituye una represalia y que la causa empresarial invocada (fin del contrato con Endesa) no quedó acreditada, planteando además la relevancia constitucional del caso por la necesidad de extender la garantía de indemnidad a reclamaciones extrajudiciales.

2. De la empresa recurrida

La parte comparecida pidió la desestimación del amparo al entender que no hubo vulneración de la garantía de indemnidad, pues el trabajador no manifestó intención de acudir a la vía judicial y el despido obedeció a la finalización del contrato mercantil, no a una represalia.

3. Del Ministerio fiscal

El Ministerio Fiscal solicitó el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de garantía de indemnidad, pues consideró que el trabajador había aportado indicios suficientes de represalia —por la proximidad temporal entre su reclamación y el despido y la sucesión de contratos— y la empresa no acreditó una causa ajena al ánimo represivo. Defendió, además, que la reclamación extrajudicial a través de la representación de los trabajadores debía quedar amparada por la garantía de indemnidad, en tanto extender la garantía a estas vías extrajudiciales favorece la resolución temprana de conflictos y reduce la sobrecarga judicial conforme a la jurisprudencia constitucional reciente (SSTC 135/2024 y 31/2023).

V. Normativa aplicable al caso

Art. 24.1 CE

VI. Doctrina básica

El ámbito de protección de la garantía de indemnidad se extiende a los actos preparatorios o previos que, no siendo normativamente necesarios para el acceso a la jurisdicción, estén encaminados a la defensa de los derechos del trabajador en evitación de un procedimiento judicial y que pueden desembocar en el ejercicio de acciones judiciales en caso de que sus pretensiones no sean atendidas. Dado que las reclamaciones de los trabajadores a los comités de empresa para que actúen como

intermediarios frente al empleador cumplen con las características señaladas, les es extensible la protección dispensada por la garantía de indemnidad.

VII. Parte dispositiva

Estimación del recurso de amparo y, en su virtud, declara «que se ha vulnerado el derecho fundamental del recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su dimensión de la garantía de indemnidad», se restablece al recurrente en su derecho declarando la nulidad de la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Canarias, aclarada por auto posterior, así como del auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo pronunciado en el recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2424-2023. Se declara la «firmeza de la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Las Palmas de Gran Canaria núm. 64/2022, de 14 de febrero, pronunciada en el procedimiento sobre derechos fundamentales núm. 758-2021».

VIII. Pasajes decisivos

- El Tribunal aprecia que el supuesto ahora controvertido de reclamaciones de los trabajadores ante su representación legal en las empresas, en pretensión de que desarrollen una función de intermediación con el empleador dentro de su labor de vigilancia del cumplimiento de la normativa laboral reconocida en el art. 64.7 a) 1 LET, tiene las características necesarias, ya apreciadas por la jurisprudencia constitucional en relación con otras actuaciones previas al efectivo ejercicio de acciones legales ante los órganos judiciales, para ser susceptible de recibir la protección constitucional de la garantía de indemnidad.

- En primer lugar, (...) la representación colectiva tiene como finalidad institucional la protección -en el plano de la autonomía colectiva y con los medios de la que esta dispone- de los intereses de los trabajadores, y a la vez estos mismos órganos de representación constituyen, desde el espacio de su autonomía, una instancia de resolución del conflicto planteado mediante su negociación y posible acuerdo con la empresa o la iniciación de otras acciones legales. De ese modo, esta función a desarrollar a partir, entre otras posibilidades, de las reclamaciones que puedan plantear los trabajadores resulta particularmente apta para dirimir las controversias que pudieran surgir entre los trabajadores y la empresa y, con ello, constituirse como un sistema útil para la evitación de los procesos judiciales. Se trata, por tanto, de un supuesto que cumple esta consideración de ser apta para la evitación de procesos judiciales, utilizada por el Tribunal para determinar la extensión del ámbito de aplicación constitucional de la garantía de indemnidad.

- En segundo lugar, el Tribunal también constata que, tratándose de una función de intermediación encomendada normativamente a la representación legal de los trabajadores, la reclamación que ante esa representación pudieran plantear los trabajadores es de carácter reglado y revestida de unas mínimas formalidades, lo que, en principio, permite deducir sin gran dificultad que no puede excluirse que sea una actuación del trabajador directamente encaminada, en caso de fracaso, al eventual ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Por tanto, este supuesto también cumple esta consideración de que, en atención a las circunstancias concurrentes, permita evidenciar el posible ejercicio de acciones legales ante los órganos judiciales, utilizada por el Tribunal para determinar la extensión del ámbito de aplicación constitucional de la garantía de indemnidad.

- En tercer lugar, el Tribunal aprecia que se trata de una actuación que, aun desarrollada directamente ante la representación legal de los trabajadores, tiene la vocación de que sea puesta en conocimiento inmediato de la empresa. Ese carácter externo y dirigido a la propia empresa determina que se configure como una actuación del trabajador que pone de manifiesto ante su empleador la existencia de una cierta conflictividad o controversia laboral. De ese modo, es especialmente susceptible de servir como fundamento para provocar una reacción frente a la evidencia del eventual ejercicio de acciones legales ante los órganos judiciales y, con ello, de ser una actuación que, a pesar de su aptitud para la evitación de un futuro proceso judicial, es

fácilmente objeto de disuasión si queda desprotegida frente a la posibilidad de represalias. Por tanto, este supuesto también cumple esta consideración de que su desprotección constitucional puede disuadir o desalentar al trabajador de su empleo, utilizada por el Tribunal para determinar la extensión del ámbito de aplicación constitucional de la garantía de indemnidad.

- En definitiva, los supuestos de reclamaciones de los trabajadores ante quienes ejercen su representación legal en pretensión de que desarrollen una función de intermediación con la empresa, dentro de su labor de vigilancia del cumplimiento de la normativa laboral reconocida en el 64.7 a) 1 LET, y obtener con ello la satisfacción de lo que consideran sus intereses legítimos en evitación de un proceso judicial, son susceptibles de recibir la protección constitucional dispensada por el art. 24.1 CE a la garantía de indemnidad, cuando pueda concluirse que sean supuestos que se desenvuelvan en conexión con la finalidad propia de la protección constitucional que se dispensa al derecho a la tutela judicial efectiva.

IX. Comentario

La STC 148/2025, de 9 de septiembre (ponente: María Luisa Segoviano Astaburuaga), representa un hito en la evolución constitucional de la garantía de indemnidad. El Tribunal Constitucional no se limita a reafirmar su conexión con el artículo 24.1 CE, como protección frente a represalias derivadas del ejercicio de acciones judiciales o reclamaciones previas necesarias para accionar judicialmente, sino que ensancha su perímetro para incorporar un ámbito hasta ahora poco explorado, como es el de las reclamaciones canalizadas a través de la representación legal de los trabajadores. La importancia de la ampliación se refleja en el hecho de que sea el propio Pleno quien recabe para sí, en virtud del art. 10.1.n) LOTC, el conocimiento de un recurso de amparo asignado con carácter general a una de las Salas. El hecho de que se trate de una sentencia de Pleno, con un único y exclusivo voto particular, otorga una gran legitimidad al fallo y demuestra la convicción general de la naturalidad de la ampliación llevada a cabo.

Para justificar la ampliación de la protección derivada del art. 24.1 CE, la sentencia de Pleno comienza haciendo un repaso a su doctrina sobre garantía de indemnidad. Tras confirmar que es una derivación laboral del art. 24.1 CE y que exige conexión con la tutela judicial efectiva, recuerda que se ha venido ampliando a fases anteriores a la mera interposición de la demanda como mecanismo para evitar que el empresario adopte medidas represivas antes de la formalización de la acción judicial, frustrando así el derecho reconocido en el art. 24.1 CE. La STC 148/2025 resume en tres hitos la ampliación llevada a cabo:

- Actos preprocesales legalmente necesarios para su ejercicio (demanda anterior en la STC 7/1993; reclamación administrativa en solicitud de reconocimiento de una relación laboral indefinida en la STC 14/1993)
- Actos preparatorios no obligatorios, pero necesarios o convenientes, dirigidos o encaminados a evitar un proceso o a preparar la demanda (STC 55/2004 para una carta del abogado del trabajador a la empresa en la que se requería el cumplimiento de la petición laboral so pena de ejercitar las acciones legales oportunas)
- Denuncias ante la Inspección de Trabajo, en su función legal de vigilancia del cumplimiento de las normas del orden social, cuando de ellas se sigue una represalia (STC 75/2010, de 19 de octubre, en los casos de denuncias dirigidas a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el ejercicio de su función legal de vigilancia del cumplimiento de las normas del orden social, exigencia de las responsabilidades pertinentes, así como el asesoramiento y, en su caso, conciliación, mediación y arbitraje en dichas materias).

En todos estos casos, el Tribunal considera vulnerada la tutela *judicial* efectiva, aunque no se haya llegado a interponer la demanda judicial y se separe el acto

represaliado de la tutela judicial en sentido estricto, si la reacción empresarial tiene por finalidad impedir o castigar la reclamación realizada. La garantía de indemnidad se ha ido extendiendo, así pues, como instrumento que opera de modo preventivo, en tanto del contexto de los casos en que se ha considerado vulnerada, puede afirmarse razonable que el caso terminaría en la vía judicial y la represalia empresarial habría logrado cercenar en una fase embrionaria o inicial de su ejercicio, el derecho a accionar judicialmente.

Pero hasta el momento, también es cierto, que en los casos en los que la reclamación laboral se ha situado más alejada del ámbito estrictamente judicial, como ocurrió en la relevante STC 55/2004, en la que se otorga el amparo por extinguirse el contrato de trabajo tras el envío de una carta del abogado del trabajador a la empresa, concurrían elementos claros de viabilidad procesal. En aquel caso, el trabajador contaba ya con representación letrada y, sobre todo, en la propia misiva se expresaba de forma inequívoca que, de no atenderse las reclamaciones formuladas, se interpondrían las acciones legales oportunas, esto es, se presentaría demanda ante los tribunales. De este modo, la conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE aparecía patente y directamente reconocible. De hecho, para el TC en aquella sentencia debían incluirse dentro de la garantía de indemnidad las reclamaciones extrajudiciales previas, pero «cuando del contexto se deduzca sin dificultad que aquella está directamente encaminada al ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva» (STC 55/2004, FJ 3).

La ampliación realizada por el Pleno del TC se sustenta, como expresamente se señala en la sentencia, en una gran variedad de preceptos normativos que han ido reforzando la garantía de indemnidad y extendiéndola al ámbito empresarial^[1]. Pero insiste en que tiene que existir conexión, aunque sea mediata, con el derecho fundamental protegido (art. 24 CE).

En el caso concreto entiende, de un lado, que dado que el art. 64.7 a) 1 LET atribuye a los comités de empresa y delegados de personal una función institucional de intermediación y vigilancia del cumplimiento de la normativa laboral, las reclamaciones formuladas ante ellos constituyen un paso previo lógico a la vía judicial, orientado a evitar procesos, y por ello merecen la protección de la garantía de indemnidad. Por otro lado, el Tribunal aprecia que las reclamaciones ante la representación legal de los trabajadores son actuaciones formalizadas y regladas, encaminadas, en caso de fracaso, al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que se presume que la actuación del trabajador posee una finalidad jurídica inequívoca, al constituir un acto preparatorio del eventual ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva. Finalmente, para el TC, este tipo de reclamaciones que inicialmente se dirigen a los representantes, accionan una proyección externa hacia la empresa, que toma conocimiento del conflicto, convirtiéndolas en actuaciones potencialmente susceptibles de generar represalias empresariales, ya que evidencian una controversia laboral susceptible de judicialización. Por ello, de quedar desprotegidas, provocarían un efeto disuasorio (efecto desaliento en la terminología del TEDH) que vaciaría de contenido la protección constitucional.

La conclusión alcanzada por la sentencia por la que se vulnera la garantía de indemnidad cuando la empresa adopta represalias a raíz de una reclamación formulada por el trabajador ante sus representantes legales (comité de empresa), plantea una cuestión teórica de gran calado: si tales represalias constituyen una lesión de un derecho fundamental en sentido estricto, constitucionalmente reconocido en el artículo 24.1 CE, o si, por el contrario, se trata de la infracción de reglas de legalidad ordinaria que el legislador ha querido dotar de una protección reforzada sin que ello suponga vulneración directa de un derecho fundamental. En otros términos, cabe preguntarse si estamos ante una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, lo que conduciría necesariamente a una nulidad radical, o si más bien nos hallamos ante un supuesto de nulidad objetiva, es decir, de una nulidad derivada de la configuración legal de determinadas garantías laborales que extienden la

protección más allá de su conexión inmediata con el ejercicio del derecho a la acción judicial.

La diferencia no es menor. En la nulidad radical, la lesión tiene raíz constitucional y activa la protección del recurso de amparo, con las consecuencias inherentes a la vulneración de un derecho fundamental, incluida la readmisión obligatoria y la posibilidad de indemnización adicional por daño moral (art. 183 LRJS). En cambio, en la nulidad objetiva, el legislador sanciona el despido con nulidad *ex lege*, sin necesidad de acreditar la lesión subjetiva de un derecho fundamental, como sucede, por analogía, en el despido de trabajadora embarazada previsto en el art. 55.5 b) ET, que opera aun cuando ni el empresario ni la trabajadora conocieran la gestación. En ese caso no hay lesión constitucional, sino una nulidad legal automática, de carácter objetivo y tuitivo, que no abre la vía del amparo.

La mayoría del Tribunal opta por la primera vía, entendiendo que estas reclamaciones, aunque extrajudiciales, forman parte del haz preparatorio del derecho de acceso a la justicia, pues su finalidad inmediata es evitar o preceder al proceso judicial. De ahí que la represalia empresarial sí incida sobre el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y no sobre una mera expectativa legal de protección. Por el contrario, el voto particular considera que estamos fuera de la protección constitucional desplegada por el art. 24 CE (aunque no aluda para nada a la diferencia de nulidades y simplemente exprese que debió desestimarse la demanda).

A mi juicio, el criterio mayoritario constituye un criterio razonable en línea con lo que viene siendo una doctrina ampliatoria, pero razonada, del Tribunal Constitucional. Es más, no creo que sea un «salto» cualitativo, sino el devenir natural de una continuada y progresiva evolución doctrinal.

En efecto. La argumentación del Pleno reconduce la protección de modo contundente al art. 24.1 CE cuando subraya que la garantía de indemnidad evita el efecto disuasorio frente al ejercicio o preparación del derecho de acción e insiste en que solo cuando hay una conexión finalista con la tutela judicial efectiva entra en juego el amparo. Desde los orígenes de la construcción ampliatoria, en la STC 14/1993, el TC ya sostuvo que la garantía debía extenderse a los actos o trámites previos necesarios para el ejercicio de la acción judicial, pues únicamente protegiendo al trabajador antes de la interposición de la demanda se evita que el empresario frustre la conexión entre la reclamación previa y la acción judicial que podría dotar de fundamentación constitucional a la queja. La ampliación más significativa e esta doctrina se produjo con la STC 55/2004, que incluyó en el ámbito de protección una queja formulada en el ámbito estrictamente empresarial con advertencia, es verdad, de futuras acciones judiciales. Será, sin embargo, con la STC 16/2006, de Pleno, cuando por primera vez, aunque de modo indirecto^[2], se admita la presentación de denuncias ante la Inspección de Trabajo como indicio de vulneración del derecho fundamental, ampliando así el alcance protector de la garantía de indemnidad. Posteriormente, la STC 120/2006, en un supuesto en que las denuncias se formularon tras el desistimiento de una demanda judicial previa, confirmó con rotundidad que dichas denuncias quedan amparadas por la garantía de indemnidad, al constituir una manifestación legítima del ejercicio de derechos frente al empleador. Estas denuncias ante la Inspección fueron también tomadas en consideración en la controvertida STC 75/2010, referida a un caso de subcontratación y ejercicio del derecho de huelga. El paralelismo funcional entre el comité de empresa y la Inspección de Trabajo, en cuanto ambos ejercen funciones de vigilancia del cumplimiento de la normativa laboral, permite equiparar las quejas formuladas ante el comité de empresa a otros supuestos extrajudiciales que el Tribunal Constitucional ya ha reconocido como protegidos por la garantía de indemnidad. De ahí que no resulte una solución sorprendente la aplicada por el Pleno del Tribunal.

La reclamación ante el comité/delegados, institucionalizada por el art. 64.7 a) 1 LET con funciones de vigilancia y eventual acción, comparte con la denuncia ante la ITSS la estructura garantista (proyección externa al empleador, formalización y

trazabilidad) así como el fundamento constitucional de la indemnidad (evitar el efecto desaliento en la fase preprocesal), por lo que, conforme a los criterios de orientación al proceso fijados en la doctrina anterior del TC debe reputarse un acto extrajudicial protegido por el art. 24.1 CE. Lo contrario supondría fracturar la coherencia sistemática de la tutela judicial efectiva, privilegiando un cauce administrativo (Inspección) sobre otro legalmente institucionalizado (representación unitaria), a la par que permitiría habilitar represalias preventivas por motivos meramente formales (acudir a una vía y no a la otra). De hecho, a mi juicio, mantener la postura del voto particular corre el riesgo de un formalismo excesivo que puede llegar a vaciar la eficacia preventiva de la indemnidad. En el caso concreto examinado creo que, al contrario de lo que afirma el voto, no se «desborda» el art. 24.1 CE pues la sentencia exige un nexo funcional de la reclamación con la tutela judicial efectiva y no parece que se afirme por el Pleno que cualquier queja interna, por cualquier vía, esté garantizada constitucionalmente por la vía de la tutela judicial efectiva. Asimismo, considerar las reclamaciones ante los órganos de participación como un mero «buzón de quejas» sin relevancia jurídica, supone desconocer la función institucional que el ordenamiento les otorga. El artículo 64.7 a) 1 LET atribuye al comité de empresa y a los delegados de personal una labor de vigilancia en el cumplimiento de la normativa laboral y la posibilidad de interponer acciones o actuar como coadyuvantes, lo que convierte su intervención en un cauce legítimo de defensa de derechos y en un sustituto razonable, *ex ante*, de la vía judicial. Negar dicha función no solo desatiende el diseño legal del sistema de participación, sino que obliga al trabajador a judicializar prematuramente cualquier conflicto, desvirtuando la finalidad conciliadora y preventiva que la ley reconoce a estos órganos y que la jurisprudencia constitucional ha vinculado al núcleo garantista del art. 24.1 CE. Como señalaba la STC 120/2006 «cualquier perjuicio que responda estrictamente a una represalia por el ejercicio previo de acciones judiciales, actos preparatorios de éstas o actos extrajudiciales dirigidos a la evitación del proceso, está prohibido por el art. 24.1 CE». Y tan extrajudicial es la denuncia ante la ITSS como ante el comité de empresa.

La consecuencia de aceptar esta tesis es clara: la nulidad debe ser radical, por vulneración directa del artículo 24.1 CE, y no una nulidad objetiva derivada de un desarrollo legal autónomo. Ello preserva la coherencia del sistema constitucional de tutela de derechos fundamentales y evita la confusión entre lesión constitucional y protección legislativa reforzada, ámbitos que, aunque convergentes en finalidad tuitiva, difieren profundamente en su fundamento y en sus consecuencias procesales y reparadoras.

Referencias:

1. [^] [1] LO 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, cuyo art. 9 prohíbe represalias por presentar quejas o reclamaciones destinadas a impedir la discriminación o exigir la igualdad. Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y no discriminación, arts. 4.1 y 6.66 que protegen frente a consecuencias adversas derivadas de intervenir o denunciar situaciones discriminatorias. Ley 2/2023, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas, cuyo art. 36 ampara a quienes comunican infracciones o actos de corrupción. La Directiva (UE) 2019/1152, sobre condiciones laborales transparentes, pendiente de trasposición, donde se obliga a los Estados miembros a proteger a los trabajadores frente a todo trato desfavorable o despido por haber ejercido derechos derivados de la Directiva. Finalmente, se alude a la LO 5/2024, de derecho de densa, donde la garantía se positiviza con mayor claridad en la DA 3.ª titulada «Protección de la garantía de indemnidad de las personas trabajadoras» y donde se reconoce el derecho a la indemnidad «frente a las consecuencias desfavorables que pudieran sufrir por la realización de cualquier actuación efectuada ante la empresa o ante una

actuación administrativa o judicial destinada a la reclamación de sus derechos laborales, sea ésta realizada por ellas mismas o por sus representantes legales». Garantía reforzada en el art. 12.3 que señala que «Las personas trabajadoras tienen derecho a la indemnidad frente a las consecuencias desfavorables que pudieran sufrir por la realización de cualquier actuación conducente al ejercicio de sus derechos de defensa».

2. [^] NOGUEIRA GUASTAVINO M., «El binomio 'acción-reacción': evolución y últimas tendencias sobre la garantía de indemnidad», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 132 (2006) págs. 907-956.

§ 83 Ocultación del matrimonio religioso e incompatible con pensión de viudedad.

Antonio V. Sempere Navarro

Director de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Universidad (s.e.)

Resumen: La sentencia 870/2015 (Sala de lo Penal del Tribunal Supremo) aborda un problema sobre fraude a la Seguridad Social cometido por pensionista de viudedad, quien no comunica que ha contraído nuevo matrimonio a través de la Iglesia Católica. Son varias las grandes cuestiones que examina. Primera: Determinar (con carácter prejudicial) si ha existido un verdadero matrimonio (cosa que la pensionista rechaza). Segunda: Precisar que existe un deber de la contrayente de matrimonio (religioso) de trasladar ese evento tanto al Registro Civil cuanto a la Seguridad Social (en concreto al INSS), dada su condición de pensionista de viudedad y la incompatibilidad de ello con el nuevo vínculo. Tercera: Clarificar que la responsabilidad civil derivada de un hecho delictivo (obtención fraudulenta de prestaciones) no se sujeta a los plazos de prescripción de la acción administrativa para recuperar lo indebidamente percibido, quedando vinculada a los plazos de prescripción del delito. Cuarta: Aquilatar las consecuencias de la conducta contraria a Derecho, concordando legislación de Seguridad Social con el Código Penal.

Palabras clave: Pensión de viudedad. Incompatibilidad. Matrimonio eclesiástico. Defraudación a la Seguridad Social. Ocultamiento de matrimonio por pensionista.

Abstract: L'arrêt 870/2015 (Chambre criminelle de la Cour de cassation) porte sur une affaire de fraude à la Sécurité Sociale commise par une veuve percevant une pension et ayant omis de déclarer son remariage religieux. Il examine plusieurs points essentiels. Premièrement : Déterminer (à titre préliminaire) si un mariage a eu lieu (ce que la pensionnée conteste). Deuxièmement : Préciser que la personne ayant contracté un mariage religieux a l'obligation de le déclarer à l'état civil et à la Sécurité sociale (plus précisément à l'Institut national de la sécurité sociale, INSS), compte tenu de son statut de veuve percevant une pension et de l'incompatibilité de ce statut avec le nouveau mariage. Troisièmement : Préciser que la responsabilité civile découlant d'un acte pénal (perception frauduleuse de prestations) n'est pas soumise au délai de prescription applicable aux actions administratives en recouvrement des sommes indûment perçues, mais bien au délai de prescription de l'infraction elle-même. Quatrièmement : Évaluer les conséquences de cette conduite illégale, en alignant la législation relative à la sécurité sociale sur le Code pénal.

Keywords: Pension de veuve. Incompatibilité. Mariage religieux. Fraude à la sécurité sociale. Dissimulation de mariage par un retraité.

DOI: https://doi.org/10.55104/RJL_00683

I. Introducción

La sentencia 870/2015 (Sala de lo Penal del Tribunal Supremo) aborda un problema sobre fraude a la Seguridad Social cometido por pensionista de viudedad, quien no comunica que ha contraído nuevo matrimonio a través de la Iglesia Católica. Son varias las grandes cuestiones que examina.

Primera: Determinar (con carácter prejudicial) si ha existido un verdadero matrimonio (cosa que la pensionista rechaza).

Segunda: Precisar que existe un deber de la contrayente de matrimonio (religioso) de trasladar ese evento tanto al Registro Civil cuanto a la Seguridad Social (en concreto al INSS), dada su condición de pensionista de viudedad y la incompatibilidad de ello con el nuevo vínculo.

Tercera: Clarificar que la responsabilidad civil derivada de un hecho delictivo (obtención fraudulenta de prestaciones) no se sujeta a los plazos de prescripción de la acción administrativa para recuperar lo indebidamente percibido, quedando vinculada a los plazos de prescripción del delito.

Cuarta: Aquilatar las consecuencias de la conducta contraria a Derecho, concordando legislación de Seguridad Social con el Código Penal.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (Cinco integrantes).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 870/2025, de 23 de octubre.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de casación núm. 1546/2023.

ECLI: ES:TS:2025:5024.

Fuente: Cendoj.

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

Votos Particulares: carece

Ministerio Fiscal: interesa el fracaso del recurso

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Hechos desencadenantes

Parte del debate casacional ha versado sobre si realmente existió un matrimonio que convirtiera en concebido el cobro de la pensión de viudedad. Orillando la resolución frontal del tema, lo que debemos adelantar para que sea comprensible el resto de la exposición es lo siguiente:

- Poco antes de cumplir los treinta años, la acusada enviudó y comenzó a percibir la pensión causada por la muerte de su esposo.
- Diez años después contrajo matrimonio canónico en una Iglesia parroquial católica, desarrollándose la ceremonia con normalidad. Sin embargo, ese matrimonio no fue inscrito en el Registro Civil, ni comunicado al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS).

- Dieciséis años después la Policía informa a la Administración de la Seguridad Social de la existencia de ese matrimonio y se suspende el abono de la pensión, que había sido satisfecha durante todo este tiempo^[1].

2. Sentencia de instancia

El Juzgado de Instrucción n.º 3 de Madrid incoó Procedimiento Abreviado por delito contra la Seguridad Social y lo remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Madrid.

Mediante su sentencia 88/2022, de 23 de febrero, la Sección 16.ª de la Audiencia Provincial adopta una decisión condenatoria de la pensionista^[2], que acabará ganando firmeza y que conviene desmenuzar:

- Ha existido un delito contra la Seguridad Social, que comporta privación de libertad durante dos años (con la accesoria y coextensa de inhabilitación para sufragio pasivo)^[3].
- Multa del equivalente a la cantidad indebidamente percibida (311.641 euros), con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un mes.
- Pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un período de tres años.
- Abono de daños y perjuicios («responsabilidad civil») al INSS por el importe resultante de la cantidad defraudada y no reintegrada^[4]. A esa cantidad se le añaden los intereses legales^[5].
- Pago de las costas procesales (sin incluir las de la acusación popular).

3. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

A través de su sentencia 470/2022, de 22 de diciembre, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó el recurso de apelación interpuesto y confirmó la sentencia de instancia.

La clave se halla en que considera que ha existido un verdadero y válido matrimonio ya que; a) Así consta en el expediente parroquial. b) La ceremonia se desarrolló de forma efectiva (existen fotos y testimonios). c) Hubo posterior celebración con invitados. d) Los acusados no expresaron su reserva y así acabó constando en el Registro parroquial.

Los artículos 60 y 61 del Código Civil conducen a la conclusión de que estamos ante matrimonio plenamente válido. Ese evento, sin embargo, fue ocultado a la Seguridad Social, lo que solo puede explicarse por el afán de seguir percibiendo la pensión de viudedad. Ello, pese a que los contrayentes hayan mantenido un distanciamiento formal en algunos aspectos como el empadronamiento o la titularidad de las cuentas bancarias

IV. Posición de los intervinientes

1. La pensionista

El recurso de casación interpuesto por la acusada se estructura en cuatro motivos. Por un lado protesta por haberse denegado la práctica de una prueba, generando indefensión; se trataba de la testifical de quien era párroco titular de la iglesia al tiempo de contraer matrimonio, relevante para para acreditar que no hubo intención de contraer matrimonio, sino solo de simularlo^[6]. Sin matrimonio real, tampoco habría percepción indebida de pensión.

Por otra parte, argumenta que nunca existieron unos hechos de los que debiera informar, ni concurrió una causa que diera lugar a la extinción de la prestación recibida, pues creyó firmemente que no se había celebrado el matrimonio» por falta de

consentimiento. De este modo, se habría vulnerado la presunción de inocencia y aplicado indebidamente el artículo 307 ter del Código Penal.

Descarta que haya habido una actividad probatoria de signo inequívocamente incriminatorio, que sea legítima y razonablemente suficiente para destruir la presunción constitucional de inocencia. Además, el procedimiento se inició por la animadversión de un particular hacia su pareja, contratando unos detectives privados que se inmiscuyeron en su vida íntima, por lo que toda la prueba es nula.

Asimismo, cuestiona la imposición de responsabilidades, que contravendría la regulación específica (artículo 109 y siguientes del Código Penal). Considera que su responsabilidad debería limitarse a los 81.140 euros (por aplicarse el plazo de prescripción de la LGSS) o, en el peor de ellos casos, los 135.994 euros que se abonaron a la recurrente como pensión de viudedad desde la fecha de la entrada en vigor del delito.

2. El Ministerio Fiscal y la acusación

El Ministerio Fiscal solicita la inadmisión y, subsidiariamente, la desestimación a cuyo efecto impugna los motivos de fondo.

V. Normativa aplicable al caso

1. Obligación de comunicar el matrimonio celebrado en la Iglesia

A) El artículo 71 de la Ley del Registro Civil vigente a la fecha del matrimonio, esto es, la Ley de 8 de junio de 1957, establecía que: «Están obligados a promover la inscripción del matrimonio canónico los propios contrayentes»^[7]; obligación funcionalmente impuesta para que el matrimonio canónico pudiera producir efectos civiles^[8].

B) El artículo 35.3 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, califica como infracción grave en cualquier perceptor de cualquier prestación «No comunicar, salvo causa justificada, las bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de incompatibilidad, suspensión o extinción del derecho, excepto la de no figurar inscritos como demandantes de empleo en el servicio público de empleo competente, o cuando se dejen de reunir los requisitos para el derecho a su percepción siempre que por cualquiera de dichas causas se haya percibido indebidamente la prestación».

2. Incompatibilidad de la pensión de viudedad y reintegro de prestaciones indebidadas

A) El artículo 174.4 de la LGSS/1994 y el art. 223.2 LGSS/2015 vienen prescribiendo que: «En todos los supuestos a los que se refiere el presente artículo, el derecho a pensión de viudedad se extinguirá cuando el beneficiario contraiga matrimonio o constituya una pareja de hecho en los términos regulados en el apartado anterior, sin perjuicio de las excepciones establecidas reglamentariamente».

B) El artículo 45 de la LGSS/1994 y el artículo 55 LGSS/2015 vienen contemplando el deber de reintegrar las prestaciones indebidamente percibidas. Conforme al actual artículo 55.3 LGSS «La obligación de reintegro del importe de las prestaciones indebidamente percibidas prescribirá a los cuatro años, contados a partir de la fecha de su cobro, o desde que fue posible ejercitar la acción para exigir su devolución, con independencia de la causa que originó la percepción indebida, incluidos los supuestos de revisión de las prestaciones por error imputable a la entidad gestora».

3. Código Penal

La Ley Orgánica 7/2012, de lucha contra el fraude a la Hacienda Pública y a la Seguridad Social, que entró en vigor el 13 de enero de 2013 introdujo en el Código Penal su artículo 307.ter. La norma castiga, entre otros supuestos, a quien obtenga para sí la prolongación indebida del disfrute de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social ocultando conscientemente hechos de los que tenía el deber de

informar, causando con ello un perjuicio a la Administración Pública. Recordemos la parte ahora relevante:

«1. Quien obtenga, para sí o para otro, el disfrute de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, la prolongación indebida del mismo, o facilite a otros su obtención, por medio del error provocado mediante la simulación o tergiversación de hechos, o la ocultación consciente de hechos de los que tenía el deber de informar, causando con ello un perjuicio a la Administración Pública, será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión.

Cuando los hechos, a la vista del importe defraudado, de los medios empleados y de las circunstancias personales del autor, no revistan especial gravedad, serán castigados con una pena de multa del tanto al séxtuplo.

Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años.

2. Cuando el valor de las prestaciones fuera superior a cincuenta mil euros o hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias a que se refieren las letras b) o c) del apartado 1 del artículo 307 bis, se impondrá una pena de prisión de dos a seis años y multa del tanto al séxtuplo.

En estos casos, además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de cuatro a ocho años».

VI. Doctrina básica

A fin de resolver los cuatro motivos de casación formalizados, la sentencia desarrolla varios núcleos argumentales. Son los siguientes.

1. Vulneración de la tutela judicial

Con arreglo a consolidada doctrina, para que una prueba sea pertinente ha de considerarse que tenga potencialidad para modificar de alguna forma importante el sentido del fallo, a cuyo efecto el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone^[9]. Solo hay vulneración de tutela judicial si la resolución final del proceso *a quo* podría haberle sido favorable al proponente de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de la controversia^[10]. No toda exclusión de un medio de prueba propuesto por la parte implica vulneración de derechos garantizados por la Convención Europea, conforme a reiterada doctrina del TEDH (casos *Brimvit*, *Kotousji*, *Windisck*, y *Delta*), en el sentido de que no es un derecho absoluto e incondicionado.

La STS comentada considera que la prueba denegada (comparecencia de testigo residente en Suiza, párroco en el momento del matrimonio) es irrelevante puesto que quien celebró el matrimonio fue otro sacerdote, que sí ha testificado en el sentido de que no hubo apariencia sino una verdadera ceremonia. Además: los contrayentes se presentaron en la Iglesia tras haber tramitado el expediente matrimonial; no manifestaron reserva alguna; firmaron el acta de matrimonio; organizaron una celebración para los asistentes; acabaron teniendo dos hijas en común.

Aunque doctrinalmente este pasaje no posee especial atención, resulta esencial para comprender la solución acogida. Recordemos que, en el marco de recursos extraordinarios, no resulta posible pretender un control de la juridicidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o de otro modo similar.

2. Obligación de comunicar el matrimonio

Tanto de la legislación sobre Registro Civil cuanto de la LISOS, interpretada en conexión con las previsiones sustantivas sobre pensión de viudedad, acuñan un claro deber de quien percibe pensión de viudedad y contrae nuevo matrimonio: propiciar su inscripción y comunicarlo a la Entidad Gestora.

Cuestionar la condena penal argumentando que no ha habido matrimonio desconoce el necesario respeto al relato fáctico probado, pues no resulta posible pretender un control de la juridicidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable.

3. Concurrencia de tipicidad penal

En conexión con la necesaria tipicidad posee interés la doctrina sentada respecto de la necesidad de un elemento subjetivo para que surja el delito de defraudación a la Seguridad Social.

Si bien el delito de omisión (como los delitos de acción) precisa que el sujeto activo decida observar una conducta, la decisión se debe manifestar en observar un comportamiento (incluso no activo) distinto del exigido por el ordenamiento jurídico y conociendo que su conducta comporta puede implicar la realización del tipo omisivo. Algo que, a partir de la válida valoración probatoria expuesta, la sentencia considera concurrente en el caso.

A partir de los hechos probados (perceptora de pensión de viudedad que contrae matrimonio canónico, que no es inscrito en el Registro Civil, ni comunicado al INSS) es innegable que concurre una voluntaria e intencional coordinación entre la conducta que la recurrente decidió observar y la desatención de la norma preceptiva a la que estaba sujeta.

4. Prescripción aplicable al deber de reintegro

El mayor interés de la sentencia comentada reside en su modo de abordar el alcance de la obligación de reparar el daño causado, lo que tiene que ver con la decisión sobre cuál es el plazo de prescripción aplicable.

A. Autonomía de los plazos penales

El Derecho Penal es autónomo (y no accesorio de otras ramas del derecho administrativo o civil, de modo que las conductas que aquel tipifica y sanciona las atrae para sí y quedan al margen de cualquier otra regulación, no modificándose por ello los plazos prescriptivos del derecho penal, pues nada obsta a que el delito se someta legalmente a plazos más largos que la infracción administrativa en razón de su mayor gravedad. Y añadíamos que la deuda resultante de los expedientes administrativos no pasaba al debate judicial como un dato predeterminado, intangible e invariable, inmune a la contradicción procesal, siendo precisamente la sentencia penal la que determinaba su cuantía, pasando con ello en autoridad de cosa juzgada sin posibilidad de revisión administrativa ulterior^[11].

B. Responsabilidad civil derivada del delito

La responsabilidad civil derivada del delito está sometida a reglas de prescripción diferentes a las reguladas por la normativa específica^[12].

De ello deriva que mientras no prescribe el delito tampoco prescribe la acción civil dimanante del mismo, con independencia del plazo establecido por las normas sustantivas aplicables al caso.

C. Responsabilidad en obtención fraudulenta de prestaciones

Cuando la Seguridad Social ha sido engañada a raíz de un ardid característico de un delito de estafa, generándose unos perjuicios que deben ser resarcidos, la reparación debe de hacerse en igualdad de condiciones y circunstancias que si fuera otra la víctima, lo que deriva la cuestión a la determinación del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad procedente de ese delito^[13].

Por tanto: la reparación del perjuicio sufrido por el sistema de Seguridad Social no está sujeta al plazo de prescripción de las acciones de reintegro establecido en el artículo 55 de la LGSS.

D. Prestaciones indebidas anteriores a 2013

El tipo delictivo del artículo 307 ter del Código Penal se estableció por LO 7/2012, de 27 de diciembre, en vigor desde 17 de enero de 2013. Pero ello no significa que las prestaciones indebidamente obtenidas con anterioridad queden impunes (atípicos) o que respecto de ellos no opere la reparación indemnizatoria. Hasta esta fecha, la conducta enjuiciada quedaba integrada en el delito de estafa del artículo 248 del Código Penal, que castiga al que, con ánimo de lucro propio o ajeno, despliega un engaño adecuado para generar en el sujeto pasivo una convicción equivocada de la realidad existente, de modo que el destinatario del engaño, impulsado precisamente por esa incorrecta e inducida persuasión, realiza voluntariamente un acto de disposición patrimonial que no hubiera abordado de otro modo y que le perjudica^[14].

VII. Parte dispositiva

La desembocadura de la resolución comentada es del todo coherente con la argumentación desplegada y se integra por una cadena de fallos.

Por un lado, la STS comentada acuerda desestimar el recurso de casación interpuesto por la acusada, con imposición del pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso.

De este modo queda confirmada la STSJ que había desestimado el recurso de apelación y gana firmeza la sentencia dictada en instancia, cuyo fallo queda expuesto más arriba (III.2).

VIII. Pasajes decisivos

Descartando la vulneración de las garantías constitucionales se explica que: «ninguna objeción merece la sentencia de apelación impugnada en lo que hace referencia a la validez constitucional de la prueba practicada o su eventual declaración de nulidad. Ni la recurrente desarrolla ninguna alegación sobre este aspecto que resulte discrepante con el parecer de la Sala de apelación expresado en su sentencia, ni desvela siquiera cuáles son los elementos probatorios que entiende extraídos con un eventual quebranto de sus derechos fundamentales» (Fundamento Segundo.3).

Glosando el alcance del precepto aplicado expone que: «el delito del artículo 307 ter del Código Penal castiga, entre otros supuestos, a quien obtenga para sí la prolongación indebida del disfrute de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social ocultando conscientemente hechos de los que tenía el deber de informar, causando con ello un perjuicio a la Administración Pública» (Fundamento Tercero.3).

Exponiendo el alcance del deber de reintegrar las prestaciones indebidas sostiene que: «no solo no está sujeto al plazo de prescripción de las acciones de reintegro establecido en el artículo 55 de la Ley General de la Seguridad Social, sino que se extiende acertadamente a los cobros indebidamente obtenidos antes de la entrada en vigor del artículo 307 ter del Código Penal. Aunque el tipo penal del artículo 307 ter del Código Penal se estableció por LO 7/2012, de 27 de diciembre, ello no significa que los hechos fueran atípicos con anterioridad a su entrada en vigor el 17 de enero de 2013 y no derivara de ellos una obligación de reparación indemnizatoria».

IX. Comentario

1. El tema de la prescripción

El artículo 32.1 del Código Penal prescribe que los plazos de prescripción de los delitos de carácter continuado o permanente se computarán «desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta». Puesto que la obtención ilícita de la pensión de viudedad se origina con el matrimonio ocultado, pero persiste durante los años en que se sigue percibiendo, el plazo no habría comenzado a discurrir. Aunque la sentencia omite cualquier reflexión al respecto, esa es la base que permite retrotraer el alcance del deber de reparación del perjuicio económico ocasionado.

2. Plazo administrativo para el reintegro

Con arreglo a doctrina unificada, el alcance temporal de la obligación de reintegro de prestaciones indebidas es, con carácter general, de cinco años (cuatro desde la Ley 55/1999), pero se limita a tres meses en casos excepcionales, como cuando se produce un cambio en la general interpretación de las normas sobre prestaciones económicas, o el beneficiario actúa de buena fe comunicando oportunamente la irregularidad, y la Entidad Gestora se demora injustificadamente en reclamar la devolución^[15].

Ese excepcional plazo de tres meses sólo es aplicable a la reclamación de prestaciones periódicas, no a las prestaciones a tanto alzado, ni a los pagos aislados u ocasionales^[16]. Además, tras la modificación del artículo 45.3 LGSS mediante Ley 66/1997 quedó abrogada la precedente jurisprudencia sobre plazo excepcional de 3 meses para el reintegro de prestaciones indebidas^[17], aunque tal solución rige sólo para el reintegro de prestaciones indebidamente percibidas a partir de 1 de enero de 1998^[18].

3. El fraude en el cobro de prestaciones^[19]

El art. 307 ter CP no prevé cuantía alguna a partir de la que se considere que existe delito. La obtención fraudulenta o el mantenimiento irregular de cualquier prestación de Seguridad Social, con independencia de su cuantía, determina la aplicación de las penas recogidas en este precepto.

Como infracción muy grave la regulación administrativa prevé «actuar fraudulentamente con el fin de obtener prestaciones indebidas o superiores a las que correspondan, o prolongar indebidamente su disfrute mediante la aportación de datos o documentos falsos; la simulación de la relación laboral; y la omisión de declaraciones legalmente obligatorias u otros incumplimientos que puedan ocasionar percepciones fraudulentas» (art. 26.1 LISOS). Las infracciones muy graves se sancionan con la pérdida de la prestación por el beneficiario durante seis meses (art. 47.1.c LISOS), además del reintegro de las cantidades indebidamente percibidas (art. 47.3 LISOS).

De cualquier forma, debe tenerse en cuenta la prohibición de sancionar en sede administrativa los hechos que ya hubieran sido sancionados en vía penal cuando haya identidad de sujeto, de hecho y de fundamento (art. 3.1 LISOS). Adicionalmente se prevé que en el caso de que las infracciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal, la Administración debe abstenerse de continuar con el procedimiento sancionador en tanto no se dicte sentencias firme o resolución que ponga fin al procedimiento penal o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o de continuar las actuaciones (art. 3.2 LISOS).

4. Aspectos complementarios

El art. 307.ter, apartado 4, CP prescribe que, en casos como el presente, la existencia de un procedimiento penal no impedirá que la Administración competente exija el reintegro por vía administrativa de las prestaciones indebidamente obtenidas.

El importe que deba ser reintegrado se entenderá fijado provisionalmente por la Administración, y se ajustará después a lo que finalmente se resuelva en el proceso penal^[20].

X. Apunte final

La percepción indebida de prestaciones de Seguridad Social aparece contemplada tanto por las normas sancionadoras de carácter administrativo (LISOS) cuanto por las de protección (LGSS) y las penales (Código). Un caso como el resuelto por la STS-Penal 870/2025 pone de relieve la enorme diferencia práctica que surge cuando los hechos pasan a ser subsumibles en los tipos penales. Plazos de prescripción del deber de reintegro e imposición de multa proporcional a lo indebidamente percibido marcan una diferencia enorme (quizá desproporcionada) entre unas y otras parcelas del ordenamiento. Un motivo más para que la hermenéutica penalista redoble su prudencia a la hora de entender que ya se está bajo tales normas.

Referencias:

1. [^] Desde la fecha de celebración del segundo matrimonio hasta ese momento la acusada percibió 311.641 euros.
2. [^] Por el contrario, absuelve a su esposo del delito contra la Seguridad Social, del que venía siendo acusado.
3. [^] La considera autora criminalmente responsable de un delito continuado contra la Seguridad Social de los artículos 307 ter 1, 307 ter 2 y 74 del Código Penal.
4. [^] En concreto, la cantidad que se determine en ejecución de sentencia. Como minuyendo se tomará la cifra resultante de las cantidades que el INSS acredite haber abonado indebidamente (311.641 euros más las mensualidades de agosto a octubre de 2019). Como sustraendo, el importe que ya devuelto por la pensionista en el seno del procedimiento de ejecución administrativa en trámite.
5. [^] Desde que fuere dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, en favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley.
6. [^] Eso justificaría, argumenta, que no se gestionó en su momento la inscripción del matrimonio en el Registro civil, lo que hizo el párroco que vino a sustituirle.
7. [^] La vigente Ley 20/2011, de 21 julio, del Registro Civil, contempla como hechos inscribibles «El matrimonio. La separación, nulidad y divorcio» (art. 4.7.º). En concordancia, el artículo 12 identifica como deberes de las personas ante el Registro Civil los de «instar la inscripción cuando ésta tenga carácter constitutivo en los casos legalmente previstos» (apartado b) y «comunicar los hechos y actos inscribibles conforme a lo previsto en la presente Ley» (apartado c).
8. [^] Conforme al artículo 70, los efectos civiles del matrimonio canónico o civil se producirán desde la celebración. Para que los efectos sean reconocidos bastará la inscripción del matrimonio. Sin embargo, cuando la inscripción sea solicitada transcurridos cinco días, no perjudicará los derechos legítimamente adquiridos por terceras personas.
9. [^] En tal sentido SSTs-Penal 1591/2001, de 10 de diciembre y 976/2002, de 24 de mayo.
10. [^] STS-Penal 1300/2011, de 2 de diciembre, que invoca la STC 232/1998.

11. ^ STS-Penal 329/2007, de 30 de abril.
12. ^ STS-Penal 639/2017, de 28 de septiembre.
13. ^ STS-Penal 151/2023, de 3 de marzo
14. ^ Aunque generalmente la maquinación engañosa se construye sobre la aportación de datos o elementos no existentes, dotándoles de una apariencia de realidad que confunde a la víctima, es posible también que consista en la ocultación de datos que deberían haberse comunicado para un debido conocimiento de la situación por parte del sujeto pasivo, al menos en los casos en los que el autor está legalmente obligado a ello.
15. ^ SSTs 17 abril 1991 (RJ 1991, 5229) (Ponente, Sr. Álvarez Cruz); 12 y 13 febrero 1992 (RJ 1992, 972 y 986); 18 marzo 1992 (RJ 1992, 1665); 26 mayo 1992 (RJ 1992, 3614); 24 mayo 1993 (RJ 1994, 4116); 19 febrero 1996 (RJ 1996, 1300); 14 mayo 1996; 17, 24 (Sala General) y 30 septiembre 1996 (RJ 1996, 6765, 6855 y 8036); 7, 8, 11, 12 y 24 octubre 1996 (RJ 1996, 7497, 8037, 7616, 7619 y 7790); 30 noviembre 1996 (RJ 1996, 8752); 5 (2) diciembre 1996 (RJ 1996, 9063 y 9639); 16, 20 y 23 diciembre 1996 (RJ 1996, 9713, 9815 y 9850); 14 y 17 enero 1997 (RJ 1997, 29 y 560); 10, 12 y 20 febrero 1997 (RJ 1997, 2155 y 2830); 6, 10 (3), 17 y 20 marzo 1997 (RJ 1997, 2254, 2307, 2308, 3388, 2987 y 3390); 25 abril 1997 (RJ 1997, 3499); 19 mayo 1997 (RJ 1997, 4103); 6 octubre 1997 (RJ 1997, 7346); 10 y 20 diciembre 1997 (RJ 1997, 9312 y 9526); 28 enero 1998 (RJ 1998, 6); 12 y 19 mayo 1998 (RJ 1998, 4334 y 4729); 6 julio 1998 (RJ 1998, 6703); 23 octubre 1998 (RJ 1998, 7874); 3 noviembre 1998 (RJ 1998, 8914). La serie continúa con las SSTs de 10 diciembre 1999 (RJ 1999, 8747); 17 (2) enero 2000 (RJ 2000, 920 y 923); 9 y 21 (2) marzo 2000 (RJ 2000, 2847, 2878 y 2875); 22 mayo 2000 (RJ 2000, 5515); 30 mayo 2000 (RJ 2000, 5532); 17 septiembre 2001 (RJ 2001, 8443); 11 julio 2002 (RJ 2002, 9826); 5 mayo 2003 (RJ 2003, 5102); 27 mayo 2004 (RJ 2005, PROV. 102663).
16. ^ STS 14 diciembre 2000 (RJ 2001, 812) (Ponente, Sr. Gil Suárez).
17. ^ SSTs 11 junio 2001 (RJ 2002, 307) (Ponente, Sr. Martín Valverde); 23 julio 2002 (RJ 2002, 9522); 27 septiembre 2002 (RJ 2002, 10660); 16 mayo 2003 (RJ 2003, 5283); 30 junio 2003 (RJ 2003, 7298); 19 enero 2004 (RJ 2004, 1261); 30 enero 2004 (RJ 2004); 25 marzo 2004 (RJ 2004, 3642).
18. ^ SSTs 7 noviembre 2001 (RJ 2002, 835) y 28 enero 2002 (RJ 2002, 3763), así como otras muchas posteriores..
19. ^ Sigo a Lourdes Meléndez Morillo-Velarde, «Fraude en la obtención y disfrute de prestaciones de Seguridad Social (CP art. 307 ter)», en AA.VV., Los delitos laborales, AEBOE, 2024.
20. ^ El procedimiento penal tampoco paralizará la acción de cobro de la Administración competente, que podrá iniciar las actuaciones dirigidas al cobro salvo que el Juez, de oficio o a instancia de parte, hubiere acordado la suspensión de las actuaciones de ejecución previa prestación de garantía. Si no se pudiese prestar garantía en todo o en parte, excepcionalmente el Juez podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de garantías si apreciase que la ejecución pudiese ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación.

§ 84 Inclusión del conocimiento del código fuente de sistemas digitales como parte del derecho de acceso a la información en decisiones administrativas automatizadas.

Pilar Rivas Vallejo

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona

Resumen: *El derecho de acceso a la información pública en caso de decisiones automatizadas incluye el acceso al código fuente.*

Palabras clave: *Decisiones automatizadas. Derecho de información. Código fuente.*

Abstract: *The right of access to public information in the case of automated decisions includes access to the source code.*

Keywords: *Automated decisions. Right to information. Source code.*

DOI: https://doi.org/10.55104/RJL_00684

I. Introducción

Tras un largo y tortuoso peregrinaje por distintos tribunales iniciado en 2018, la Sala Tercera del Tribunal Supremo se pronuncia por primera vez sobre la interpretación del derecho de acceso a información o de transparencia referida al uso de algoritmos en la adopción de decisiones automatizadas por las administraciones públicas, y abre el código de programación de las aplicaciones públicas a la ciudadanía, para garantizar íntegramente no solo el derecho de transparencia sobre la información pública y a la motivación de las decisiones administrativas automatizadas, sino también su control ciudadano.

La sentencia comentada reconoce el derecho de la fundación ciudadana Civio a acceder al código fuente de la aplicación informática BOSCO, por la que las empresas comercializadoras de energía eléctrica puedan comprobar si los solicitantes del «bono social eléctrico» cumplen con los requisitos previstos legal y reglamentariamente para tener la consideración de consumidor vulnerable para causar tal prestación, por entender que los ciudadanos tienen derecho a conocer sobre qué variables opera dicha aplicación, es decir, el ajuste entre la normativa aplicable y el algoritmo empleado para adoptar la decisión, al objeto de garantizar una satisfacción íntegra del derecho a la información pública cuando esta resulta opacada por el uso de algoritmos de decisión automatizada.

La relevancia de esta resolución, que justifica su comentario en el presente número de la *Revista de Jurisprudencia Laboral*, estriba en su contenido transversal, en cuanto incide en la interpretación del alcance del derecho de acceso a la información en caso

de decisiones automatizadas, no solo administrativas (que asimismo pueden tener contenido laboral o de seguridad social), sino también privadas del ámbito laboral.

I. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala Tercera, sección 3).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 1119/2025, de 11 de septiembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de casación núm. 7878/2024.

ECLI:ES:TS:2025:3826

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Pedro Quintana Carretero.

Votos particulares: carece.

II. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Durante la fase de producción del litigioso algoritmo BOSCO, la demandante inició ya frente al Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (MITECO) procedimiento a través del portal de transparencia (27/11/2018), con el fin de conocer en su integridad el mecanismo automatizado desarrollado para determinar el cumplimiento de los requisitos de acceso al bono social eléctrico por los arts. 45 y 45 bis de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, arts. 3 a 8 y DT 2.^a del RD 897/2017, de 6 de octubre, y Orden ETU/943/2017, de 6 de octubre. La resolución del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG) núm. 701/2018, de 18/2/2019 (procedimiento núm. R/0701/2018), estimó en parte la reclamación, denegando el acceso al código fuente, por considerar no excedidos los límites del art. 14.1, a) y d) LTAIBG, sobre seguridad nacional y seguridad pública, al no existir riesgo para la seguridad nacional debidamente explicitado por la administración y, al mismo tiempo, que el derecho de propiedad intelectual no incluye las especificaciones técnicas del programa ni el resultado de las pruebas realizadas para comprobar que la aplicación implementada cumple la especificación funcional. Por ello, el recorrido judicial que siguió se centró en valorar si forma parte del derecho de acceso o derecho de transparencia el llamado *código fuente* de la aplicación en cuestión.

III. Posición de las partes y planteamiento judicial

Mientras la fundación demandante exige conocer en su integridad el mecanismo automatizado a través del cual se resuelven las solicitudes relativas al bono social eléctrico, la demandada esgrime un argumentario poliédrico en el que se manejan distintos razonamientos, a los que las sentencias del Juzgado Central de lo Contencioso y de la Sala Tercera de la Audiencia Nacional conceden el crédito necesario para desestimar la pretensión de la demanda: a) el derecho de propiedad intelectual del algoritmo; b) las vulnerabilidades a las que expone su revelación pública tanto respecto de los usuarios registrados como de la propia administración pública, que derivaría en accesos indiscriminados no autorizados para la obtención de un provecho ilícito de los datos obtenidos; c) la ausente necesidad de descubrir una codificación que no es sino transcripción literal de un procedimiento legal y parte de un procedimiento administrativo cuya resolución se somete al imperio de la ley y es susceptible de impugnación; d) los propios límites del derecho a la información pública, no absoluto; e) la falta de acreditación de un interés público o privado superior que justifique el acceso; y f) la naturaleza del código fuente, no identificable con la información pública del art. 13 de la LTAIBG, al no ser ni «contenidos» ni «documentos», sino programas informáticos.

La sentencia del Juzgado Central Contencioso-Administrativo núm. 8, de 30/12/2021, núm. 143/2021 (proc. ordinario núm. 18/2019), niega que la decisión automatizada constituya en sí misma acto distinto del propiamente administrativo en el que se inserta, que culmina en una decisión dictada por un órgano administrativo, garantizando su legalidad, ex art. 9.3 CE, su ajuste a la normativa aplicada, y esgrime razones de seguridad pública, propiedad intelectual y garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión, así como la propia protección de los datos personales de las personas afectadas, que traspasan los límites del derecho reconocido en el art. 14.1 LTAIBG.

Frente a esta resolución, la citada fundación interpuso recurso de apelación (núm. 51/2022), resuelto en sentido desestimatorio por la sentencia de la Audiencia Nacional núm. 2013/2024, de 30/4/2024, en cuanto respecta al acceso al código fuente de la aplicación, pues la solicitud excede los límites del derecho de acceso a la información pública previsto en el art. 14.1 j) LTAIBG, apdos. d), g), i) y k), al incidir sobre la propiedad intelectual del código fuente, ex art. 14.1 j) LTAIBG, y provocar grave riesgo para los derechos de terceros y vulnerabilidades de las bases de datos conectadas a la aplicación (vulnerabilidad «de día cero», es decir, sin parche o solución), pero estimando el derecho de acceso a su especificación técnica, al resultado de las pruebas realizadas para comprobar el cumplimiento de la especificación funcional y a cualquier otro entregable que permitiera conocer su funcionamiento -casos de uso-. A idénticos fallo y argumentación llega la misma sala en Sentencia de la sección séptima (rec. núm. 49/2023) respecto de la aplicación informática utilizada para el sorteo de tribunales asociado a procesos selectivos en materia educativa en la Comunidad de Madrid.

Tras la íntegra desestimación de la demanda en sendas instancias, la fundación limita el objeto de su recurso a la solicitud de acceso concreto «a la parte o línea del código de la aplicación que toma la decisión», con los siguientes argumentos: a) el derecho de propiedad intelectual no puede ser un límite al art. 14.1 j) LTAIBG, porque provocaría que cualquier producción documental administrativa, a salvo de la prevista en el art. 13 TRLPI, estuviera sujeta a tales derechos intelectuales, en contra del art. 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el derecho de participación en los asuntos públicos ex arts. TUE, 42 CDFUE y 23.1 CE, así como el derecho a la seguridad jurídica del art. 9.3 CE, considerando que ni siquiera se trata de decisión de la administración pública, porque el reconocimiento del derecho se efectúa por la propia aplicación, impidiendo el control de legalidad establecido en el art. 106.1 CE; b) los límites del art. 14 determinan la obligación de conceder acceso parcial, ex art. 16 de la misma ley, a fin de comprobar si, además de los ya detectados, existen otros errores en la aplicación.

La recurrida arguye la aplicabilidad del límite de seguridad pública previsto en el art. 14.1 d) LTAIBG, por probadas razones de vulnerabilidad de datos especialmente sensibles y de funcionamiento de la administración; la instrumentalidad de la aplicación, por sujetarse esta a derechos de propiedad intelectual ex arts. 10.1.i) y 95 y ss. TRLPI; que la denegación del derecho no se corresponde con el funcionamiento erróneo de la aplicación; y, finalmente, que el sistema de fuentes abiertas y la reutilización de sistemas y aplicaciones conforme al art. 157 Ley 40/2015 se limita a las relaciones entre administraciones públicas, y no existe declaración ni concurren condiciones que avalen su configuración como fuente abierta en el caso presente.

IV. Normativa aplicable al caso

Art. 15.1 h) del Reglamento (UE) 2016/679 (RGPD); arts. 41 y 42 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE); arts. 14, 15 y 16 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIPBG); art. 157.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP); y arts. 10.1.i) y 95 y ss. del TR de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI). Asimismo, art. 5 del Reglamento (UE) 2024/903 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de marzo de 2024, sobre interoperabilidad del sector público, art. 23 de la Ley 15/2022, de 15 de julio, integral para la igualdad de

trato y la no discriminación, y art. 13 del RDLeg. 1/1996, de 12 de abril, de Propiedad Intelectual (LPI).

V. Doctrina básica

La resolución analiza el carácter del derecho reclamado y pondera (de acuerdo con la doctrina sentada en la STJUE de 27/2/2025, C-203/22) ambos intereses en juego, para otorgar prevalencia al derecho ciudadano de conocer la información incluida en aplicaciones digitales usadas para adoptar decisiones administrativas automatizadas en todos sus elementos:

a) *Naturaleza del derecho de acceso a la información pública*: el art. 42 CDFUE reconoce a todo ciudadano el derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte (en idéntico sentido al art. 13 LTIPIBG), lo que exige, de acuerdo con el art. 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, en relación con el art. 10.2 CE, la interpretabilidad de los derechos fundamentales y las libertades conforme a dicha carta, derecho que se vincula al principio de transparencia administrativa y a una buena administración reconocido en el art. 41 de la Carta (STS de 29/5/2024 -rec. núm. 1262/2023-), pese a que este no tenga carácter de fundamental (SSTS de 7/2/2023 -rec. núm. 8005/2021-, de 21/4 -rec. núm. 350/2022- y 29/5/2023 -rec. 373/2022-), pero se halle estrechamente vinculado con la plena efectividad de otros principios y derechos constitucionales como los de participación política propios de los sistemas democráticos actuales (SSTC núms. 119/1995, de 17/7, y 175/2021, de 25/10), libertad de información y tutela judicial efectiva (STC núm. 164/2021 y SSTS de 30/3/1999 -rec. núm. 6563/1994- y de 16/12/2011 -rec. núm. 4607/2009). La transparencia del proceso tecnológico seguido por el sistema informático adquiere singular relevancia para garantizar el adecuado control de la gestión pública, aunque requiera de controles reforzados para evitar injerencias externas de orden tecnológico (STC núm. 16/2004, de 23/2).

b) *Naturaleza de la decisión automatizada*: la actividad automatizada de la administración pública, identificada como la realizada «íntegramente a través de medios electrónicos en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público», ex art. 41.1 LRJSP, se encuentra incluida en el ámbito de aplicación del art. 22.1 RGPD, según la resolución de la AEPD de 6/11/2024 (ref. PS-00324-2023), que califica la aplicación BOSCO como una decisión individual automatizada a tal efecto, «con evidente impacto en los derechos de los ciudadanos a los efectos específicos de la normativa sobre protección de datos».

c) *Decisiones administrativas automatizadas y principio de transparencia*: los contenidos a los que se refiere el art. 13 LTAIBG cuando reconoce el derecho de información pública incluyen todo tipo de documento, con independencia de su soporte, y a todo ciudadano, sin distinciones (STS de 25/3/2021 -rec. núm. 2578/2020-), y del interés privado que motive la solicitud (que no exige motivación, STS de 12/11/2020 -rec. núm. 5239/2019-), ex STS de 2/6/2022 (rec. núm. 4116/2020). Asimismo, según el art. 105.b) CE y la jurisprudencia constitucional (cfr. SSTC núms. 164/2021, de 4/10, y 18/1981, de 8/6), el acceso de los ciudadanos a archivos y registros administrativos, que deberá regularse por ley (siendo esta la LTAIPBG, arts. 12 a 24, que devendrá supletoria en caso de entrar en juego otra norma especial, STS de 25/1/2021 -rec. núm. 6387/2019-), sujeta a la actividad administrativa automatizada ex art. 105 b) CE a dicho deber de transparencia e impone a las administraciones públicas el deber de facilitar el acceso de los ciudadanos a las características fundamentales de los algoritmos empleados en la adopción de decisiones o su código fuente.

d) *Limitaciones del derecho*: en primer lugar, dicho acceso solo se excluirá por motivos legalmente tasados (arts. 14 y 15 LTAIBG -STC núm. 164/2021, de 4/10-), esto es, en el caso que nos ocupa: si afecta a la seguridad y defensa del Estado y a la intimidad de las personas, como prevé el art. 14.1 de la citada ley, en sus distintos

apartados, especialmente d) (seguridad pública), j) (propiedad intelectual), y l) (garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión). Limitaciones (y no meras causas de exclusión de acceso (STS de 16/12/2019 -rec. núm. 316/2018-) que deberán aplicarse de forma justificada, proporcionada y restrictiva (STS 8/4/2024 -rec. núm. 681/2022-, de 16/10/2017 -rec. núm. 75/2017-, 10/3/2020 -rec. núm. 8193/2018-, 11/6/2020 -rec. núm. 577/2019-, 19/11/2020 -rec. núm. 4614/2019-, 29/12/2020 -rec. núm. 7045/2019-), no de forma discrecional por la administración (STC núm. 164/2021, de 4/10) ni tampoco de forma genérica, sino ponderando los intereses en juego -el interés público o privado superior que justifique el acceso y el protegido por la limitación en cuestión (STS de 25/1/2021 -rec. núm. 6387/2019)- (art. 14.2), pues el principio de buena administración (reconocido en el art. 41 CDFUE, y definido por la STS de 30/4/2025 -rec. núm. 1100/2022- y las precedentes, como la núm. 1752/2022, de 23/12) exige una interpretación amplia y expansiva. En segundo lugar, la solicitud debe ser oportuna, pero no exhaustivamente justificada (STS de 12/11/2020 -rec. núm. 5239/2019-). En tercer lugar, se exige la pertinente disociación de datos personales que pudieran contener (art. 14.3 y 15.4). Finalmente, debe garantizarse el acceso parcial cuando tales límites no afecten a la totalidad de la información, salvo que la resultante quede distorsionada o pierda su sentido (art. 16).

e) *Derechos de propiedad intelectual sobre sistemas digitales*: la aplicación BOSCO es un programa informático incluido específicamente dentro de las creaciones susceptibles de ser objeto de propiedad intelectual (arts. 10.1.i) y 95 y ss. TRLPI, y SSTJUE de 22/12/2010 -asunto C-393/09-, de 6/10/2021 -asunto C-13/20-, y de 17/10/2024 -C-159/23-), pero la interpretación restrictiva de los límites aplicables al derecho no admite la exclusión de acceso basada en el mero riesgo de eventuales perjuicios para la administración titular con motivo de su uso o explotación no autorizada, al carecer de la relevancia necesaria para operar con tal efecto limitativo, sino tras ponderar los intereses concurrentes y su justificación y proporcionalidad a su objeto y finalidad de protección. La naturaleza, tanto de la aplicación, como de la entidad recurrente, avalan la relevancia pública de la información solicitada, que, en definitiva, es constatar si el código fuente de la aplicación traduce con exactitud la norma y procedimientos aplicables, con un legítimo interés, relevante para la sociedad en su conjunto: la protección de los consumidores que se encuentran en una situación social y económica más frágil y la lucha contra la pobreza energética. Por lo que el derecho de propiedad intelectual de la administración pública no puede tener eficacia obstativa al acceso a tal información, el código fuente, cumpliéndose, por otra parte, los presupuestos que la STEDH núm. 18030/11, de 8/11/2016 (asunto Maygar Helsinki Bizottság c. Hungría) exige para reconocer el derecho de acceso a información pública (que la LTAIBG supera en su alcance, al incluir también intereses privados legítimos y no requerir la acreditación de un concreto interés). Por tales razones, el Consejo de Transparencia ha cambiado su criterio desde la resolución impugnada en sus posteriores resoluciones núms. 46/2024, de 16/1, y 1071/2024, de 24/9. Del mismo modo, la protección jurídica que proporciona la propiedad intelectual (la defensa y remuneración del trabajo y valor añadido que aporta el creador y la recuperación de la inversión de recursos vertida en su creación) decae cuando esta es producto de la propia administración pública, que, por ello, no se encuentra integrada «en la lógica competitiva del mercado donde se proyectan con especial significación los derechos de explotación de la propiedad intelectual», lo que conduce a otorgar prevalencia al interés en el acceso al código fuente sobre el derecho a la propiedad intelectual de la Administración del Estado y los eventuales perjuicios que pudieran dimanar de dicho acceso como consecuencia de su explotación no autorizada por terceros, pues tal riesgo puede ser fácilmente minimizado «sometiendo el acceso a determinadas cautelas» (v.gr., prohibición de difusión o uso para otras finalidades sin autorización expresa, advertencia expresa de responsabilidad por incumplimiento de la prohibición, firma de compromiso de uso limitado de la información o imposición de deber de confidencialidad).

f) *Seguridad pública y protección de datos personales*: si bien la revelación del código fuente aumenta la severidad de las vulnerabilidades de cualquier aplicación

informática, este criterio no es suficiente en sí mismo, y, por ende, no puede oponerse a su acceso legítimo, pues lo contrario vaciaría de contenido el derecho cuando se tratase de aplicaciones telemáticas y tuviera por objeto el código fuente, implicaría la atribución de un carácter absoluto a la limitación de «seguridad pública» que prevé el art. 14.1.d) LTAIBG y resultaría contrario a la propia exigencia de juicio de proporcionalidad y ponderación de intereses exigida por la LTAIBG, por lo que, en este caso, invocada genéricamente, es inaplicable por falta de consistencia y fundamentación. Tampoco consta exposición de datos personales de usuarios, por excluirse de la información pública, y, al contrario, su protección exige transparencia sobre la lógica empleada en tratamientos de datos personales que impliquen la adopción de decisiones individuales automatizadas con efectos jurídicos (arts. 13.2.f y 14.2.g, y 15.1.h RGPD, que exige facilitar información significativa sobre la lógica aplicada, y sobre la importancia y las consecuencias de dicho tratamiento, que, aunque no se identifica específicamente con el acceso al código fuente, *tampoco se excluye*, según tanto las directrices 4/2020 del Comité Europeo de Protección de Datos, pues la 37 afirma literalmente que «el código fuente de la aplicación debe hacerse público con miras a un control lo más amplio posible», para que «cualquier parte interesada pueda auditar el código», como el art. 23.2 de la Ley 15/2022, que insta a las administraciones públicas a priorizar la transparencia en el diseño de sus algoritmos de decisión). La seguridad pública, por otra parte, cede ante la prevalencia del interés público en la información, cuya transparencia, también aplicada a otros productos digitales de la administración pública de código abierto ex art. 157.2 LRJSP, puede contribuir incluso a la mejora del código y el fortalecimiento de su seguridad, al incentivar extremar las cautelas de seguridad y facilitar su escrutinio por actores independientes que hagan aflorar nuevas vulnerabilidades inadvertidas y posibilitar su corrección temprana. En definitiva, el propio derecho europeo «contiene mandatos y principios favorables a la transparencia de los algoritmos públicos que conducen a descartar la ocultación del código fuente como principio general y categórico de seguridad de los sistemas informáticos» (v.gr. art. 5 del Reglamento (UE) 2024/903).

g) *Motivación de las decisiones administrativas*: se constata que el programa toma decisiones opacas de efectos jurídicos sin motivación sobre los fundamentos que sustentan la resolución, especialmente si esta es negativa, desembocando en obstáculos adicionales en el proceso de reclamación y dificultando «la detección de eventuales errores en la operativa del programa que, en virtud de su naturaleza automática, adquieren un evidente efecto multiplicador».

VI. Parte dispositiva

La sentencia estima la demanda y el recurso, con la consiguiente anulación de la resolución administrativa recurrida, declarando el derecho de la demandante a acceder al código fuente de la aplicación BOSCO.

VII. Comentario

La resolución analizada tiene una indudable trascendencia jurídica más allá del ámbito administrativo en el que se centra, por facilitar no solo razones que justifican que el alcance de la transparencia informativa en la adopción de decisiones automatizadas tenga un fundamento público, sino por ofrecer argumentos que sirvan a la extensión del derecho de acceso que reconoce también a ámbitos privados, en los que se incidirá particularmente en este comentario, por inscribirse en el marco del derecho del trabajo y de la seguridad social.

1. El deber público y derecho ciudadano de transparencia algorítmica

1.1 Obligaciones de transparencia y afectación de datos personales

En un contexto donde son aplicados datos personales, como el de autos, el derecho de acceso a la información previsto en el art. 15.1 h) RGPD conforma un conjunto con las obligaciones adicionales de información impuestas a los responsables del tratamiento de datos en virtud de los arts. 13.2 f) y 14.2 g) RGPD, según se afirma en las SSTJUE de 7/12/2023, SCHUFA Holding y otros (Scoring), asunto C-634/21, y

de 27/2/2025, asunto C-203/22, CK y Magistrat der Stadt Wien (ya comentada en el número 3/2025 de la RJL-), comprende el de conocer la «información significativa sobre la lógica aplicada» por un sistema basado en algoritmos o un sistema de inteligencia artificial (IA), que debe consistir en una explicación exhaustiva del procedimiento y de los principios aplicados para explotar, de forma automatizada, sus datos personales con el fin de obtener un resultado determinado, en el mismo sentido que el art. 13 RIA alude a la información significativa sobre la lógica aplicada, y sobre la importancia y las consecuencias previstas del tratamiento para el interesado.

Y, pese a limitar su alcance de acuerdo con los derechos y libertades de terceros (art. 15.4 RGPD), incluidos los secretos comerciales o la propiedad intelectual (art. 9 de la Directiva 2016/943) y, en concreto, los derechos de propiedad intelectual que protegen programas informáticos, tales derechos ajenos no pueden impedir el conocimiento por cada interesado de la información respectiva cuando esta se solicita a una autoridad de control con acceso a esta, como sería, en el presente caso, la propia administración pública. La segunda de las resoluciones citadas matiza que el acceso a la información se garantiza a la propia autoridad, a efectos de realizar la oportuna ponderación entre ambos intereses (los del solicitante y los de la entidad ajena objeto de la solicitud) y facilitar a los interesados la información en cuestión, si su interés es superior al del secreto comercial. En el caso presente, la decisión producida no tiene carácter privado, sino público, lo que obliga a contar con los deberes de transparencia que sobre la administración pública pesan respecto de informaciones públicas, lo que le obliga a efectuar ella misma tal ponderación de intereses en juego, y esta, para garantizar la plena efectividad del derecho, podría exigir convertir el código de programación en una fuente abierta, desconectada de datos personales que debe proteger.

1.2 El código fuente: la obligación de motivar las decisiones administrativas frente al derecho de propiedad intelectual

Los demandantes centran su reclamación en el acceso al código fuente (esto es, el conjunto de archivos que contienen las instrucciones escritas en un lenguaje de programación para su compilación en programas de ejecución directa) como si de la piedra filosofal se tratase en términos de conocimiento, sinónimo de su legítima aspiración a desentrañar la opacidad de algoritmos de decisión automatizada interpuestos entre la ciudadanía y la administración pública. *A priori*, sin embargo, centrar la demanda de información respecto al funcionamiento interno del mecanismo algorítmico en cuestión no necesariamente garantiza la total transparencia y comprensión de su funcionamiento, especialmente en los sistemas guiados por datos masivos y en los que el aprendizaje automático o profundo opacan la relación entre los datos de entrada y los resultados ofrecidos por el sistema de IA.

Ahora bien, los sistemas guiados por código y no por datos, como ocurre con el sistema BOSCO -en el que la aplicación realiza un cotejo entre los datos de usuario introducidos y el código introducido en el algoritmo, que se corresponde con la traslación de reglas jurídicas, como son las correspondientes a los requisitos que deben cumplir los solicitantes para obtener el reconocimiento de un beneficio económico (la reducción de la tarifa eléctrica doméstica), es decir, la codificación de dichos requisitos en el conjunto de operaciones de cálculo que desarrolla el algoritmo (BOSCO)-, pueden ser transparentes permitiendo el conocimiento de dicha secuenciación de órdenes para determinar si cada usuario es o no tributario del beneficio solicitado. Es en este ámbito donde cobra sentido la reclamación efectuada por la demandante, pues la misma constituye la compleción de la información solicitada y solo obtenida parcialmente, al haberse facilitado solo parte de ella.

Debe recordarse la doctrina al respecto del TJUE, a tenor de la cual compartir la información técnica o matemática descriptora del algoritmo empleado o el completo procedimiento computacional que da lugar a una decisión no satisface el derecho de acceso, puesto que no «puede considerarse una explicación suficientemente concisa e inteligible», ya que (y como se afirmó ya en la STJUE, Infopaq International, C-5/08, y de 2/5/2012, SAS Institute Inc contra World Programming Ltd (Gran Sala), no consiste

en revelar códigos, sino en hacer inteligibles los parámetros y criterios de las decisiones que se toman), de existir datos personales en juego, como es el caso (pues la administración opone esta causa a la solicitud de la demandante), «...el RGPD exige que el responsable del tratamiento ofrezca información significativa sobre la lógica aplicada a esta decisión, “no necesariamente una compleja explicación de los algoritmos utilizados o la revelación de todo el algoritmo”». Por el contrario, el art. 15.1 h) exige que se traslade al interesado la descripción del procedimiento «y los principios concretamente aplicados, de tal manera que ... pueda comprender cuáles de sus datos personales se han utilizado y cómo se han utilizado en la adopción de la decisión automatizada», identificado, así, el concepto de «información significativa» con la relación entre los datos utilizados por el sistema y su efecto sobre la decisión adoptada (en el mismo sentido que el RIA, que la refiere a la lógica aplicada por el sistema automatizado -o razonamiento subyacente, según art. 9.1 Convenio 108+-), y requiriendo que se indique la importancia del tratamiento en la decisión automatizada y las consecuencias derivadas de esta, al objeto de facilitar su impugnación con garantías, en resumidas cuentas, la traducción técnica del deber de motivación, sinónimo del llamado *derecho de explicabilidad* del art. 13.2 f) RGPD.

Por otra parte, resulta sorprendente el rechazo de la administración especializada en la materia -el Centro Criptográfico Nacional (a través de su informe pericial depuesto en el acto del juicio)- a franquear el acceso a la codificación de órdenes en la que consiste el algoritmo por razones de seguridad pública y vulnerabilidad del sistema si esta, como argumenta el propio ministerio demandado, es la simple transcripción de la norma que le da soporte y a la que se vincula en su aplicación práctica automatizada, si la auténtica vulnerabilidad reside en el conjunto de datos personales que soporta el sistema fruto del volcado de datos personales por parte de los propios solicitantes y de su interconexión con otras fuentes de información pública, como es el caso de la administración tributaria y de la seguridad social, a los que no resulta obligado facilitar el acceso. Como resuelve la sentencia comentada, conocer esta secuencia de órdenes no expone ni al conjunto de la población vulnerable ni a la administración pública a vulnerabilidades concretas *per se*, y lo que en realidad supondría tal riesgo se encuentra en una fuente de información distinta, el conjunto de datos personales que el sistema acaba poseyendo, como ya afirmara la resolución del CTBG de 18/2/2019 (que rechazó que compartir la codificación del algoritmo no supusiera abrir el acceso a datos personales), y, al contrario, resulta coherente tanto con el art. 23.2 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, como con el art. 5 del Reglamento (UE) 2024/903, sobre el deber de publicar fuentes de código abierto en el marco de la Comisión Europea). Sin permitir el acceso a estos y compartiendo solo la codificación de órdenes que recogen el procedimiento administrativo aplicable, el sistema mantiene su seguridad y los reclamantes conocen cómo se ha secuenciado y si se han cometido errores en la verificación de los requisitos exigidos por la norma codificada (de acuerdo con el art. 15.1 h) RGPD, que garantiza la autocomprobación de la veracidad o exactitud de los datos utilizados para generar la decisión, en relación con el art. 8.2 CDFUE, o derecho de acceso y *de rectificación* de los datos personales, según mantuvo la STJUE 27/2/2025, asunto C-203/22). Finalmente, no debe olvidarse tampoco que el art. 13.1 RIA incluye en el derecho de acceso también los conjuntos de datos empleados, aunque no se trate de su contenido individualizado, sino de estos como «datasets» identificables como conjunto.

Que esto les sirva a los demandantes representados por la fundación para verificar en qué parámetros concretos se ha producido la exclusión de un colectivo significativo de beneficiarios, que sirve de motivo a la solicitud de conocimiento sobre el procedimiento aplicado en sus aspectos técnicos, es *harina de otro costal*. Es posible que no pueda encontrarse una deficiente transcripción del procedimiento administrativo legal o que no quepa detectar error de código, y que aquel resultado se deba a la interconexión automatizada de datos económicos y personales de los solicitantes entre diversas administraciones, pero el derecho de transparencia y de acceso a la información pública y el derecho de fiscalización ciudadana, núcleo de la pretensión de la demanda, amén del derecho a la motivación de las decisiones con

efectos jurídicos individuales ha quedado así satisfecho, en beneficio de la ciudadanía en general.

En definitiva, el deber de motivar las resoluciones administrativas alcanza a cualquier herramienta de la que esta se valga para adoptarlas, así como a los procesos intermedios que determina una decisión que debe ajustarse a una legalidad concreta, porque el derecho a la información pública, reconocido en el art. 105.b) CE, aunque no tiene carácter fundamental (STS de 7/2/2023 -rec. núm. 8005/2021-), forma parte del derecho reconocido en el art. 41 CDFUE, como afirma la STS de 29/5/2024 (rec. núm. 1262/2023), al relacionar el derecho de acceso a la información pública con el principio de transparencia administrativa y el derecho a una buena administración que aquel precepto reconoce.

Lo anterior no es óbice al derecho de propiedad sobre las aplicaciones automatizadas creadas por la administración (situación fáctica de la que parte la sentencia, pese a que en otros casos esta recurre a empresas privadas para su producción -v.gr. INSS y la empresa ViewNext-), reconocidos tanto en el art. 7.2 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, como en el art. 157 LRJSP (la sentencia de origen afirma que el código fuente de la aplicación no forma parte de las exclusiones de la propiedad intelectual previstas en el art. 13 LPI, al no ser tal código norma ni acto administrativo), pues este cede ante el interés público superior, considerado el alcance del deber de información pública. De igual modo, el art. 135.1 c) de la Ley de Propiedad Intelectual (RD leg. 1/1996, de 12 de abril) ampara la propiedad intelectual de bases de datos y autoriza su revelación en el contexto de un procedimiento administrativo o judicial, cuando esta no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular del derecho o vaya en detrimento de la explotación normal del objeto protegido (art. 135.2).

2. *La automatización de la protección social*

Con el título precedente se pretende reseñar el impacto de la resolución estudiada sobre el ámbito de la administración laboral y de seguridad social, pues cabe concluir que le son igualmente aplicables los arts. 5 y 12 LTAIBG (en conexión con su art. 14) y la argumentación anteriormente reproducida, y que, por ende, aquella se encuentra sometida a idéntica obligación de compartir el código fuente o actuar con fuentes abiertas, para que la ciudadanía tenga completo acceso a los procedimientos digitales aplicados y se encuentre en condiciones de impugnarlos. En consecuencia, la doctrina reseñada sería aplicable a las resoluciones de naturaleza pública dictadas por cualquiera de las entidades gestoras de la seguridad social en la resolución y cálculo de prestaciones (al respecto de la cual se pronunció la AEPD en resolución de la Gerencia Informática de la Seguridad social de este mismo año 2025, que admitió su uso por el INSS únicamente para el control de la incapacidad temporal -concretamente el modelo de priorización de citas médicas de revisión y control, con intervención humana, afirma dicha entidad, ex art. 22 RGPD-, concediendo acceso parcial a la información solicitada) o en la tramitación automática de altas y bajas de trabajadores según Resolución de 9 de abril de 2025 de la TGSS); por la Inspección de Trabajo ex art. 53.1.a) de la LISOS, por la administración competente en materia de empleo (como el algoritmo send@ en el *perfilado* automático -definido por la STJUE de 7/12/2023, asunto SCHUFA Holding y otros, C-634/21- de itinerarios de inserción laboral, sujeto al art. 22.1 RGPD).

En definitiva, la doctrina analizada dejaría sin efecto la resolución citada de la Gerencia Informática de la Seguridad Social (GISS), que precisamente invocaba las precedentes del Juzgado central de lo contencioso y de la Audiencia Nacional en este y en asunto similar (algoritmo de sorteo de tribunales en procesos selectivos autonómicos), por cuanto esta comparte los argumentos del CTBG con respecto al bono social eléctrico para facilitar un acceso parcial a la información solicitada que excluye expresamente el código fuente. Apoyándose, amén de en los textos legales de general aplicación, en una «Norma interna de Seguridad en entornos analíticos desarrollada por el Comité de Seguridad de los Sistemas de Información de la Seguridad Social, de 23 de junio de 2023», que ni es pública ni se comparte tampoco

en la respuesta a la solicitud de información citada, y, pese a la declarada transparencia como motor de la Estrategia de Inteligencia Artificial 2024, la GISS apela a los riesgos que justifican su negativa al amparo del art. 14.1 k) LTAIGB, que exponen al INSS a vulnerabilidades, que se prestan a actuaciones malintencionadas y fallos de seguridad, con riesgo de manipulación o corrupción de los resultados del modelo, así como a usos indebidos al margen de su funcionalidad para la seguridad nacional y la seguridad social, y que, además, resultarían ineficaces, pues no podrían interpretarse sin los datos personales sensibles asociados. De ahí la trascendencia de esta sentencia para toda la administración pública, a la que resulta de aplicación en circunstancias similares, no sin antes efectuar idéntica ponderación de los intereses en juego, pues, si en el caso de origen era el reconocimiento de un derecho de índole económica (descuento en la factura del consumo eléctrico), en las diversas circunstancias en las que la administración laboral y de seguridad social emplea aplicaciones o IA para emitir decisiones automatizadas deberá calibrarse el alcance de las decisiones emitidas, en algunos casos de menor o incluso similar entidad (inserción laboral y procesos de incapacidad temporal, respectivamente, en cuanto se trata de situaciones estas últimas que llevan anudada una prestación económica), pero en otros de mayor alcance (v.gr. actuación inspectora), todas ellas calificables como *de alto riesgo* en el contexto del RIA.

3. *Extrapolación al ámbito de las decisiones automatizadas de carácter privado*

Vistos los razonamientos predicables del deber de información pública, cabe extraer algunas conclusiones replicables en ámbitos privados, más allá del acceso a la información pública, núcleo fundamental de la resolución comentada: la invocabilidad de la seguridad público-privada de los datos conectados al algoritmo y la propiedad intelectual del código fuente.

En efecto, de la sentencia analizada se puede concluir que el derecho de transparencia de quienes resulten afectados por una decisión automatizada alcanza a todos los elementos del algoritmo o secuenciación de órdenes de las que es fruto la decisión, y que podría comprender también el código fuente de este (siendo claro que, tras la ponderación de intereses en juego, puede resultar obligado el acceso al mismo en decisiones administrativas). La cuestión es si en el ámbito privado este último elemento habría de ser igualmente compartido.

El primer obstáculo a esta solución son los derechos de propiedad intelectual reconocidos a los autores de dicho código, avalados por la Directiva 2016/94 y los considerandos 107 y 167, así como el art. 25.5, 52.6, 78 o 101 RIA, que garantizan la protección de los secretos comerciales y la propiedad intelectual, y restringen el acceso a estos a la información estrictamente necesaria a las autoridades implicadas en la aplicación del derecho de la UE, con las salvedades previstas en el art. 5 a la protección íntegra de tal derecho (c) si los trabajadores lo han puesto en conocimiento de sus representantes en el marco del ejercicio legítimo de sus funciones, si tal revelación fuera necesaria para ese ejercicio -en el mismo sentido, art. 2.c) de la Ley 1/2019, de Secretos Empresariales- y d) para proteger un interés legítimo reconocido por el derecho nacional o de la UE). Pero también es sabido que, en caso de conflicto entre el ejercicio del derecho de acceso pleno a información y los derechos o libertades de otros, la STJUE de 27/2/2025 delega a la autoridad administrativa o judicial el pleno acceso a aquella, en garantía de los derechos protegidos por la Directiva 2016/94 (y por el deber de confidencialidad regulado en el art. 78.1 RIA, con las salvedades previstas en el art. 5 de la Directiva 2016/943), para realizar la ponderación entre ambos derechos. Tal marco jurídico implica que la administración, aunque se trate de distinto órgano o entidad, será en todo caso la legítima intérprete de tal ponderación, bajo el principio de prohibición de la mera «negativa a prestar toda la información al interesado» (considerando 63 RGPD y STJUE de 4/5/2023, C-487/21).

En definitiva, el deber de facilitar el código fuente es susceptible de extrapolación a las decisiones privadas para facilitar la comprobación del soporte técnico de una decisión automatizada (adoptada por una empresa), si bien sobre la base de criterios

divergentes, igualmente conectados al verdadero alcance del derecho, en el sentido resuelto por la citada STJUE de 27/2/2025. En cualquier caso, la motivación y transparencia de las decisiones no debe ser solo asunto de carácter público, pues, en contextos privados (como el ámbito laboral), el interés legítimo del interesado en conocer cómo se toman las decisiones que le afectan jurídicamente exige igualmente efectuar idéntica ponderación entre propiedad intelectual, seguridad y derechos protegibles (v.gr. los de impacto laboral, especialmente los de índole fundamental). Avalan esta tesis los argumentos favorables a la apertura del código presentes en la sentencia, enmarcados en el RGPD (arts. 13.2.f y 14.2.g, y 15.1.h RGPD) y, en consecuencia, predicables de cualquier tipo de decisión automatizada. Como afirma la sentencia, con base en las directrices 4/2020, del Comité Europeo de Protección de Datos y del art. 23.2 de la Ley 15/2022 (de aplicación en el ámbito privado también), aunque el derecho de transparencia no se identifica concretamente con el acceso al código fuente, este *tampoco se excluye*, y así, la directriz 37 incluye el deber de hacer público el código fuente para un control lo más amplio posible.

VIII. Apunte final

A partir de esta resolución, se plantea en el horizonte un mar de nuevas dudas acerca de cuál sea la praxis administrativa que siga a tal fallo. En concreto, si el derecho a información pública justifique transformar el funcionamiento digital de la administración en sistemas de código abierto consultables en sus sitios web, como se desprende, por otra parte, de mandatos legales europeos, o si, como parece, en situaciones críticas (vulnerabilidad de información sensible de los propios administrados o del sistema de gestión de la administración pública), pueda seguir ocultando cierta información acerca de la codificación de sus procesos mientras no se inste el mecanismo de protección judicial oportuno para revelar información opaca en sus relaciones con administrados que consideren insuficiente la motivación de la resolución que les afecta.

En todo caso, si, como anuncia la sentencia analizada, la vulnerabilidad de información sensible de los propios administrados o del sistema de gestión constituyen elementos críticos expuestos que deben reforzarse, celebremos el fallo por constituir un acicate a la mejora de la seguridad de nuestra administración digital, para que la seguridad de todos encuentre el mismo nivel de desarrollo sostenible que la propia digitalización pública y permita a la ciudadanía confiar en el Estado digital del bienestar.

- § 85 Teletrabajo regular y derecho a la prevención de riesgos laborales. ¿Y el principio de igualdad de derechos de teletrabajadores y trabajadores presenciales y la prohibición de perjuicio en las condiciones de trabajo por su prestación a distancia? La silla ergonómica.**

María Emilia Casas Baamonde

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Presidenta Emérita del Tribunal Constitucional

Resumen: La Sentencia del Tribunal Supremo 760/2025, de 10 de septiembre, resuelve la controversia sobre el deber empresarial de dotar de una silla ergonómica, existente en los centros de trabajo para los trabajadores presenciales, a los trabajadores a distancia regulares. No existe, en el caso, una obligación empresarial, legal, convencional o contractual, de facilitar la silla como instrumento de teletrabajo. En el ámbito de la prevención de riesgos laborales, la sentencia confirma la práctica de la empresa de subordinar la entrega de la silla a la solicitud individual de las personas teletrabajadoras, bajo prescripción médica y aprobación del servicio médico de prevención, puesto que el plan de prevención de la empresa no detecta el riesgo ergonómico asociado a los puestos de teletrabajo. Esa práctica empresarial no vulnera el derecho a la prevención de riesgos laborales de las personas teletrabajadoras, que, en el entendimiento de la sentencia, y pese al distinto estándar preventivo, no sufren perjuicio en la protección de su seguridad y salud por la prestación de su trabajo en dicha modalidad.

Palabras clave: Teletrabajo regular. Medios. Equipos. Herramientas. Abono y compensación de gastos. Prevención de riesgos laborales. Seguridad y salud en el trabajo. Igualdad de derechos. Garantía de indemnidad. Trabajadores presenciales. Riesgos ergonómicos. Evaluación previa. Silla ergonómica.

Abstract: Supreme Court Judgment 760/2025, of 10 September, resolves the dispute concerning the employer's obligation to provide an ergonomic chair—available at work centres for on-site employees—to regular remote workers. There is, in this case, no corporate, legal, conventional, or contractual obligation to provide the chair as a teleworking tool. In the field of occupational risk prevention, the ruling upholds the company's practice of making the provision of the chair conditional on an individual request by teleworkers, supported by a medical prescription and approval from the occupational health service, since the company's prevention plan does not identify any ergonomic risk associated with teleworking positions. That corporate practice does not infringe teleworkers' right to occupational risk prevention, as, in the court's view, and despite the differing preventive standards, they do not suffer any detriment to the protection of their health and safety as a result of performing their work under that modality.

Keywords: Regular telework. Means. Equipment. Tools. Payment and reimbursement of expenses. Occupational risk prevention. Occupational health and safety. Equality of rights. Guarantee of indemnity. On-site workers. Ergonomic risks. Prior assessment. Ergonomic chair.

DOI: https://doi.org/10.55104/RJL_00685

I. Introducción

La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación de la Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FeSMC-UGT) frente a la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, que desestimó la demanda de conflicto colectivo de UGT, a la que se adhirió CGT, frente a la empresa. La demanda sindical solicitó la declaración de «la obligación de la empresa de facilitar al personal que presta servicios a través de la modalidad de teletrabajo la silla ergonómica que sí proporciona a los trabajadores que prestan servicios de manera presencial en los centros de trabajo de la compañía».

El interés de la sentencia se eleva al enlazar la controversia con el derecho de las personas trabajadoras que prestan servicios en la modalidad de teletrabajo a gozar del mismo nivel de protección y a no sufrir perjuicio (principio legal de igualdad y cláusula legal de prohibición de perjuicio en las condiciones laborales del art. 4.1.1.^a de la Ley de trabajo a distancia) respecto de los trabajadores que prestan servicios de forma presencial.

La sentencia del Tribunal Supremo niega la existencia de una obligación general de la empresa de facilitar una silla ergonómica a todos los trabajadores a distancia, pese a proporcionarla a todos los trabajadores presenciales. La dotación de elementos de «mobiliario» -en la calificación de la empresa recurrida-, como la silla ergonómica, queda supeditada a lo que se establezca en el acuerdo individual de teletrabajo o en el convenio colectivo de aplicación, que es donde se determinan los medios, equipos y herramientas necesarias para el trabajo a distancia y pueden fijarse los medios y las compensaciones de gastos generados por su prestación. En este caso, la silla en cuestión no forma parte de la dotación obligatoria que la empresa debe facilitar a sus teletrabajadores regulares, a diferencia de otros medios esenciales (como el ordenador, teclado y ratón, que sí están en el inventario que integra el contenido mínimo necesario de los acuerdos individuales de teletrabajo en la empresa demandada y en el convenio colectivo de aplicación). Por otra parte, la empresa ya cumplía con la satisfacción de una compensación económica mensual de 30 euros brutos a toda la plantilla, con cargo a la cual las personas trabajadoras en teletrabajo podían adquirir la silla ergonómica.

La cuestión litigiosa cobra todo su sentido en relación con el derecho de los teletrabajadores a la prevención de riesgos laborales, en igualdad de condiciones con los trabajadores presenciales y sin sufrir perjuicio por el hecho de su trabajo a distancia. Como instrumento de prevención de riesgos laborales, la empresa debe facilitar la silla ergonómica a las personas teletrabajadoras, solo excepcionalmente, a su solicitud, bajo prescripción médica y aprobación del servicio médico de prevención, una especie de **evaluación** de riesgos individualizada no preventiva. El riesgo ergonómico considerado genéricamente, no evaluado teniéndose en cuenta el concreto puesto de teletrabajo, no genera, en la doctrina de la Sala, el deber de la empresa de adoptar medidas preventivas concretas, como la entrega de una silla ergonómica a todos sus teletrabajadores.

El punto crucial de la sentencia está en su negación de la función instrumental de la silla ergonómica a la satisfacción del derecho de las personas teletrabajadoras a la prevención de riesgos laborales y a la protección empresarial de su seguridad y salud en el trabajo, en el vaciamiento de su condición de **elemento integrante de la adecuación ergonómica del puesto** de teletrabajo.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 760/2025, de 10 de septiembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de casación núm. 14/2024.

ECLI: ES:TS:2025:3940

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excm. Sra. Dña. Ana María Orellana Cano.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión litigiosa tiene por objeto determinar si la empresa demandada estaba obligada a proporcionar una silla ergonómica a los trabajadores que prestan servicios en la modalidad de teletrabajo regular, al igual que a los trabajadores presenciales en sus centros de trabajo.

1. Hechos

Según los probados de la sentencia de instancia, recogidos en el AH 4.º y en el FD 4.º. 3 de la sentencia de casación, y en lo que aquí importa:

La socia responsable de recursos humanos de la empresa informó por correo electrónico a todas las personas trabajadoras «susceptibles de teletrabajar», el 19 de febrero de 2021, de que, a partir del 1 de marzo de 2021, la empresa abonaría 30 euros brutos mensuales (12 pagas) a cada trabajador en concepto de compensación por los gastos de cualquier tipo que pudiera generar el teletrabajo, incluidos suministros, equipamiento y otros medios. «Todos los profesionales (a excepción de los MDs), independientemente de si trabajáis o no en remoto, recibiréis mensualmente esta compensación adicional, que se continuará aplicando tras la finalización de la pandemia» (HP 2.º).

En el documento de la empresa denominado «Política de teletrabajo», con relación a los «medios facilitados por la empresa», se dispone: «Para teletrabajar contarás con un ordenador portátil, auriculares y ratón [...]. Las peticiones vinculadas a necesidades especiales se gestionarán a través de prevención de que [sic] analizará cada solicitud; y en el apartado relativo a la «compensación de gastos por la empresa», se señala que la cantidad mensual de 30 euros brutos, como compensación económica por gastos de cualquier tipo, incluidos suministros, equipamiento y medios causados por el teletrabajo, se abonará a toda la plantilla, pues la empresa reconoce a todos los trabajadores la posibilidad de teletrabajar cuando las necesidades de la actividad lo permitan y se cumplan los requisitos de la política empresarial, a fin de evitar la realización de ajustes positivos o negativos de la compensación en función de la situación de cada momento (HP 3.º; reiterado en HHPP 4.º y 5.º).

En el acuerdo individual de teletrabajo, que se suscribe en la empresa, consta que la solicitud de la prestación de servicios en teletrabajo ha de realizarse a través de infolaboral, generándose automáticamente el acuerdo individual de teletrabajo en las solicitudes de hasta tres días a la semana de teletrabajo, siendo necesaria la autorización para el teletrabajo durante cuatro o cinco días a la semana. La firma del acuerdo es digital, previo consentimiento expreso, o en soporte papel, de forma presencial, en la empresa. La empresa practica una política de flexibilidad, de modo que cualquier persona trabajadora puede teletrabajar, siempre que el cliente, el proyecto o el servicio lo permitan.

En el acuerdo individual de teletrabajo, se señala, en el inventario de medios, herramientas y equipos informáticos necesarios, que la empresa facilita a la persona teletrabajadora para el correcto desempeño de sus funciones el ordenador portátil, el cargador, los auriculares y el ratón, sin referencia alguna a la silla ergonómica y, contempla también la compensación de gastos de 30 euros brutos mensuales. El acuerdo prevé la compensación de gastos de 30 euros brutos mensuales (FD 4.º.3 y HP 6.º).

Prevía denuncia, la ITSS de Madrid requirió a la empresa: «1. - Que deberá remitir a los representantes de los trabajadores los acuerdos de teletrabajo de acuerdo con lo establecido en el artículo 6 de la ley 10/2021 y actualizar dicha información de aquellos acuerdos de teletrabajo que no se hayan remitido a la RTL, desde el inicio del teletrabajo en la empresa y acuerdo con los principios de la Ley 10/2021 trabajo a distancia. En el periodo de un mes se remitirá el cumplimiento de dicho requerimiento a esta Inspección de Trabajo y se continuará con el cumplimiento del artículo 6 de la ley 10/2021. 2.- Se llevarán a cabo el cumplimiento de lo establecido tanto en la ley 10/2021 1 trabajo a distancia de 9 de julio, así como en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Es obligación de la empresa llevar a cabo la evaluación de riesgos y la planificación preventiva del trabajador a distancia, deberán tener en cuenta los riesgos característicos de esta modalidad de trabajo, poniendo especial atención en los factores psicológicos, ergonómicos y organizativos. La prevención de riesgos laborales no puede suponer un coste para el trabajador. Si se demuestra que el trabajador necesita una adaptación ergonómica de su puesto de trabajo, corresponde a la empresa llevar a cabo dicha adaptación, aportando los elementos materiales que fuesen necesarios. Por lo tanto, una cosa es las compensaciones económicas que la empresa haga efectiva a los trabajadores, por gastos corrientes del trabajo y que se incluye en el acuerdo firmado por las partes, y otra la adopción de medidas ergonómicas en el puesto de trabajo, que corre a cargo de la empresa»-descriptores 48 y 49-» (HP 7.º).

La empresa realiza evaluaciones de riesgos en puestos de teletrabajo (HP 8.º).

En el procedimiento general del servicio de prevención mancomunado de la empresa demandada se detalla la adaptación del ordenador portátil -conforme al Real Decreto 488/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con pantallas de visualización, y el Real Decreto 486/1997 sobre lugares de trabajo- y se especifica que, con la entrega del ordenador portátil, la empresa facilitará a la persona que teletrabaje, el *basic pack* compuesto de auriculares, ratón y mochila y, si lo desea el trabajador, el elevador para el portátil. Con independencia de la compensación de gastos, medios y equipos de teletrabajo, las personas teletrabajadoras podrán solicitar teclado independiente, reposapiés y pantalla adecuada. La solicitud de otro material ergonómico, como la silla, el reposamuñecas o el *trolley*, sólo será facilitado por prescripción médica y con la aprobación del servicio médico (HP 5.º).

2. Antecedentes

FeSMC-UGT interpuso demanda de conflicto colectivo, denunciando la vulneración por la empresa del mandato legal de igualdad de trato y de oportunidades y no discriminación de las personas que desarrollan su trabajo a distancia de forma regular en la modalidad de teletrabajo,

La Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional 105/2023, de 3 de octubre^[1] desestimó la excepción de prescripción de la acción opuesta por la empresa demandada, Tecnológica Ecosistemas SAU, pues la práctica de empresa denunciada seguía vigente, y la demanda interpuesta por la Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FeSMC-UGT). La sentencia descarta que el principio de igualdad de condiciones de trabajo que proclama el art. 4.1 de la Ley TD entre trabajadores presenciales y teletrabajadores se extienda al tipo de asiento que se utiliza para la prestación de servicios, pues los arts. 7, 11 y 12 de la LTD admiten que la dotación de medios y compensación de gastos sean objeto de

negociación individual o colectiva, y no reconociéndose tal obligación ni en los acuerdos suscritos ni en el Convenio de aplicación, no procede estimar la demanda. Por otro lado, de la prueba practicada no puede deducirse que dicha petición pueda tener acogida como medida de prevención de riesgos aplicable con carácter general.

FeSMC-UGT interpone recurso de casación, en el que solicita la revisión fáctica de la sentencia de instancia por error en la apreciación de la prueba [en sus dos primeros motivos, art. 207.d) LRJS], y la infracción del art. 4 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, y de la STS 565/2023, de 19 de septiembre^[2] [tercer motivo, art. 207.e) LRJS], así como del art. 15 de la Ley de trabajo a distancia, del art. 14.2 y 4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, y del art. 3 del Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo [motivo cuarto y último, art. 207.e) LRJS].

IV. Posición de las partes

En su demanda de conflicto colectivo, FeSMC-UGT sostuvo que la prevención de riesgos laborales es común para trabajadores presenciales y teletrabajadores, por lo que si la empresa proporciona una silla ergonómica en los centros de trabajos, debe facilitarla igualmente a las personas que teletrabajan, sin limitarla a teletrabajadores con problemas de salud y sin que la falta de previsión del art. 41 del convenio colectivo de aplicación justifique el incumplimiento empresarial, puesto que la Ley de trabajo a distancia es anterior al convenio colectivo y debe prevalecer.

FeSMC-UGT pretendió adicionar dos huevos hechos probados: «El Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de la empresa demandada comunicó en fecha 18 de enero de 2023, a través de su cuenta de correo electrónico, que las personas trabajadoras disponen en todos sus centros de trabajo de sillas ergonómicas desde las que pueden prestar sus servicios»; «El Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de la empresa demandada comunicó en fecha 12 de enero de 2023, a través de su cuenta de correo electrónico, que los elementos ergonómicos para la adaptación del puesto de trabajo de las personas que prestan sus servicios a distancia deben ser adquiridos por las personas trabajadoras a cargo de la cantidad que tienen asignada en sus nóminas».

La empresa recurrida impugnó el recurso, solicitando la desestimación de sus cuatro motivos.

El Ministerio Fiscal se pronunció en su informe, en favor de la desestimación del recurso.

V. Normativa aplicable al caso

Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia

- «Artículo 4. Igualdad de trato y de oportunidades y no discriminación

1. Las personas que desarrollan trabajo a distancia tendrán los mismos derechos que hubieran ostentado si prestasen servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial, y no podrán sufrir perjuicio en ninguna de sus condiciones laborales, incluyendo retribución, estabilidad en el empleo, tiempo de trabajo, formación y promoción profesional».

[...]

- «Artículo 7. Contenido del acuerdo de trabajo a distancia.

Será contenido mínimo obligatorio del acuerdo de trabajo a distancia, sin perjuicio de la regulación recogida al respecto en los convenios o acuerdos colectivos, el siguiente:

a) Inventario de los medios, equipos y herramientas que exige el desarrollo del trabajo a distancia concertado, incluidos los consumibles y los elementos muebles, así como de la vida útil o periodo máximo para la renovación de estos».

[...]

- «Artículo 11. Derecho a la dotación suficiente y mantenimiento de medios, equipos y herramientas.

1. Las personas que trabajan a distancia tendrán derecho a la dotación y mantenimiento adecuado por parte de la empresa de todos los medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la actividad, de conformidad con el inventario incorporado en el acuerdo referido en el artículo 7 y con los términos establecidos, en su caso, en el convenio o acuerdo colectivo de aplicación. En el caso de personas con discapacidad trabajadoras, la empresa asegurará que esos medios, equipos y herramientas, incluidos los digitales, sean universalmente accesibles, para evitar cualquier exclusión por esta causa».

[...]

- «Artículo 12. El derecho al abono y compensación de gastos

1. El desarrollo del trabajo a distancia deberá ser sufragado o compensado por la empresa, y no podrá suponer la asunción por parte de la persona trabajadora de gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de su actividad laboral

2. Los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer el mecanismo para la determinación, y compensación o abono de estos gastos».

- «Artículo 15. Aplicación de la normativa preventiva en el trabajo a distancia

Las personas que trabajan a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud en el trabajo, de conformidad con lo establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y su normativa de desarrollo».

- «Artículo 16. Evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva.

1. La evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva del trabajo a distancia deberán tener en cuenta los riesgos característicos de esta modalidad de trabajo, poniendo especial atención en los factores psicosociales, ergonómicos y organizativos y de accesibilidad del entorno laboral efectivo. En particular, deberá tenerse en cuenta la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos y desconexiones durante la jornada.

La evaluación de riesgos únicamente debe alcanzar a la zona habilitada para la prestación de servicios, no extendiéndose al resto de zonas de la vivienda o del lugar elegido para el desarrollo del trabajo a distancia».

[...]

- Artículo 14. Derecho a la protección frente a los riesgos laborales

[...]

«2. En cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. A estos efectos, en el marco de sus responsabilidades, el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la integración de la actividad preventiva en la empresa y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, con las especialidades que se recogen en los artículos siguientes en materia de plan de prevención de riesgos laborales, evaluación de riesgos, información, consulta y

participación y formación de los trabajadores, actuación en casos de emergencia y de riesgo grave e inminente, vigilancia de la salud, y mediante la constitución de una organización y de los medios necesarios en los términos establecidos en el capítulo IV de esta ley.

El empresario desarrollará una acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva con el fin de perfeccionar de manera continua las actividades de identificación, evaluación y control de los riesgos que no se hayan podido evitar y los niveles de protección existentes y dispondrá lo necesario para la adaptación de las medidas de prevención señaladas en el párrafo anterior a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que incidan en la realización del trabajo» [modificado por Ley 54/2003, de 21 de diciembre].

[...]

«4. Las obligaciones de los trabajadores establecidas en esta Ley, la atribución de funciones en materia de protección y prevención a trabajadores o servicios de la empresa y el recurso al concierto con entidades especializadas para el desarrollo de actividades de prevención complementarán las acciones del empresario, sin que por ello le eximan del cumplimiento de su deber en esta materia, sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar, en su caso, contra cualquier otra persona».

[...].

- «Artículo 16. Plan de prevención de riesgos laborales, evaluación de los riesgos y planificación de la actividad preventiva

[...]

2. Los instrumentos esenciales para la gestión y aplicación del plan de prevención de riesgos, que podrán ser llevados a cabo por fases de forma programada, son la evaluación de riesgos laborales y la planificación de la actividad preventiva a que se refieren los párrafos siguientes:

a) El empresario deberá realizar una evaluación inicial de los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores, teniendo en cuenta, con carácter general, la naturaleza de la actividad, las características de los puestos de trabajo existentes y de los trabajadores que deban desempeñarlos. Igual evaluación deberá hacerse con ocasión de la elección de los equipos de trabajo, de las sustancias o preparados químicos y del acondicionamiento de los lugares de trabajo. La evaluación inicial tendrá en cuenta aquellas otras actuaciones que deban desarrollarse de conformidad con lo dispuesto en la normativa sobre protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad. La evaluación será actualizada cuando cambien las condiciones de trabajo y, en todo caso, se someterá a consideración y se revisará, si fuera necesario, con ocasión de los daños para la salud que se hayan producido.

Cuando el resultado de la evaluación lo hiciera necesario, el empresario realizará controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de los trabajadores en la prestación de sus servicios, para detectar situaciones potencialmente peligrosas.

b) Si los resultados de la evaluación prevista en el párrafo a) pusieran de manifiesto situaciones de riesgo, el empresario realizará aquellas actividades preventivas necesarias para eliminar o reducir y controlar tales riesgos. Dichas actividades serán objeto de planificación por el empresario, incluyendo para cada actividad preventiva el plazo para llevarla a cabo, la designación de responsables y los recursos humanos y materiales necesarios para su ejecución.

El empresario deberá asegurarse de la efectiva ejecución de las actividades preventivas incluidas en la planificación, efectuando para ello un seguimiento continuo de la misma.

Las actividades de prevención deberán ser modificadas cuando se aprecie por el empresario, como consecuencia de los controles periódicos previstos en el párrafo a) anterior, su inadecuación a los fines de protección requeridos».

[...]

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social

- «Artículo 207. Motivos del recurso de casación» [...]

[...]

d) Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios

e) Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate».

Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo

- «Artículo 3. Obligación general del empresario

El empresario deberá adoptar las medidas necesarias para que la utilización de los lugares de trabajo no origine riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores o, si ello no fuera posible, para que tales riesgos se reduzcan al mínimo.

En cualquier caso, los lugares de trabajo deberán cumplir las disposiciones mínimas establecidas en el presente Real Decreto en cuanto a sus condiciones constructivas, orden, limpieza y mantenimiento, señalización, instalaciones de servicio o protección, condiciones ambientales, iluminación, servicios higiénicos y locales de descanso, y material y locales de primeros auxilios».

VI. Doctrina básica

La sentencia inicia su respuesta jurídica rechazando los dos motivos de revisión fáctica por indebida apreciación de la prueba efectuada por la sentencia de instancia, esgrimidos por la federación sindical recurrente. Recuerda su estricta jurisprudencia sobre las exigencias que han de concurrir para que prospere la revisión fáctica en el recurso extraordinario de casación, basada «en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador» [art. 207.d) LRTJS]. La errónea apreciación de la prueba ha de deducirse de forma clara, directa y patente de los documentos en los que se funde la parte recurrente, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas. Los correos electrónicos remitidos por el servicio de prevención de riesgos laborales de la empresa demandada en contestación a la reclamación de trabajadoras concretas de la empresa, de silla ergonómica y cojín lumbar, que constan en autos y en el expediente digital, no equivalen a una comunicación genérica de dicho servicio, cuya existencia defendía el sindicato recurrente, por lo que no se produjo la errónea valoración de la prueba denunciada.

En cuanto a la cuestión de fondo, la reclamada obligación de la empresa demandada de proporcionar una silla ergonómica a los trabajadores que prestan servicios en la modalidad de teletrabajo, en igualdad de condiciones con sus trabajadores presenciales, establecida en el art. 4.1.1.º de la Ley de trabajo a distancia, la sentencia se cuida de precisar, «con carácter previo», que el conflicto colectivo afecta a los trabajadores de la empresa demandada que prestan su trabajo a distancia, en su domicilio o en el lugar libremente elegido por ellos, «mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación», como teletrabajadores, y lo prestan de forma regular, durante un mínimo del 30% de su jornada [arts. 1 y 2.b) Ley de trabajo a distancia].

Todo lo que la sentencia dice y todo lo que aquí se dice se entiende referido, por tanto, a las personas que prestan teletrabajo regular, comprendidas en la regulación de la Ley 10/2021, de trabajo a distancia.

1. Prohibición de perjuicio o cláusula de indemnidad de las condiciones de trabajo por la prestación de trabajo en la modalidad de teletrabajo

La fundamentación jurídica de la sentencia parte de la norma legal que impone la que denomina «igualdad de derechos, sin que puedan resultar perjudicadas las condiciones de trabajo» de los teletrabajadores en comparación con los trabajadores presenciales de la empresa, salvo los inherentes a la modalidad de trabajo presencial (art. 4.1.1.º Ley de trabajo a distancia).

Comienza por determinar qué sean esas «condiciones de trabajo» que no pueden ser inferiores a las de los trabajadores presenciales. Tras referirse a la distinción entre condiciones de trabajo y condiciones de empleo en el acceso a la modalidad de teletrabajo, contenida de la STS de 11 de abril de 2005^[3], señala la relación de condiciones de trabajo que «a título orientativo» efectúa el citado art. 4.1.1.º de la Ley de trabajo a distancia, que incluye la «retribución, estabilidad en el empleo, tiempo de trabajo, formación y promoción profesional», a la que adiciona las que proporciona el art. 41.1.2.º ET, que, a efectos de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, que relaciona, en «lista abierta», la jornada de trabajo, el horario y distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos, el sistema de remuneración y cuantía salarial, el sistema de trabajo y rendimiento y, las funciones. Aunque la federación sindical recurrente considera que el uso de la silla ergonómica es una condición de trabajo referida a la protección en materia de prevención de riesgos laborales, la sentencia adelanta que las personas teletrabajadoras no se han visto perjudicadas en las condiciones derivadas de esta garantía, y que no es de apreciar la vulneración del art. 4.1.1.º de la Ley de trabajo a distancia.

2. Igualdad de derechos de teletrabajadores y trabajadores presenciales; derechos de las personas trabajadoras a distancia a la dotación suficiente y al mantenimiento de medios, equipos y herramientas; al abono y compensación de gastos. La silla ergonómica como medio de teletrabajo

Enfoca la sentencia la igualdad de derechos entre las personas teletrabajadoras y las que trabajan de forma presencial en los centros de trabajo de la empresa llevando dicho de principio de igualdad a la regulación de los derechos específicos de aquellas de la Ley de trabajo a distancia, y sitúa la controversia en los derechos de contenido económico -el derecho a la dotación suficiente y mantenimiento de medios, equipos y herramientas, y el derecho al abono y a la compensación de los gastos (arts. 11 y 12)-, y en el derecho a la prevención de riesgos laborales (arts. 15 y 16).

Destaca la sentencia la importancia de la negociación colectiva y del acuerdo individual de teletrabajo para delimitar el contenido del derecho de las personas teletrabajadoras a la dotación suficiente y al mantenimiento adecuado de medios, equipos y herramientas, que se configura de acuerdo con el inventario «de los medios, equipos y herramientas que exige el desarrollo del trabajo a distancia concertado, incluidos los consumibles y los elementos muebles, así como de la vida útil o periodo máximo para la renovación de estos» [art. 7.a) Ley de trabajo a distancia], que es contenido obligatorio del acuerdo individual de trabajo a distancia (art. 6 Ley de trabajo a distancia), y con lo dispuesto, en su caso, en el convenio colectivo de aplicación (art. 11 Ley de trabajo a distancia).

Afirma la sentencia que el legislador español ha optado por regular el trabajo a distancia mediante una ley que contempla las pautas generales, por lo que, reiterando la invocación de la STS 267/2025, de 2 de abril^[4], llama expresamente a la negociación colectiva a que ejerza su papel de fuente de regulación de especificación de la regulación legal —«la ley contiene las pautas generales; los convenios colectivos, las particularidades del sector; y, el acuerdo de trabajo a distancia, las peculiaridades

del trabajo concreto»-, advirtiendo de que la generalidad de la norma legal «dificulta su aplicación» (FD 4.º. 5).

La sentencia razona que si las partes individuales, la empresa y el teletrabajador, hubieran querido incluir la silla ergonómica como necesaria para el desarrollo del teletrabajo, esa voluntad común debería haberse expresado en el inventario del acuerdo de trabajo a distancia. Sin embargo, 1.º) los acuerdos de teletrabajo en la empresa demandada no hacen referencia alguna a la silla ergonómica; 2.º) el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, 2002, contiene la previsión expresa de que «todas las cuestiones relativas a los equipamientos de trabajo, a la responsabilidad y a los costos son definidos claramente antes de iniciar el teletrabajo» [7] Equipamientos], definición que ha de ser anterior al inicio del teletrabajo, exigencia también destacada por la STS 959/2024, de 26 de junio^[5]; 3) el art. 41, 7.º y 8.º, del convenio colectivo de aplicación, el XVIII Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría, tecnologías de la información y estudios de mercado y de la opinión pública (BOE, 26 de julio de 2023), nada dice de la silla ergonómica en su regulación de la dotación de medios, equipos y herramientas, que se limitan al ordenador de sobremesa con pantalla o portátil, ratón y teclado, pudiendo las empresas integrar el abono de una compensación suficiente para la compra por los trabajadores del ratón y teclado -no así del ordenador-, o facilitarlos directamente.

La conclusión de la sentencia, en este extremo, es que, no constando la obligación de la empresa de facilitar la silla ergonómica a todos los teletrabajadores, ni en el acuerdo de trabajo a distancia, ni en el convenio colectivo, instrumentos a los que expresamente remite el art. 11.1 de la Ley de trabajo a distancia para fijar el contenido de su derecho a la dotación y mantenimiento adecuado por parte de la empresa de todos los medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la actividad, la empresa demandada «ha dado debido cumplimiento a la norma legal» (FD 4.º.5).

En su interpretación del art. 12 de la Ley de trabajo a distancia, la Sala subraya que, a diferencia del anteproyecto de ley de trabajo a distancia, el precepto vigente no obliga a la empresa al abono y compensación *total* de los gastos, sino *solo* de los relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de la actividad laboral a distancia, ni admite la posibilidad de que la negociación colectiva establezca complementos específicos. Dicho precepto legal únicamente prohíbe a las personas trabajadoras a distancia asumir los gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de su actividad laboral, no de otros gastos. Conforme a su apdo. 2, los convenios colectivos «podrán establecer el mecanismo para la determinación, y compensación o abono de estos gastos». Ese papel de la negociación colectiva «es relevante», aunque sea la propia ley, su art. 12.1, la que reconoce a las personas trabajadoras a distancia el derecho dicho a la compensación de los gastos, sin necesidad de intermediación del convenio colectivo^[6].

El art. 41.4, 5 y 6 del XVIII Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría, tecnologías de la información y estudios de mercado y de la opinión pública, de aplicación, establece que las personas que trabajen a distancia de forma regular y a jornada completa tienen derecho a una compensación, de naturaleza extrasalarial, de **17 € brutos mensuales** por todos los gastos derivados del teletrabajo -o su cuantía proporcional en caso de parcialidad y tiempo inferior del trabajo-, respetándose los acuerdos previos existentes en las empresas que prevean una compensación igual o superior, pudiendo ese **mínimo obligatorio** mejorarse por negociación colectiva posterior o decisión empresarial.

La empresa demandada ha mejorado ese mínimo convencional colectivo obligatorio, pues está acreditado que, a partir del 1 de marzo de 2021, abona a toda su plantilla 30 euros brutos al mes, en concepto de compensación de los gastos de cualquier tipo generados por la prestación de servicios en teletrabajo. Se trata de una «evidente mejora» del convenio colectivo sectorial, en la cuantía y en el alcance y ámbito subjetivo, ya que la empresa abona esa compensación con independencia del

período durante el que la persona teletrabajadora haya prestado servicios en esta modalidad, durante el mes.

La empresa «ha garantizado también este derecho económico», con lo que la sentencia culmina su fundamentación jurídica sin decir nada expresamente sobre el principio legal de igualdad en el teletrabajo, mas que no aprecia la infracción del artículo 4 de la Ley de trabajo a distancia, desestimando el tercer motivo del recurso de casación de UGT (FD 4.º.6).

3. Prevención de riesgos laborales en el teletrabajo; la silla ergonómica como medio de prevención de riesgos laborales ergonómicos en los puestos de teletrabajo; falta de evaluación previa de esos riesgos

El art. 15 de la Ley de trabajo a distancia contiene una norma de reenvío a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y su normativa de desarrollo. La propia Ley de trabajo a distancia, en su art. 16.1, ordena que en la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva del trabajo a distancia han de tenerse en cuenta los riesgos característicos de esta modalidad de trabajo, poniendo especial atención, entre otros, en los factores ergonómicos.

Ahora bien, siendo la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva instrumentos esenciales de la gestión y aplicación del plan de prevención de riesgos, de conformidad a la ley reenviada, el art. 16.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, la doctrina de la sentencia es que «el riesgo ergonómico no puede ser apreciado, sin una previa evaluación y, sólo si de la misma se extrae su existencia, deberán adoptarse las medidas preventivas necesarias para eliminar o reducir los mismos conforme a la planificación de la actividad preventiva». En conclusión, «el riesgo ergonómico considerado genéricamente, no evaluado teniéndose en cuenta el concreto puesto de trabajo, la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y los descansos y desconexiones durante la jornada, como preceptúa el artículo 16.1 de la Ley de trabajo a distancia, no genera el deber de la empresa de adoptar una concreta medida preventiva, -que tampoco, por ende, aparecerá en el plan de prevención de riesgos laborales-, como proporcionar la silla ergonómica a toda la plantilla de personas trabajadoras» (FD 5.º.2).

La sentencia afirma que, tras el requerimiento de la Inspección de Trabajo para que lo hiciera (HP 7.º), la empresa demandada contaba con el plan de prevención de riesgos laborales, habiendo llevado a cabo la evaluación de los riesgos y, la planificación de la actividad preventiva. Y estaba probado (HP 5.º) que si algún teletrabajador solicitaba material ergonómico diferente al facilitado por la empresa, como la silla ergonómica, «la empresa se lo proporcionaría siempre que existiera prescripción médica y aprobación por el servicio médico de prevención de riesgos laborales» (FD 5.º.2).

La sentencia desestima el último motivo del recurso de casación al no apreciar la infracción del derecho a la prevención de riesgos laborales regulado en los arts. 15 y 16 de la Ley de trabajo a distancia, «ni de la normativa de prevención».

VII. Parte dispositiva

«1. Desestimar el recurso de casación interpuesto por la Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FeSMC-UGT).

2.Confirmar y declarar la firmeza de la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional 105/2023, de 3 de octubre (conflicto colectivo 168/2023).

3.No ha lugar a la imposición de costas».

VIII. Pasajes decisivos

- «Con carácter previo, se ha de destacar que el ámbito del presente conflicto colectivo queda delimitado a las personas trabajadoras que prestan servicios en la modalidad de teletrabajo y, por tanto, -atendiendo a las definiciones contempladas en

el artículo 2 a) y b) de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia-, afecta a los trabajadores de la empresa demandada que prestan el trabajo a distancia mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación. Ha de entenderse por trabajo a distancia el que se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar libremente elegido por ésta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular y, por tanto, como mínimo en un 30 % de su jornada» (FD 4.º.4).

- «[...]cuando el trabajador voluntariamente accede a la modalidad de teletrabajo, se está produciendo una modificación de la condición de empleo, pero las condiciones de trabajo o las condiciones laborales no pueden ser inferiores a las de la persona trabajadora que presta servicios de forma presencial, pues el artículo 4.1 de la Ley de trabajo a distancia consagra, a estos efectos, la igualdad de derechos, sin que puedan resultar perjudicadas las condiciones de trabajo. El propio legislador facilita en esta norma cuáles son estas condiciones laborales, a título orientativo, incluyendo retribución, estabilidad en el empleo, tiempo de trabajo, formación y promoción profesional. El tenor del artículo 41.1.2.º del Estatuto de los Trabajadores que regula la modificación sustancial de las condiciones de trabajo nos permite considerar condiciones laborales también, entre otras, -pues es una lista *numerus apertus* (lista abierta)-, a la jornada de trabajo, el horario y distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos, el sistema de remuneración y cuantía salarial, el sistema de trabajo y rendimiento y, las funciones» (FD 4.º.4).

- «El legislador español [...] ha optado por regular el trabajo a distancia mediante una ley que contempla las pautas generales, reservando a la voluntad de las partes el pacto sobre las peculiaridades concretas de la prestación de servicios, mediante la suscripción del denominado acuerdo de trabajo a distancia. Y, además, los convenios colectivos podrán recoger todos los aspectos que se precisen contemplar, a los efectos de abordar el régimen de las particularidades concretas del sector de actividad. De este modo, se puede afirmar que la ley contiene las pautas generales; los convenios colectivos, las particularidades del sector; y, el acuerdo de trabajo a distancia, las peculiaridades del trabajo concreto. En este sentido, como ya pusimos de manifiesto, entre otras, en la STS 267/2025, de 2 de abril (Rec 169/2022), es sumamente conveniente que la negociación colectiva contemple los concretos términos del teletrabajo, pues la generalidad de la norma dificulta su aplicación directa» (FD 4.º.5).

- «[...] el artículo 7 a) de la Ley de trabajo a distancia recoge como contenido mínimo obligatorio del acuerdo de trabajo a distancia, sin perjuicio de la regulación recogida en los convenios o acuerdos colectivos, el inventario de los medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo del trabajo a distancia concertado, incluidos los consumibles y los elementos muebles, así como de la vida útil o el periodo máximo para su renovación. Si hubiera sido la voluntad de las partes incluir la silla ergonómica como necesaria para el desarrollo del teletrabajo, se hubiese reflejado en el inventario del acuerdo de trabajo a distancia. Sin embargo, en el acuerdo de trabajo a distancia que firman las personas teletrabajadoras en la empresa demandada no se contiene ninguna referencia a la silla ergonómica, ni tampoco consta en el convenio colectivo de aplicación. Conviene recordar que el apartado 7 del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo de 2002, bajo la rúbrica «equipamientos», ya señalaba que todas las cuestiones relativas a los equipos de trabajo, a la responsabilidad y a los costos han de ser definidos claramente antes de comenzar el teletrabajo. Esta necesidad de concretar el régimen del trabajo a distancia antes de su inicio también fue destacada en el apartado segundo del fundamento jurídico quinto de nuestra STS 959/2024, de 26 de junio (Rec 9/2023), al examinar el artículo 6, en relación con los artículos 7 y 8 de la Ley de trabajo a distancia» (FD 4.º.5).

- «[...] el deber de la empresa de proporcionar la silla ergonómica a las personas teletrabajadoras tampoco viene contemplado en el convenio colectivo de aplicación. Pues bien, los términos literales de los párrafos séptimo y octavo del artículo 41 del convenio colectivo de aplicación son claros y no ofrecen dudas interpretativas, de

forma tal que se puede afirmar que, en materia de dotación de medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la actividad en la modalidad de teletrabajo, la empresa está obligada a proporcionarles a las personas teletrabajadoras sólo el ordenador de sobremesa o portátil. Como el teclado y el ratón, también se consideran necesarios, la norma convencional prevé dos posibilidades, pues podrá ser facilitado por la empresa, o si lo hubiese adquirido el trabajador, cabrá que el empresario le abone la oportuna compensación económica. Consiguientemente, el convenio colectivo no prevé el deber del empresario de facilitarle a todas las personas teletrabajadoras la silla ergonómica, como pretende el sindicato actor» (FD 4.º.5).

- «Al no reflejarse ni en el acuerdo de trabajo a distancia, ni en el convenio colectivo, la obligación de proporcionarle a todos los teletrabajadores la silla ergonómica, siendo preciso que la dotación de todos los medios, equipos y herramientas necesarios para desempeñar la actividad, se realice según el inventario contenido en el acuerdo de trabajo a distancia, o en los términos del acuerdo o convenio colectivo de aplicación, según se extrae, como se ha indicado, del artículo 11 de la Ley de trabajo a distancia, se ha de colegir que la empresa demandada ha dado debido cumplimiento a esta norma» (FD 4.º.5).

- «Y, se observa, en el precepto [...el artículo 12 de la Ley de trabajo a distancia], una importante diferencia con la regulación del Anteproyecto de Ley reguladora del Trabajo a Distancia, que se refería al derecho a la compensación total de todos los gastos, que podía consistir en abonarle al trabajador complementos específicos que, en todo caso, deberían garantizar la completa compensación de aquellos. El texto legal no contempla ni que el abono y la compensación deba ser total, ni la posibilidad de que, a través de la negociación colectiva, se establezcan complementos específicos» (FJ 4.º.6).

- «De acuerdo con el artículo 12.1 de la Ley de trabajo a distancia las personas trabajadoras sólo no podrán asumirlos gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de su actividad laboral, es decir, la norma no se refiere a todos los gastos ocasionados por el trabajo a distancia sino sólo a los indicados. Y, a tenor del artículo 12.2, los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer el mecanismo para la determinación de los gastos que habrá de sufragar la empresa y, para la compensación o abono, en su caso» (FD 4.º.6).

- «[...] en este caso, el artículo 41.4, 5 y 6 del XVIII Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría, tecnologías de la información y estudios de mercado y de la opinión pública regula este derecho en los siguientes términos: «En materia de abono y compensación de gastos, tal y como establece el artículo 12 de Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, las personas trabajadoras que se encuentren prestando servicios de trabajo a distancia de forma regular, entendiéndose por trabajo a distancia regular el definido en el artículo 1 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, percibirán en concepto de compensación de gastos la cantidad 17€ brutos mensuales. Esta cantidad, de resultar aplicable, se abonará a partir de la fecha de la firma del convenio colectivo, sin efectos retroactivos. Esta cantidad tiene naturaleza extrasalarial, no compensable ni absorbible por ningún otro concepto, y está referida a personas trabajadoras a jornada completa y que desarrollen el 100 por 100 de su jornada de trabajo en régimen de trabajo a distancia, por lo que en situaciones de trabajo a distancia a tiempo parcial y/o porcentajes inferiores de trabajo a distancia se abonará la cantidad proporcional que corresponda. Se entenderá que esta cantidad compensa a la persona trabajadora por todos los conceptos de gastos vinculados al desarrollo de trabajo a distancia (suministros, agua, utilización de espacios, etc.) y únicamente se abonará a las personas que presten servicios bajo esta modalidad con carácter regular de conformidad con las definiciones legales vigentes en cada momento (actualmente artículos 1 y 2 de Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia). Aquellas Empresas en las que, a fecha de publicación del Convenio Colectivo ya tuvieran regulada la compensación de los gastos por acuerdo individual o colectivo, respetarán los citados acuerdos, siempre que la citada cuantía fuese igual o superior al importe señalado con anterioridad. Esta cantidad fija un mínimo que deberá

pagarse obligatoriamente. Dicha cantidad podrá ser mejorada mediante acuerdo colectivo o por decisión unilateral de la empresa» (FD 4.º. 6).

- «Consta acreditado que, a partir del 1 de marzo de 2021, la empresa abona a toda su plantilla, 30 euros brutos al mes, en concepto de compensación de los gastos de cualquier tipo, incluidos suministros, equipamiento y medios, generados por la prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo. Supone una evidente mejora de lo contemplado en el convenio colectivo, tanto en la cuantía como en el alcance y ámbito subjetivo, pues se abona con independencia del periodo durante el que la persona teletrabajadora haya prestado servicios en esta modalidad, durante el mes. Por lo tanto, la empresa ha garantizado también este derecho económico» (FD 4.º. 6).

- «[...] a tenor del artículo 16.2 [sic] de la Ley de trabajo a distancia, los factores ergonómicos se han de tener en cuenta para la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva regulada en el artículo 16.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, lo que pone de manifiesto que el riesgo ergonómico no puede ser apreciado, sin una previa evaluación y, sólo si de la misma se extrae su existencia, deberán adoptarse las medidas preventivas necesarias para eliminar o reducir los mismos conforme a la planificación de la actividad preventiva» (FD 5.º.2).

- «Por lo tanto, el riesgo ergonómico considerado genéricamente, no evaluado teniéndose en cuenta el concreto puesto de trabajo, la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y los descansos y desconexiones durante la jornada, como preceptúa el artículo 16.2 [sic] de la Ley de trabajo a distancia, no genera el deber de la empresa de adoptar una concreta medida preventiva, -que tampoco, por ende, aparecerá en el plan de prevención de riesgos laborales-, como proporcionar la silla ergonómica a toda la plantilla de personas trabajadoras» (FD 5.º.2).

- «Acorde con lo anterior, en el requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, efectuado a la empresa el 24 de marzo de 2022, según consta en el hecho probado séptimo de la sentencia recurrida, se indicaba la obligación de llevar a cabo la evaluación de riesgos y la planificación preventiva del trabajador a distancia, teniendo en cuenta los riesgos característicos de esta modalidad de trabajo, poniendo especial atención en los factores psicológicos, ergonómicos y organizativos. Debe indicarse, a estos efectos, que la empresa demandada contaba con el plan de prevención de riesgos laborales, habiendo llevado a cabo la evaluación de los riesgos y, la planificación de la actividad preventiva. Y, consta acreditado, según el hecho probado quinto, que si algún teletrabajador solicitara material ergonómico diferente al que integra la dotación realizada por la empresa, como podría ser una silla ergonómica, la empresa se lo proporcionaría siempre que existiera prescripción médica y aprobación por el servicio médico de prevención de riesgos laborales» (FD 5.º.2).

IX. Comentario. ¿Y el principio legal de igualdad de trato de las personas que prestan teletrabajo regular y trabajo presencial y la prohibición legal de perjuicio en las condiciones de trabajo por su prestación a distancia?

La cuestión de fondo del recurso de casación es la infracción del art. 4.1.1.º de la Ley de trabajo a distancia, así como del art. 15 de la misma Ley, y la del art. 14.2 y 4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, y del art. 3 del Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo.

La interpretación y aplicación del principio de igualdad y de la cláusula de prohibición de perjuicio, ordenados por el art. 4.1.1.º de la Ley de trabajo a distancia, es la gran ausencia de la sentencia, pese a que figure en la rúbrica y ocupe el cuerpo argumental de su FD 4.º.4, 5 y 6.

La revisión fáctica, fracasada, trataba de establecer el juicio de igualdad, que la sentencia de la Audiencia Nacional consideró que UGT no había acreditado -que la prestación de trabajo a distancia implicaba para todos los trabajadores que prestan servicios en esta modalidad un riesgo de carácter ergonómico general que obligase a

la empresa a dotar de la silla ergonómica a todos sus teletrabajadores-. La sentencia del Tribunal Supremo comentada recoge la argumentación del tercer motivo de casación del sindicato recurrente, que reitera su pretensión en instancia, en la que su premisa o presupuesto normativo es el juicio de igualdad: la prevención de riesgos laborales es común a los teletrabajadores y a los trabajadores presenciales, de modo que si a aquellos se les proporciona la silla ergonómica en el centro de trabajo, también debe serle facilitada a estos. Si el convenio colectivo de aplicación nada dispone sobre la silla ergonómica, el principio legal de igualdad se impondría sobre el silencio de la negociación colectiva. La sentencia del Tribunal Supremo llega a la misma conclusión que la sentencia de instancia: no existe un riesgo ergonómico de carácter general de los teletrabajadores si no ha sido evaluado teniéndose en cuenta su concreto puesto de trabajo y demás factores que han de considerarse de acuerdo al art. 16.1 de la Ley de trabajo a distancia.

1. Sobre el principio legal de igualdad de trato de personas teletrabajadoras y presenciales, salvo los derechos inherentes a la presencialidad del trabajo, y la prohibición legal de perjuicio material resultante

Ni que decir tiene, por su obviedad, que, en el caso, no está en juego la discriminación de las personas teletrabajadoras por las causas constitucional y legalmente proscritas (art. 14 CE y arts. 4.3 y 4 de la Ley de trabajo a distancia y 2.1 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral y para la no discriminación). Ni tampoco, en un entendimiento estricto, su derecho legal a la igualdad de oportunidades en el acceso al trabajo en sus modalidades a distancia regular y presencial, o en modalidades híbridas y en su respectivo porcentaje. La empresa practica una política flexible de teletrabajo.

Sí lo está, y decisivamente, el principio legal de igualdad de trato de personas trabajadoras en una y otra modalidad, teletrabajo y trabajo presencial, salvo los derechos inherentes a la presencialidad del trabajo, y la prohibición de perjuicio material resultante.

No es seguro en la sentencia si el principio legal de equiparación de derechos tiene una dimensión distinta a la prohibición legal de perjuicio en las condiciones laborales por la prestación de trabajo en la modalidad de teletrabajo, atendiendo a la textualidad de la norma contenida en el art. 4.1.1.º de la Ley de trabajo a distancia, que articula dos garantías de naturaleza jurídica distinta, complementarias e interactuantes entre sí para hacer de igual condición el teletrabajo que el trabajo presencial: de un lado, un principio de igualdad de derechos entre trabajo presencial y a distancia; de otro, una cláusula autónoma de no regresión, cuyo ámbito no se limita al acceso al teletrabajo, sino que opera durante toda la relación laboral, impidiendo cualquier degradación de las condiciones laborales por razón de la modalidad de prestación a distancia.

La respuesta de la sentencia parece aceptar esta dualidad de técnicas protectoras –«las condiciones de trabajo o las condiciones laborales no pueden ser inferiores a las de la persona trabajadora que presta servicios de forma presencial, pues el artículo 4.1 de la Ley de trabajo a distancia consagra, a estos efectos, la igualdad de derechos, sin que puedan resultar perjudicadas las condiciones de trabajo» (FD 4.º.4)-, y afronta el enjuiciamiento del motivo 3.º del recurso de casación de UGT tratando de dilucidar qué sean las «condiciones de trabajo» protegidas por la garantía legal de indemnidad o prohibición de perjuicio material.

La SAN recurrida había sostenido, en una interpretación limitadora y desenfocada que el Tribunal Supremo supera a efectos de las garantías del derecho a la prevención de riesgos laborales, que dentro de «las condiciones equiparables entre trabajadores a distancia y trabajadores presenciales a que se refiere el art. 4.1 con carácter general no puede incluirse el tipo de asiento que se utiliza para prestar servicios» (FD 4.º). No se trata de cualquier tipo de asiento, sino de un asiento propio de un puesto de trabajo de PVD, definido por el art. 2.b) del Real Decreto 488/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con pantallas de visualización, como «el constituido por un equipo con pantalla de visualización

provisto, en su caso, de un teclado o dispositivo de adquisición de datos, de un programa para la interconexión persona/máquina, de accesorios ofimáticos y de un asiento y mesa o superficie de trabajo, así como el entorno laboral inmediato». El anexo del RD citado completa la descripción del asiento: «El asiento de trabajo deberá ser estable, proporcionando al usuario libertad de movimiento y procurándole una postura confortable. La altura del mismo deberá ser regulable. El respaldo deberá ser reclinable y su altura ajustable. Se pondrá un reposapiés a disposición de quienes lo deseen» [1.e)]. No me parece dudoso que las condiciones de seguridad y salud en el trabajo son condiciones laborales a efectos del art. 4.1.1.º de la Ley de trabajo a distancia.

Sin concretar más que la relación de esas condiciones de trabajo es orientativa en el art. 4.1.1.º de la Ley de trabajo a distancia y abierta en el art. 41.2 ET, la sentencia comentada declara que las personas teletrabajadoras no se han visto perjudicadas en las condiciones de trabajo derivadas de la garantía de prevención de riesgos laborales, en la que la había encuadrado la parte recurrente, por lo que no aprecia, «en principio», vulneración del art. 4.1.1.º de la Ley de trabajo a distancia (FD 4.º.4). En su FD 5.º.2 la sentencia explica esa falta de perjuicio, pues está acreditado que, si algún teletrabajador solicita la silla ergonómica, la empresa se la proporcionaría siempre que existiera prescripción médica y aprobación por el servicio médico de prevención de riesgos laborales; una especie de ajuste o acomodo «razonable» de la prevención de riesgos a solicitud de la persona teletrabajadora, en un caso particular de riesgo ergonómico no evaluado sobre los puestos de teletrabajo con carácter general ni preventivo, sino individual y bajo prescripción médica, que no impone una carga desproporcionada o indebida a la empresa. Y descarta la infracción por la empresa del derecho a la prevención de riesgos laborales de las personas teletrabajadoras (arts. 15 y 16 de la Ley de trabajo a distancia y normativa de prevención).

Para llegar a este resultado de no vulneración por la empresa de la garantía negativa de la prohibición de perjuicio, la sentencia debe superar antes el obstáculo que supone el principio de igualdad de derechos de prevención de riesgos laborales de trabajadores presenciales (facilitación empresarial de la silla ergonómica,) y en remoto (facilitación de la silla ergonómica en su lugar de trabajo, libremente elegido, bajo solicitud, prescripción médica y aprobación del servicio médico preventivo), atendiendo al motivo casacional de UGT.

2. El camino argumental de la sentencia: los derechos económicos específicos de los teletrabajadores a los medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la actividad y al abono y compensación de gastos vinculados a su trabajo; el eclipse del principio de igualdad de derechos de prevención de riesgos laborales de teletrabajadores y trabajadores presenciales

El principio legal de igualdad de derechos entre las personas teletrabajadoras y las que trabajan de forma presencial sobre prevención de riesgos laborales desaparece de la fundamentación jurídica de la sentencia para ser absorbido por el análisis, no de la inherencia de la silla ergonómica a la prevención de riesgos laborales ergonómicos-, sino de la especialidad de los derechos de contenido económico de las personas trabajadoras a distancia a la dotación suficiente y mantenimiento de medios, equipos y herramientas y al abono y a la compensación de los gastos, regulados en los arts. 11.1 y 12 de la Ley de trabajo a distancia, esto es, por la «inherencia» de estos derechos a esta modalidad de prestación del trabajo; derechos que, atendiendo a los acuerdos individuales de teletrabajo suscritos con la empresa demandada y al convenio colectivo sectorial de aplicación –el XVIII Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría, tecnologías de la información y estudios de mercado y de la opinión pública-, no cubren, en el caso, la facilitación por la empresa de la silla ergonómica como dotación de medios, equipos y herramientas para el teletrabajo –únicamente el ordenador de sobremesa con pantalla, o portátil, ratón y teclado, en los términos previstos en el convenio colectivo; ordenador portátil, junto a su cargador, auriculares, ratón, en el inventario del acuerdo individual de teletrabajo-, abonando la empresa a toda su plantilla, a partir de 1 de marzo de 2021, la cantidad de 30 euros brutos al

mes, en concepto de compensación de los gastos de cualquier tipo, incluidos suministros, equipamiento y medios, generados por la prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo, con cargo a la cual las personas teletrabajadoras pueden adquirir la silla ergonómica como instrumento o medio para su teletrabajo.

La sentencia acuerda que la empresa ha dado debido cumplimiento a los arts. 11.1 y 12 de la Ley de trabajo a distancia, razón de la que la sentencia deriva la conclusión de que «no se aprecia la infracción del artículo 4 de la Ley de trabajo a distancia» (FD 4.º. 6), esto es, del principio de igualdad de derechos de teletrabajadores y trabajadores presenciales sin mayor explicitud. Separadamente, la sentencia declara que el derecho a la prevención de riesgos laborales de las personas teletrabajadoras - los arts. 15 y 16 de la Ley de trabajo a distancia y la normativa de prevención de riesgos laborales - no se han vulnerado por la empresa, sin la menor alusión al principio de igualdad derechos con los trabajadores presenciales, aunque anteriormente ha establecido la vinculación de esta garantía de protección con la cláusula de prohibición del perjuicio también del art. 4.1.1.º e la Ley de trabajo a distancia. La sentencia niega la existencia de perjuicio en las condiciones de las personas teletrabajadoras vinculadas a su derecho a la prevención de riesgos laborales, porque niega, en los términos que han quedado expuestos, que exista riesgo ergonómico general previamente evaluado por la empresa, afectante a los puestos de trabajo de dichos trabajadores. La sentencia confirma la práctica empresarial y desplaza la exigencia de protección al teletrabajador individual, que debe reclamar y acreditar el riesgo ergonómico de su puesto de teletrabajo PVD, lo que produce desigualdad y perjuicio en su derecho a la prevención de los riesgos de su trabajo y a la protección eficaz por su empresario de su seguridad y salud en el trabajo

Puede estarse de acuerdo con la interpretación que hace el Tribunal Supremo de los arts. 11 y 12 de la Ley de trabajo a distancia, con dos observaciones en mi opinión, que no afectarán -con matices, la primera, y sin necesidad de ellos, la segunda- a la decisión de la sentencia de que la empresa ha dado debido cumplimiento a las normas de los preceptos citados.

«El derecho a la dotación y mantenimiento adecuado por parte de la empresa de todos los medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la actividad, *de conformidad* con el inventario incorporado en el acuerdo referido en el artículo 7 y con los términos establecidos, en su caso, en el convenio o acuerdo colectivo de aplicación», admite el entendimiento de la sentencia, que deja la delimitación del contenido de ese derecho a la autonomía individual y al convenio colectivo de aplicación, si el contenido de ese derecho se analiza huérfano de las exigencias de prevención de riesgos laborales, provenientes de normas *mínimas*, como son las contenidas en el Real Decreto 488/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con pantallas de visualización, que, como ha quedado dicho, define de las exigencias mínimas obligatorias de los puestos de trabajo PVD [art. 2.b)], que ha de cumplir el empresario y que no pueden excepcionarse por la autonomía colectiva ni por la autonomía individual. La regulación separada en la Ley de trabajo a distancia de este derecho respecto del derecho a la prevención de riesgo laborales (arts. 15 y 16) permite mantener dialécticamente esa separación, sin olvidar que la dotación mínima de los puestos de trabajo a efectos de prevención de riesgos laborales – el asiento es elemento integrante de la adecuación ergonómica del puesto- se incorpora al derecho de los trabajadores a distancia a recibir de su empresario los medios y equipos adecuados para realizar su trabajo. La silla no es un medio de teletrabajo en el mismo sentido que el ordenador, el teclado o el ratón, sino un medio de seguridad en los puestos de trabajo PVD.

Creo un exceso, que no se corresponde con las interrelaciones entre la ley y el convenio colectivo, asegurar, como hace la sentencia, que el art. 12 de la Ley de trabajo a distancia «no contempla [...] la posibilidad de que, a través de la negociación colectiva, se establezcan complementos específicos» (FD 4.º.6) de gastos generados por el desarrollo de la actividad en la modalidad de teletrabajo, que deban abonar o

compensar las empresas, en un contexto interpretativo del precepto legal que equipararía esa no contemplación a una inhabilitación implícita de la negociación colectiva para establecer esos complementos. Que el apdo. 2 del precepto legal prevea expresamente que los convenios o acuerdos colectivos puedan establecer el mecanismo para la determinación, y compensación o abono de estos gastos, no significa una autorización a hacerlo, ni que la libertad constitucional de negociación colectiva se reduzca a esa función en el ámbito del derecho de las personas trabajadoras a distancia al abono y compensación de gastos generados por su actividad, incluida la totalidad de esos gastos. Sabido es que no resulta posible «asimilar las relaciones entre ley y convenio a las que se instauran entre norma delegante y norma delegada». Los representantes de los trabajadores y empresarios tienen la facultad *ex Constitutione* de regular sus intereses recíprocos mediante la negociación colectiva (art. 37.1 CE), que no es una facultad derivada de la ley (STC 58/1985, FJ 3). Por lo demás, la propia Ley de trabajo a distancia llama expresamente a la negociación colectiva para regular, en su propio ámbito material, «cuantas otras cuestiones se considere necesario regular» (disp. adicional 1.ª.1).

Pero la cuestión de la sentencia no es esa, o no es centralmente esa, sino su falta de construcción jurídica del principio de igualdad de derechos de trabajadores a distancia y presenciales, y de la cláusula de garantía contra el perjuicio en sus condiciones de trabajo, que proclaman el art. 4.1.1.º de la Ley de trabajo a distancia, precepto que trae causa del Acuerdo marco europeo de teletrabajo (punto 4) y forma parte de las disposiciones generales y de cabecera de la ley, aunque funcione como norma de cierre del sistema normativo, y no solo legal, del trabajo a distancia. La sentencia no entra a delimitar la significación, ámbito de protección, excepciones, y naturaleza normativa imperativa o dispositiva para la negociación colectiva y la autonomía individual, del principio legal de igualdad de derechos, ni de la garantía legal frente al perjuicio de las condiciones del teletrabajo. Parece ratificar la doctrina de la Audiencia Nacional, expuesta en la sentencia recurrida, entre otras, que excepciona el principio de igualdad de derechos, no solo por el test de inherencia de determinados derechos a la presencialidad del trabajo -expresamente previsto por el art. 4.1.1.º-, sino también por la inherencia de otros derechos al trabajo a distancia, no prevista legalmente como excepción del principio legal de igualdad. No hay motivación expresa de esa aceptación de la interpretación de la Audiencia Nacional, aunque el curso discursivo de la sentencia del Tribunal Supremo la confirme.

3. *El principio de igualdad jurídica (o formal) y las diferencias razonables; y la cláusula de garantía prohibitiva del perjuicio*

El legislador ha establecido un principio de igualdad jurídica, que no admite excepciones no previstas, y exige su interpretación y aplicación como lo que es: una norma principal imperativa de igualdad jurídica. Es obvio que la igualdad *jurídica* no es igualdad absoluta, no es identidad, ni igualdad efectiva y material, es un mandato de razonabilidad y proporcionalidad de las diferencias ordenadas a un fin legítimo y de prohibición de desigualdades injustificadas y discriminaciones, que, naturalmente, se destina e impone a la negociación colectiva y a la autonomía individual, pese a la relevancia de una y otra en los preceptos de la Ley de trabajo a distancia que formulan remisiones explícitas a su concurso para completar y aplicar su regulación. La autonomía colectiva y la individual no pueden, en sus propias funciones y respectivos ámbitos de autonomía, desentenderse del principio de igualdad jurídica impuesto con carácter general por la ley sin más excepción que el test de inherencia a la presencialidad, como tampoco puede hacerlo el poder de dirección empresarial. Se trata de un principio legal de igualdad singular, pues la ley establece la igualdad entre trabajadores diferentes -que prestan trabajo según modalidades diferentes- para asegurar, pese a las diferencias, los mismos derechos o derechos razonablemente y proporcionadamente diferentes, que legítimamente se acomodan a esas diferencias fácticas y no se traduzcan en perjuicios en las condiciones de trabajo, y en derechos de peor condición.

De ahí la funcionalidad de la prohibición legal de perjuicio en las condiciones de trabajo de los trabajadores a distancia. Se trata de una cláusula de garantía de la igualdad jurídica, de indemnidad, de significación material, que prohíbe perjuicios reales, no solo contravenciones formales, y protege al trabajador a distancia contra el menoscabo de sus condiciones laborales para asegurar la igualdad de derechos y evitar la deshomologación del estándar de calidad del teletrabajo.

La aplicación del principio de igualdad de derechos de las personas que desarrollan trabajo a distancia como «si prestasen servicios en el centro de trabajo de la empresa» hubiese permitido alcanzar el resultado de la sentencia sobre la razonabilidad y proporcionalidad de las diferencias provenientes de los arts. 11.1 y 12 de la Ley de trabajo a distancia: en el caso del art. 11.1, «de conformidad» con los pactos individuales de teletrabajo y el convenio colectivo de aplicación, sin perjuicio de las disposiciones imperativas en materia preventiva; en el del art. 12, con un enjuiciamiento propio de la **razonabilidad y proporcionalidad de la compensación**, que se destina a toda la plantilla en la medida en que está asociada al teletrabajo, si cubre efectivamente los gastos, si puede considerarse equivalente a proporcionar equipamientos necesarios, excepción hecha de la silla ergonómica como instrumento preventivo de riesgos en el trabajo. La compensación se asume como **indicio de cumplimiento** empresarial, bien que sin evaluación desde la perspectiva del principio de igualdad que es la del FD 4.º.6 de la sentencia.

Pero el núcleo de la controversia no está aquí, en los derechos de contenido económico de las personas teletrabajadoras a la dotación suficiente y mantenimiento de medios, equipos y herramientas y al abono y a la compensación de los gastos, sino centralmente en el derecho a la prevención de riesgos laborales. La silla no se solicita como mobiliario, ni como medio de trabajo, sino como silla *ergonómica*, que, en la posición de la empresa, puede comprarse con cargo a la compensación de gastos del teletrabajo u obtenerse mediante su solicitud por los teletrabajadores con causa médica, para atender sus problemas salud.

4. El derecho a la prevención de riesgos laborales y la garantía de seguridad y salud en el trabajo; igualdad de derechos de las personas teletrabajadoras y sin perjuicio de su garantía de protección; y sobre los efectos de la ausencia en la evaluación de riesgos de los ergonómicos

Respecto de la silla ergonómica como instrumento de seguridad y salud en el trabajo, la Ley de trabajo a distancia y la Ley de prevención de riesgos laborales exigen garantizar la seguridad y salud de *todos* los trabajadores a distancia frente a los riesgos laborales ergonómicos (art. 16.1 de la Ley de trabajo a distancia). Si la empresa reconoce que el puesto de trabajo PVD presencial está provisto de una silla ergonómica, la Ley de trabajo a distancia (arts. 15 y 4.1.1.º) no permite que el puesto de trabajo PVD a distancia sea intrínsecamente menos seguro. No hay diferencia normativa, sino igualdad jurídica, en el derecho de los trabajadores a distancia a la prevención de riesgos laborales para la protección de su seguridad y salud en el trabajo (art. 15 Ley de trabajo a distancia).

En su requerimiento a la empresa, de 24 de marzo de 2022, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social dejó dicho lo que es sabido: que la prevención de riesgos laborales no puede suponer un coste para los trabajadores con independencia de la modalidad en que efectúen su prestación de trabajo, y que una cosa son «las compensaciones económicas que la empresa haga efectiva a los trabajadores, por gastos corrientes del trabajo y que se incluye en el acuerdo firmado por las partes, y otra la adopción de medidas ergonómicas en el puesto de trabajo, que corre a cargo de la empresa "-descriptores 48 y 49-" (HP 7.º). En el procedimiento de negociación colectiva en la empresa, previo a la demanda de conflicto colectivo de UGT (mayo-junio de 2023), la empresa confirma su procedimiento de entrega de material ergonómico de febrero de 2021 (HP 5.º), y que facilita la silla ergonómica solo a aquellas personas teletrabajadoras que acrediten "problemas de salud"» (HP 9.º, siempre, naturalmente, de la sentencia de instancia).

Desde una perspectiva de igualdad jurídica en la prevención de los riesgos del trabajo, la limitación de la obligación de la empresa de facilitación de la silla ergonómica a sus teletrabajadores que acrediten «problemas de salud», previa comprobación médica y aprobación del servicio médico de prevención, limita, sin justificación objetiva ni proporcionalidad, el derecho de los trabajadores a distancia a un puesto de trabajo tan seguro como el presencial y, en consecuencia, su derecho legal o «garantía» a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, que supone la correlativa obligación del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales (art. 14 Ley de prevención de riesgos laborales).

La sentencia sostiene que, en el caso de los teletrabajadores, no hay un riesgo ergonómico general detectado por la evaluación de riesgos y proyectado sobre cada puesto de teletrabajo. Aquí estaría la disimilitud con los trabajadores presenciales que permitiría la razonabilidad y proporcionalidad del diferente tratamiento de protección de su seguridad y salud en el trabajo: sin una previa evaluación de riesgos, no surge el deber de la empresa de adoptar una concreta medida preventiva, -que tampoco, por ende, aparecerá en el plan de prevención de riesgos laborales-, como proporcionar la silla ergonómica a toda la plantilla de personas trabajadoras» (FD 5.º.2).

Pero existiendo esa protección ergonómica para los mismos puestos PVD en el trabajo presencial, la empresa incumple, además del art. 2.b) del Real Decreto 488/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con pantallas de visualización, su obligación de evaluación preventiva y su deber de protección de la seguridad y salud de sus teletrabajadores que realizan el mismo trabajo que los trabajadores presenciales y tienen derecho a igual protección de su seguridad y salud y a no sufrir perjuicio en su seguridad y salud laboral por la realización de su trabajo a distancia, sin esperar a una protección excepcional e individual frente a riesgos ya manifestados (dolencias, patologías).

La STS 50/2022, de 19 de enero^[7], afirmó que *«excede de los límites de una condena a efectuar un plan de prevención de riesgos laborales [...] el establecer un contenido concreto del mismo sin haber efectuado con anterioridad la oportuna evaluación de riesgos*. Y, en modo alguno, cabe imponer como contenido del mismo cuestiones [...] que implican predeterminar la organización del trabajo y la fijación de plantillas [...]» (FD 5.º.3). La STS 315/2025, de 8 de abril^[8], confirmó que *el cumplimiento de la normativa preventiva exige la de la evaluación de riesgos en los términos del art. 16.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, pudiendo la ausencia en esa evaluación de los riesgos [psicosociales en el caso] afectar a los derechos que protege el art. 15 CE (FD 6.º.4 y 7), y reiteró la doctrina de la STS 50/2022 respecto de la determinación de la carga de trabajo (FD 7.º.3 y 4).

Si no fuere así, se confiere mayor validez formal al plan de prevención defectuoso de la empresa que al deber de seguridad sustantivo que emana de la Ley de prevención de riesgos laborales, a la que remite la Ley de trabajo a distancia, al aceptar que la omisión de la evaluación general del riesgo ergonómico, intrínsecamente inherente a los puestos de trabajo con PVD, exonere a la empresa de su deber preventivo. Con la confirmación de la práctica empresarial se establece un estándar desigual de prevención reactiva que es ajeno e inferior a los mínimos legales exigibles y carece de justificación razonable y proporcionada, vulnerando el principio de igualdad de derechos y no perjuicio de las condiciones de trabajo de los teletrabajadores del art. 4.1.1.º de la Ley de trabajo a distancia. El art. 14 de la Ley de prevención de riesgos laborales establece el deber ineludible del empresario de garantizar la seguridad y salud de sus trabajadores, a distancia y presenciales.

X. Apunte final

La sentencia manifiesta la suma conveniencia de que la negociación colectiva se ocupe de concretar y particularizar la regulación legal del teletrabajo, «pues la generalidad de la norma dificulta su aplicación directa». En efecto, no hay que olvidar que la Ley de teletrabajo procede de un acuerdo de concertación social, ni la vocación

imperativa y garantista de la ley, que busca por sí misma asegurar condiciones de trabajo adecuadas en su realización a distancia en el domicilio o en los lugares libremente elegidos por los trabajadores, jurídicamente iguales a las de los trabajadores presenciales. En coherencia con ese objetivo estimulador de la negociación colectiva, parecería también de suma conveniencia que los procedimientos autónomos de solución de conflictos tengan capacidad efectiva de resolver la conflictividad colectiva, si bien en este caso está afectada la normativa preventiva, por lo general imperativa (o de derecho necesario mínimo). La lectura del HP 9.º de la sentencia de instancia, recogido en el AH 4.º de la de casación, es expresiva, además de la naturaleza jurídica preventiva, ergonómica, de la controversia, de un doble fracaso: del procedimiento interno de negociación en la empresa y del procedimiento de mediación en el SIMA, ya que, constatada la imposibilidad de alcanzar un acuerdo en aquel, se suscribió acta de desacuerdo en el SIMA.

Referencias:

1. ^ *Conflicto colectivo* 168/2023
2. ^ *Rec. casación* n.º 260/2021, *ECLI:ES:TS:2023:3765*
3. ^ *Rec. casación* n.º 143 2004, *ECLI:ES:TS:2005:2126*.
4. ^ *Rec. casación* n.º 169/2022, *FD 3.º.2 y 3, ECLI:ES:TS:2025:1514*.
5. ^ *Rec. casación* n.º 9/2023, *FD 5.º.2, ECLI:ES:TS:2024:3715*.
6. ^ *STS* 267/2025, de 2 de abril, *cit.*, *FD 3.º*.
7. ^ *Rec. de casación* n.º 205/2021, *ECLI:ES:TS:2022:363*.
8. ^ *Rec. de casación* n.º 59/2023, *ECLI:ES:TS:2025:1720*.

- § 86** La franja de una hora dedicada a la comida no es tiempo de trabajo si queda garantizada la posibilidad de desconexión total de la persona trabajadora.

Susana Rodríguez Escanciano

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

Resumen: Si se garantiza la desconexión total de las personas trabajadoras durante la hora de interrupción de su trabajo para comer, dicho periodo no puede ser considerado como tiempo «a disposición» sino que será tiempo de descanso. A sensu contrario, cuando la empresa no pueda garantizar la desconexión total, dicho espacio debe computarse como tiempo «a disposición».

Palabras clave: Tiempo de trabajo. Tiempo de no trabajo. Disponibilidad. Desconexión.

Abstract: If workers are guaranteed complete disconnection during their lunch break, this period cannot be considered as time on call. It will be time for no work. Conversely, when the company cannot guarantee complete disconnection, this time must be counted as time on call.

Keywords: Working time. Non-working time. Availability. Disconnection.

DOI: https://doi.org/10.55104/RJL_00686

I. Introducción

Como es de sobra conocido, el tiempo de trabajo ha sido una de las bases del conflicto laboral desde los orígenes del industrialismo, constituyendo un ámbito donde se ha venido produciendo una tensión permanente de intereses divergentes entre las personas asalariadas y empresarias. Los primeros movimientos de los trabajadores se centraron en liberarse de jornadas extraordinariamente largas, con la pretensión de acortar la duración de la dedicación diaria y de aplicar sus efectos reflejos sobre la extensión de pausas y descansos, adoptando como premisa un fundamento de carácter fisiológico impuesto por las propias connotaciones corporales del trabajador como sujeto humano expuesto a la extenuación. Pero el tiempo de trabajo no sólo ha mostrado una línea evolutiva en cuanto a la reducción de su duración sin merma de la retribución sino que también la distribución interna del tiempo fijado, esto es, la determinación precisa del momento en que la prestación de trabajo debe producirse, ha sido ocasión de enfrentamiento entre intereses contrapuestos y espacio de juego de diversas técnicas de regulación tendentes a arbitrar entre la pretensión empresarial a un uso elástico, libre de trabas, y el deseo del trabajador a no someter, de forma absoluta, la aplicación de su obligación laboral, a las exigencias empresariales.

Esta tirantez adquiere preclara manifestación a la hora de fijar las unidades de la prestación del trabajador y los límites de ésta. Y ello porque el modelo de regulación

de la jornada contraponen los tiempos de trabajo a los de descanso sin categorías intermedias. Así, la Directiva 2003/88 incluye en la noción «tiempo de trabajo» los períodos en que se «permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones» (art. 2.1), de manera que el «tiempo de descanso» se define por oposición como «todo período que no sea tiempo de trabajo» (art. 2.2). Bajo este mismo esquema, el art. 34.1 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), establece que sólo se contabiliza a efectos de duración máxima de la jornada ordinaria el tiempo de «trabajo efectivo». Asimismo, el 34.5 ET señala que la jornada comienza a computarse «de modo que tanto al comienzo como la final el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo», esto es, «desde el momento en el que el trabajador está en disposición de trabajar».

Surgen, por tanto, dificultades a la hora de determinar el tratamiento que debe proporcionarse a aquellas situaciones en las que no existe prestación de servicios pero se mantiene algún tipo de disponibilidad para desarrollarla. Buena muestra de tal problema puede encontrarse en la sentencia objeto de comentario, donde se dilucida si el tiempo de comida de las personas trabajadoras debe ser computado como de presencia o como tiempo de descanso en los supuestos en los que se permite la desconexión del radioteléfono y no tienen que estar pendientes del servicio.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 808/2025, de 23 de septiembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de casación núm. 105/2023.

ECLI: ECLI:ES:TS:2025:4159

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Félix Vicente Azón Vilas.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La presente sentencia resuelve los recursos de casación interpuestos, frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 10 de marzo de 2022, por los siguientes actores:

- la empresa Ambulancias Domingo SAU, siendo impugnado por la representación de Sindicato Independent de Treballadors i Ambulàncies de Catalunya (SITAC) y por la Sección Sindical CGT.

- el Sindicato Independent de Treballadors i Ambulàncies de Catalunya (SITAC), siendo impugnado por la representación de Ambulancias Domingo SAU.

- la Sección Sindical CGT, siendo impugnado por la representación de Ambulancias Domingo SAU.

En el pronunciamiento recurrido se reconocen los siguientes hechos probados: 1) El Servei Català de Salut (CATSALUT) concertó un Convenio de fecha 1 de junio de 2011 con la empresa pública Servei D'emergències mèdiques S.A. (en adelante SEMSA), donde se encargaba a ésta última la gestión de los servicios asistenciales para la atención integral de las urgencias y emergencias sanitarias así como para la asistencia y el traslado de personas enfermas, es decir, el transporte sanitario tanto urgente como no urgente en Catalunya. 2) En dicho Convenio, se prevé que para llevar a cabo dichos servicios sanitarios, previa comunicación por escrito al

CATSALUT y dentro de la normativa de contratación del sector público, SEMSA pueda subcontratar la realización de las prestaciones sanitarias con otras entidades, siempre que dispongan de la acreditación de CATSALUT respecto al cumplimiento de los estándares de calidad correspondiente al tipo de servicio subcontratado. 3) SEMSA subcontrata el servicio del transporte sanitario tanto urgente como no urgente con distintas empresas privadas, a través de una licitación donde se les adjudicaba un lote determinado. 4) Ambulancias Domingo S.A.U. es empresa adjudicataria del servicio de transporte urgente (unidades de soporte vital básico –SVB–), lote L), de las localidades de Barcelona y Montcada i Reixac. 5) En Barcelona se encuentran dos centros de trabajo, el de la calle Trafalgar y el de Passeig de Santa Joan de Déu de Esplugas de Llobregat. Aunque el personal de movimiento suele estar adscrito de forma estructural a las bases de un determinado centro, de forma fungible, en algunas ocasiones y por necesidades productivas, la empresa los adscribe a las otras bases del lote L. 6) La norma colectiva aplicable define el tiempo de trabajo efectivo como aquel en que el trabajador/a se encuentra en disposición del empresario y en el ejercicio de su actividad, realizando las funciones propias de la conducción del vehículo o medio de transporte u otros trabajos durante el tiempo de circulación de los mismos, o trabajos auxiliares que se efectúen en relación con el vehículo o medio de transporte, sus pasajeros o su carga. Y como tiempo de presencia aquel en que el trabajador/a se encuentra a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, comidas en ruta u otros similares. La jornada tradicional es de 12 horas diarias durante 225 o 224 días al año, de las cuales 8 horas corresponden a tiempo de trabajo efectivo y una a descanso para comida. Durante esta hora para comida los trabajadores no desconectaban las comunicaciones de la unidad y podían ser llamados a un servicio, en caso de urgencia. 7) SEMSA siempre exigió que en el tiempo de descanso para comer/cenar se tuvieran las comunicaciones abiertas con los trabajadores, "entendiendo que tales tiempos, por estar abiertas las comunicaciones y poder ser llamados para la atención de servicio urgente, debían ser considerados y remunerados como horas de presencia». 8) Entre noviembre de 2013 y enero de 2014, un total de 98 trabajadores interpusieron demandas solicitando que se declare la hora de descanso como hora de presencia. 9) El Juzgado de lo Social n.º 10 estimó sus pretensiones, declarando el tiempo destinado a comida, durante el cual los trabajadores deben estar a disposición de la empresa, como tiempo de presencia y reconociendo crédito individualizado por las efectivas horas de presencia reclamadas, no prescritas, y no remuneradas. 10) La empresa, en Acuerdo de 01/04/2017, extendió el reconocimiento del derecho declarado a todos los trabajadores adscritos al transporte sanitario de urgencias, aunque no hubiesen formulado acción individual. 11) SEMSA, siguiendo las instrucciones del ente adjudicador del contrato, en comunicación de fecha 29/12/2017, recoge en un protocolo confeccionado ad hoc que las unidades SVB debían estar en contacto con la Central de Coordinación, dependiente del SEM (en adelante CECOS), que debía autorizar en todo caso la desconexión de las comunicaciones. Así, los trabajadores durante la hora de descanso, disponen de este tiempo para comer o cenar fuera de su domicilio o del centro de trabajo, entre servicio y servicio a discreción de la empresa contratista SEM quien indica el momento de parar. Las comidas y las cenas se realizan donde los trabajadores pueden, ya sea en bancos vehículo, en establecimiento de restauración o en los centros habilitados por la empresa si estos están cerca de donde se encuentren, pues el tiempo que transcurre desde que son avisados para comer y llegar a una base operativa también se encuentra dentro de los 60 minutos de descanso. Mantienen durante ese tiempo la custodia de la ambulancia y portan el uniforme de trabajo. La desconexión nunca puede ser total porque el «terminal de datos», conectado de forma fija a la unidad no puede desconectarse para garantizar su correcto funcionamiento una vez, después del descanso, se retoma la actividad. 12) En alguna ocasión y por esta vía se ha participado la necesidad de atención de servicio urgente durante el tiempo de comida. 13) La empresa y el comité de empresa, en el marco de autocomposición para poner fin a periodo de consultas por modificación sustancial colectiva de condiciones de trabajo, en fecha 09/11/2015, llegaron un acuerdo en el que, entre otros extremos, se pactó que en el año 2017 se aplicaría otra reducción adicional de otro día de trabajo

por cada 3 semanas y que la negociación se realizaría en el tercer trimestre de 2016 coincidiendo con la negociación del calendario. 14) Llegada la negociación del calendario laboral de 2017, la empresa se negó a la fijación del día de descanso, alegando que las sentencias que han recaído en el año 2016 sobre el tiempo de trabajo del servicio de urgencias se encontraban en fase de recurso. 15) El día 23/01/2017 el comité de empresa interpuso papeleta de conciliación ante del Tribunal Laboral de Catalunya y el 24/01/2017 ante la Autoridad Laboral, finalizando ambos procedimientos sin acuerdo, respectivamente el 30/01/2017 y el 03/02/2017. Seguidamente, el día 08/02/2017 interpuso demanda judicial, turnada al Juzgado de lo Social n.º 28 de Barcelona, que dictó sentencia el 27/11/2017, reconociendo el derecho de los trabajadores «a gozar de un día de descanso adicional por cada tres semanas, que sin perjuicio de eventuales circunstancias organizativas que justifiquen la negativa empresarial, será fijado individualmente por cada trabajador». 16) Esta sentencia ha sido confirmada por otra del Tribunal Superior de Justicia, de fecha 20/09/2018. 17) Reunido el comité con los trabajadores afectos establecieron un sistema de implantación del día de descanso, que fue trasladado a la empresa el 11/01/2018, quien mostró su negativa a aceptarlo. 18) En fecha 29/12/2017 la dirección de la empresa comunicó al presidente del comité de empresa la decisión de iniciar el periodo de consultas ex art. 41.4 ET por modificación sustancial colectiva de condiciones de trabajo que afectaría a la totalidad de la plantilla del personal de movimiento adscrito al servicio urgente, invocando causas de naturaleza organizativa y productiva, convocando para la primera reunión el 03/01/2018. En idénticos términos, en fecha 02/01/2018, remitió la comunicación a las secciones sindicales con representación en el comité de empresa. Estas acordaron que la comisión negociadora fuese asumida por el comité de empresa. 17) Terminado el periodo de consultas, la empresa manifestó que implementaría la propuesta de nuevos turnos, comunicando a los trabajadores del servicio de transporte de urgencia del centro de trabajo de Barcelona la imposición de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, en concreto: a) la fijación del día de descanso adicional. b) La consideración del tiempo de descanso de la hora diaria para comer. Y c) La novación del cuadro horario de los trabajadores adscritos a las rotativas de turnos números 17 y 27. 18) Tal modificación no fue aplicada a los trabajadores adscritos a los centros de trabajo Carrer Jaume I s/n de Moneada i Reixac y Passeig de Sant Joan de Déu d'Espluges de Llobregat.

A la vista de tales hechos probados, el Tribunal Superior de Justicia dicta Sentencia estimando la demanda del Sindicat Independent de Treballadors i Ambulances de Catalunya, SITAC, a la que se ha adherido la Sección Sindical de la CGT. Esta Sentencia declara «radicalmente nula la modificación sustancial de las condiciones de trabajo comunicada por la empresa», reconoce la «vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en la vertiente de indemnidad y de ejecución de las sentencias en sus propios términos», acuerda «dejar sin efecto la modificación impugnada y reponer a los trabajadores las condiciones vigentes al momento en que la modificación tuvo efectos, a seguir considerando los 60 minutos establecidos en cada jornada para comida como horas a disposición remunerables en el quantum convencional establecido y a disfrutar de un día de descanso adicional por cada tres semanas que, sin perjuicio de eventuales circunstancias organizativas que justifiquen la negativa empresarial, será fijado individualmente por cada trabajador», y fija una indemnización por daños y perjuicios derivados de la vulneración de dicho derecho fundamental para las personas trabajadoras.

IV. Posición de las partes

Las partes sindicales solicitan la nulidad de la decisión empresarial modificativa porque la empleadora no completó la exigencia constitutiva del periodo de consultas negociando de buena fe al no aportar la totalidad de la documentación reseñada en el art. 41.4 del ET. Ahora bien, su recurso no pretende alteración alguna de la parte dispositiva de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia recurrida, manteniendo todos y cada uno de sus pronunciamientos declarativos y de condena. El recurso se interpone, por tanto, a los meros efectos de prevenir los eventuales efectos del recurso

formulado por la parte contraria, con la finalidad de mantener la judicial declaración de nulidad de la medida impugnada y sus consecuentes condenas a: 1) reponer a las personas trabajadoras afectadas por el presente procedimiento a las condiciones que les corresponden y 2) abonar las indemnizaciones por los daños y perjuicios irrogados.

Por otro lado, la empresa mantiene la legalidad de la decisión de modificación sustancial referida a la consideración de la hora diaria como tiempo de descanso, a la fijación por la patronal del día de descanso adicional y a la novación del cuadro horario de los trabajadores adscritos a determinadas rotativas. La empresa considera que siempre y cuando las conexiones puedan ser desactivadas y el trabajador disponga libremente de su tiempo durante la hora de descanso para comer, dicho tiempo no se ha de beneficiar de retribución, mientras que cuando no puedan desconectarse las comunicaciones y el trabajador deba permanecer localizado y a disposición de la empresa, dicho tiempo conforme al art. 20 del convenio colectivo, será considerado de presencia y en consecuencia retribuido.

V. Normativa aplicable al caso

Varios preceptos son considerados en la resolución del presente supuesto:

1.-Art. 34.4 ET, en virtud del cual «siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de seis horas, deberá establecerse un periodo de descanso durante la misma de duración no inferior a quince minutos. Este periodo de descanso se considerará tiempo de trabajo efectivo cuando así esté establecido o se establezca por convenio colectivo o contrato de trabajo».

2.-Art. 41 ET, conforme al cual «1. La dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se considerarán tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa. Tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias: b) Horario y distribución del tiempo de trabajo. 2. Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo podrán afectar a las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por estos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos. 4. Sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva, la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo deberá ir precedida de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores, de duración no superior a quince días, que versará sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados. La consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien, de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento. La comisión negociadora estará integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes. La intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a las secciones sindicales cuando estas así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros de trabajo afectados, en cuyo caso representarán a todos los trabajadores de los centros afectados. (...) Durante el periodo de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados. 5. La decisión sobre la modificación colectiva de las condiciones de trabajo será notificada por el empresario a los trabajadores una vez finalizado el periodo de consultas sin acuerdo y surtirá efectos en el plazo de los siete días siguientes a su notificación. Contra las decisiones a que se refiere el presente apartado se podrá reclamar en conflicto colectivo, sin perjuicio de la acción individual prevista en el

apartado 3. La interposición del conflicto paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas hasta su resolución».

- Art. 20 del convenio colectivo aplicable, que establece las siguientes definiciones: «Jornada laboral ordinaria. La jornada ordinaria de trabajo para el personal que no sea de movimiento será de cuarenta horas de trabajo a la semana o la legal que en cada momento exista. La jornada de trabajo para el personal de movimiento será de cuarenta horas semanales y de 1.800 horas/año de trabajo efectivo, que se computará como ciento sesenta horas cuadrisesemanales de trabajo efectivo y hasta ochenta horas de presencia en el mismo periodo. Tiempo de trabajo efectivo: Es aquel en que el trabajador/a se encuentra a disposición del empresario y en el ejercicio de su actividad, realizando las funciones propias de la conducción del vehículo o medio de transporte u otros trabajos durante el tiempo de circulación los mismos, o trabajos auxiliares que se efectúen en relación con el vehículo o medio de transporte, sus pasajeros o su carga. Tiempo de presencia: Es aquel en que el trabajador/a se encuentra a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, comidas en ruta u otras similares».

- Art. 90 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), que prevé: «1. 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 jurisdiccional los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos. 3. Podrán asimismo solicitar, al menos con diez días de antelación a la fecha del juicio, diligencias de preparación de la prueba a practicar en juicio salvo cuando el señalamiento se deba efectuar con antelación menor, en cuyo caso el plazo será de tres días, y sin perjuicio de lo que el juez, la jueza o el tribunal decida sobre su admisión o inadmisión en el acto del juicio».

- Art. 138 LRJS, que alude a la tramitación (para modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo), señala en el apartado 6 que «La sentencia declarará justificada o injustificada la decisión empresarial, según hayan quedado acreditadas o no, respecto de los trabajadores afectados, las razones invocadas por la empresa. La sentencia que declare justificada la decisión empresarial reconocerá el derecho del trabajador a extinguir el contrato de trabajo en los supuestos previstos en el apartado 1 del art. 40 y en el apartado 3 del art. 41 ET, concediéndole al efecto el plazo de quince días. La sentencia que declare injustificada la medida reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo, así como al abono de los daños y perjuicios que la decisión empresarial hubiera podido ocasionar durante el tiempo en que ha producido efectos. Se declarará nula la decisión adoptada en fraude de Ley, eludiendo las normas relativas al periodo de consultas establecido en los arts. 40.2, 41.4 y 47 ET, así como cuando tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la Ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, incluidos, en su caso, los demás supuestos que comportan la declaración de nulidad del despido en el apartado 2 del art. 108».

- Art. 183 LRJS, referido a las indemnizaciones (en tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas), que señala: «1. Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados. 2. El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la

integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño. 3. Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales. 4. Cuando se haya ejercitado la acción de daños y perjuicios derivada de delito o falta en un procedimiento penal no podrá reiterarse la petición indemnizatoria ante el orden jurisdiccional social, mientras no se desista del ejercicio de aquélla o quede sin resolverse por sobreseimiento o absolución en resolución penal firme, quedando mientras tanto interrumpido el plazo de prescripción de la acción en vía social».

VI. Doctrina básica

La presente sentencia deja claro que la empresa puede introducir una modificación sustancial en el sentido siguiente: si se garantiza la desconexión total de las personas trabajadoras durante la hora de interrupción de su trabajo para comer, dicho periodo de ninguna manera puede ser considerado como tiempo a disposición, en los términos previstos por el art. 20 de la norma convencional, sino que será tiempo de descanso. A sensu contrario, cuando la empresa no pueda garantizar la desconexión total, dicho periodo debe computarse como tiempo a disposición.

VII. Parte dispositiva

El Tribunal Supremo ha resuelto: 1.- Estimar el recurso de casación interpuesto por la empresa Ambulancias Domingo SAU. 2.- Desestimar los recursos de casación interpuestos por el Sindicat independent de treballadors i ambulancies de catalunya-sitac, y por la Sección Sindical-CGT. 3. Casar y anular la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña 14/2022, de marzo de 2022, Conflicto Colectivo 954/2020, y desestimar la demanda de conflicto colectivo origen del proceso. 4. Declarar que es justificada la modificación sustancial de las condiciones de trabajo comunicada por la empresa el día 17 de enero de 2018, con efectos de 5 de febrero. 5. No imponer costas con devolución de los depósitos efectuados para recurrir.

VIII. Pasajes decisivos

El razonamiento del Tribunal Supremo se desarrolla según la siguiente secuencia:

1.º- El recurso empresarial pone de manifiesto error en la apreciación de la prueba por parte de la sentencia recurrida y solicita la modificación de los siguientes hechos probados:

A) En primer lugar, propone cambiar la redacción del párrafo cuarto del hecho probado 4.º, apartado cuarto, proponiendo la siguiente redacción alternativa: «Así se recoge en protocolo confeccionado ad hoc para los trabajadores que prestan servicios en la ciudad de Barcelona, que figura al folio 36 de las actuaciones en el que se recoge que las unidades SVB debían estar en contacto con la Central de Coordinación, dependiente del SEM (CECOS), que debía autorizar en todo caso la desconexión de las comunicaciones».

A este respecto el Tribunal Supremo entiende que la transcripción propuesta nada aporta para el debate del proceso lo cual la hace intrascendente.

B) En segundo término, propone añadir un último párrafo al hecho probado 8.º, cuya redacción sería: «Los trabajadores afectados por la modificación recibieron dos documentos. El primero (folio 836 reverso de autos) da la siguiente instrucción: Como ya se ha dicho y haciendo referencia al Procedimiento General de uso de las telecomunicaciones en unidades de soporte vital básico en Barcelona Ciudad (Lote L), en el momento que CECOS le indique que inicia los 60 minutos de descanso, no estará usted a disposición de CECOS hasta la finalización de dicho tiempo, transcurrido el cual, deberá comunicar al CECOS la disponibilidad. Durante este tiempo, y conforme a lo establecido en el procedimiento, deberán apagar las comunicaciones para asegurar el cumplimiento del tiempo de descanso. Se adjunta a

esta comunicación dicho procedimiento. El Procedimiento general referido como adjunto figura en el folio 838 reverso de autos y refuerza la instrucción recibida diciendo: El hecho de que no se apague no comporta que ningún miembro de la dotación permanezca en la unidad, no implica en ningún caso que estén operativos hasta la finalización el tiempo de descanso asignado. Como se ha explicado en el punto de los objetivos de este procedimiento, las unidades quedan autorizadas a apagar todos los sistemas de telecomunicaciones durante el tiempo de descanso de 60 minutos que deben tener fijado durante la jornada laboral. Una vez finalizado el citado tiempo de descanso deben volver a conectar las comunicaciones para volver a estar en disposición de atender a los servicios. Al referido tiempo de descanso y exclusivamente por la duración del mismo dispondrán libremente de su tiempo. No estarán a disposición de CECOS exclusivamente durante este tiempo de descanso, pero inmediatamente que acabe ese tiempo de descanso efectivo, deben estar inmediatamente operativas con las comunicaciones restablecidas. .../. CECOS será el encargado de dar la instrucción de inicio de los 60 minutos de descanso por cualquiera de los equipos de telecomunicaciones habilitados. A partir de ese momento la unidad no estará a disposición de CECOS hasta que reanude la actividad una vez finalizado el tiempo establecido. De acuerdo con el punto anterior. .../. Una vez agotado el mencionado tiempo de descanso efectivo, la unidad volverá a conectar todos los sistemas de comunicaciones informando a CECOS de su disponibilidad».

La parte empresarial sustenta esta propuesta en prueba documental y la justifica en que la «adición es transcendente, porque frente al halo de duda que se pretende sembrar sobre la claridad con la que se ordena descansar, lo cierto es que el Procedimiento refuerza la Instrucción de apagar las comunicaciones recibidas (y más adelante) ... el hecho de que no se apague no comporta que ningún miembro de la dotación permanezca en la unidad, no implica en ningún caso que estén operativos hasta la finalización el tiempo de descanso asignado», lo que representa que existiría error en la redacción actual.

El Tribunal Supremo admite tal corrección porque permite concretar las instrucciones empresariales a quienes disfrutan de la pausa para comer y expresa y concreta una instrucción clara y terminante consistente en que, aun cuando no pueda ser apagado en la terminal informática dentro de la ambulancia, se comunica a cada persona implicada que «no estará usted a disposición de CECOS hasta la finalización de dicho tiempo» y también que «las unidades quedan autorizadas a apagar todos los sistemas de telecomunicaciones durante el tiempo de descanso de 60 minutos que deben tener fijado durante la jornada laboral» y durante dicho lapso temporal «dispondrán libremente de su tiempo». La propuesta de la empresa pone de manifiesto, a juicio del Tribunal Supremo, un elemento trascendente que no ha sido tenido en cuenta por la sentencia recurrida, en tanto que la misma se ha centrado fundamentalmente en la vulneración de los derechos fundamentales, y ello implica un error en la medida en que su ausencia de la declaración fáctica desvirtúa la totalidad de los hechos acaecidos.

C) La empresa pretende también la adición de un nuevo hecho declarado probado 9.º cuya redacción sería: «Entre diciembre de 2017 y enero de 2018, diversos trabajadores reclamaron que se diera un descanso expreso, o reclamaban que este había durado menos de una hora (folios 750 a 794 de autos) que finalmente terminó con un comunicado de riesgo (folio 795 de autos) en el que los delegados de prevención reclamaban el descanso expreso por razones de seguridad». La empresa considera que tal redactado vendría a demostrar mala fe en la parte sindical que pretendía que el tiempo de comida se considerase de presencia retribuida, a pesar de que querían descansar en esa franja horaria.

Esta propuesta es rechazada por el Alto Tribunal en cuanto nada aporta para la resolución del debate y desde luego no pone de manifiesto ningún error en la valoración de la prueba por parte de la sentencia recurrida.

En suma, el Tribunal Supremo recuerda que ha de resolver un recurso de carácter extraordinario donde la modificación de las condiciones fácticas es

extraordinariamente limitada y desde luego no permite introducir nuevas declaraciones que simplemente pongan de manifiesto el interés de una de las partes, sin que resulte trascendente en el conjunto del debate. Estas razones llevan al Tribunal Supremo desestimar los motivos primero y tercero del recurso empresarial relativos a la valoración de la prueba practicada, al tiempo que estima el segundo.

2.º- Entrando en el fondo, el Tribunal Supremo estima el recurso empresarial por tres razones fundamentales:

A) Puede legítimamente proceder a modificar su organización productiva por razones relacionadas con la productividad o competitividad contando con la autorización de la empresa principal. Ello es base suficiente para justificar la apertura de negociación de los términos previstos en el art. 41 ET con el fin proponer y alcanzar una novación consistente en que el tiempo utilizado para la comida fuera considerado como de descanso y no como tiempo a disposición. Así, si se garantiza la desconexión total de las personas que prestan servicios para la empresa durante la hora de interrupción de su trabajo para comer, dicho periodo de ninguna manera puede ser considerado como tiempo a disposición, en los términos previstos por el art. 20 de la norma convencional, sino que será tiempo de descanso. A sensu contrario, cuando la empresa no pueda garantizar la desconexión total, dicho periodo debe computarse como tiempo a disposición.

B) Siendo correcto como afirma el recurso planteado por la empresa que existen sentencias reiteradas en las que ha quedado establecido que las personas trabajadoras tienen derecho a percibir la retribución pertinente al periodo de una hora dedicado a la comida en razón a que no han podido disfrutar de una desconexión real y por ello en la práctica han estado a disposición de la empresa, ello no constituye una decisión jurisdiccional que condicione la posterior ahora debatida. Por mucho que es cierto que se trata del mismo conflicto material, lo cierto es que jurídicamente es diferente dado que cambian radicalmente las condiciones fácticas en las que éste se produce. En los casos precedentes se trataba de analizar si existía derecho a percibir la correspondiente retribución con los hechos y circunstancias que entonces concurrían, mientras que ahora se trata de analizar si cabe realizar una modificación sustancial precisamente para cambiar las decisiones empresariales sobre las circunstancias fácticas en las que se desarrolla la relación laboral. No coincidiendo los hechos no puede aplicarse, a juicio del Alto Tribunal, el efecto positivo de cosa juzgada.

C) No ha existido algún tipo de discriminación por parte de la empresa respecto a las personas afectadas ni la actuación empresarial puede ser considerada como una represalia, pues, por un lado, en el hecho probado 4.º queda constatado, por un lado, que dio un trato igual a todas las personas trabajadoras, hubieran o no acudido a la jurisdicción en demanda de tutela de sus derechos y, por otro, que no se ha producido una decisión irracional, unilateral y represiva por parte de la empresa, sino que ésta ha planteado correctamente el inicio de una negociación con la representación laboral, después de conseguir una variación en su contrato administrativo con la empresa principal. No ha existido, por tanto, vulneración de los derechos fundamentales y la empresa puede iniciar legítimamente la negociación para llevar a cabo la modificación sustancial.

D) La decisión unilateral empresarial, tras la negociación infructuosa para la modificación sustancial, es ajustada a derecho, pues según concreta el hecho probado 8.º, la empresa había comunicado «a los trabajadores del servicio de Transporte de Urgencia del centro de trabajo de Barcelona ... la fijación del día de descanso adicional; la consideración del tiempo de descanso de la hora diaria para comer y cenar y la modificación del cuadro horario de los trabajadores adscritos a las rotativas de turnos números 17 y 27». Y ello porque la negociación ha sido desarrollada bajo las reglas de la buena fe con el comité de empresa. Además, la empresa facilitó la totalidad de la documentación requerida por la representación legal de los trabajadores para que pudiera tener cabal conocimiento de los motivos, razones y propuestas sobre la pretendida modificación; aportó la documentación que potencialmente podría

justificar la decisión; proporcionó las explicaciones requeridas por los trabajadores y facilitó para examen material todos los documentos interesados por la representación de los trabajadores.

En definitiva, a juicio del Tribunal Supremo, la decisión empresarial de modificación sustancial, en cuanto garantiza la desconexión plena de quienes realizan pausa para comida según queda acreditado en los hechos probados, merece la calificación de justificada, en los términos previstos por el art. 138.7 LRJS, por adoptar medidas acordes con las normas legales y convencionales directamente aplicables.

3.º- Aun cuando los recursos planteados por las partes sindicales reconocen expresamente que no pretenden modificar la parte dispositiva de la Sentencia recurrida, lo cierto es que, a juicio del Tribunal Supremo, en la práctica pretenden ciertas novaciones, pues persiguen declarar la nulidad de la decisión empresarial modificativa por vulneración de las normas aplicables al período de consultas y aumentar las indemnizaciones para dar cobertura a los daños y perjuicios previstos en el art. 138.7 LRJS, que alude a un lucro cesante que además, al ser retribución salarial, deberá ser cotizado a efectos de Seguridad Social, al que hay que añadir los posibles daños morales en el supuesto de que exista vulneración de derechos fundamentales, por exigirlo el art. 183 LRJS.

A estos efectos, el Tribunal Supremo entiende que el primer motivo del recurso sindical debe ser desestimado, pues la pretensión de declaración de nulidad por falta de entrega de documentación durante la negociación ha quedado desvirtuada en los hechos probados. Es cierto que el recurso habla de un documento concreto que no habría sido aportado, pero al margen de que el mismo pueda tener o no la trascendencia que se le atribuye, lo cierto es que las afirmaciones fácticas de la sentencia impugnada impiden la estimación de la pretensión deducida al haber quedado acreditado el desarrollo del proceso de negociación bajo las reglas de la buena fe.

Asimismo, debe ser desestimado el segundo motivo del recurso sindical relativo a la indemnización, pues la decisión empresarial está justificada y no ha existido vulneración de derechos fundamentales, lo cual implica que debe ser revocada también la decisión de la sentencia recurrida de indemnizar por daño moral derivado de dicha vulneración inexistente. Ello impide al Alto Tribunal entrar a analizar si la cuantificación de dicha indemnización es o no ajustada a derecho o si procede otra adicional, pues tales cuestiones no han sido planteadas en el proceso.

IX. Comentario

La contraposición del concepto tiempo de trabajo a la noción de tiempo de descanso sin estratos intermedios plantea la duda sobre la calificación de algunas zonas grises difíciles de ubicar en uno u otro extremo. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha aclarado que los conceptos tiempo de trabajo y tiempo de descanso son términos binarios que se excluyen mutuamente, considerando incluido en la primera categoría cualquier espacio temporal que se destine a estar a disposición del empresario sin tener en cuenta la intensidad de la actividad desarrollada [por todas, SSTJUE de 3 de octubre de 2000 (C-303/98, asunto *Simap*), de 1 de diciembre de 2005 (C-14/04, asunto *Dellas*) y de 21 de febrero de 2018 (C-518/15, asunto *Matzak*)]. Así, para que los tiempos de inactividad sean considerados como de trabajo, la persona asalariada debe permanecer a disposición del empresario sin poder disfrutar de ese tiempo de manera libre o realizar otra actividad diferente fuera del centro de trabajo, debiendo devengarse retribución con independencia de que el trabajador sea llamado o no. Es decir, la clave está en la libertad que tenga el empleado y en la forma en que su obligación de estar disponible le afecte a su vida personal [Entre muchas, SSTJE de 9 de marzo de 2021 (C-344/2019, asunto *D.J y Radiotelevizija Slovenija*), 9 de marzo de 2021 (C-580/19, asunto *RJ contra Stadt Offenbach am Main*), 9 de septiembre de 2021 (C-107/19, asunto *XR*), de 28 de octubre de 2021 (C-909/19, asunto *BX*), de 11 de noviembre de 2021 (C-214/20, asunto *Dublin City Council*)].

Como no podía ser de otra manera, esta tesis ha sido asumida también por el Tribunal Supremo en múltiples pronunciamientos acompañados de ciertas dosis de casuismo. En relación con los empleados de ambulancia, la Sentencia de 16 de enero de 2025 (rec. 3719/2022) ha entendido que las guardias de presencia en el centro de trabajo están incluidas en la Directiva 2000/34/CE y no se les aplica el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales, de modo que dichas guardias, en régimen de 24 horas/día y descanso de 72 horas, al requerir la permanencia física en el centro de trabajo y estar a disposición del empresario tienen la condición de tiempo de trabajo efectivo a efectos de la jornada anual y el exceso debe abonarse como horas extraordinarias. Recogen esta doctrina también las SSTs 17 febrero 2022 (rec. 123/2020), 26 septiembre 2022 (rec. 111/2020), 22 noviembre 2022 (rec. 3318/2021) y 7 junio 2023 (rec. 221/2021).

Sobre este mismo colectivo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2025 objeto del presente comentario considera que no es tiempo de trabajo, sino de descanso, el dedicado a la comida si se garantiza la desconexión total de las personas trabajadoras.

X. Apunte final

La rígida dicotomía entre tiempo de trabajo y tiempo descanso no es sostenible en términos absolutos, siendo necesaria una intervención del legislador para dar espacio a otros terrenos intermedios cada vez más frecuentes.

§ 87 Determinación del hecho causante de la prestación por nacimiento y cuidado de menor solicitada por el padre cuya filiación biológica no matrimonial ha sido declarada por sentencia judicial firme.

Belén García Romero

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

Resumen: El problema suscitado es la determinación del hecho causante de las prestaciones por nacimiento y cuidado de menor, cuando quien la solicita es un progenitor, en el caso el padre, cuya filiación biológica no matrimonial se ha declarado por sentencia firme dictada en el orden jurisdiccional civil con posterioridad al nacimiento, a los efectos de fijar su duración en atención a la normativa aplicable.

Palabras clave: Prestación por nacimiento y cuidado de menor. Hecho causante. Filiación biológica no matrimonial paterna declarada por sentencia firme.

Abstract: The issue raised is the determination of the event giving rise to benefits for childbirth and childcare when the applicant is a parent, in this case the father, whose biological filiation outside of marriage has been declared by a final judgment handed down in civil court after the birth, for the purpose of establishing its duration in accordance with the applicable regulations.

Keywords: Benefits for childbirth and childcare. Causal event. Biological paternity outside of marriage declared by a final judgment.

DOI: https://doi.org/10.55104/RJL_00687

I. Introducción

En esta interesante sentencia la Sala de lo Social del Tribunal Supremo unifica doctrina sobre la fijación del hecho causante de la prestación por nacimiento y cuidado de menor solicitada por el padre, cuya filiación biológica no matrimonial ha sido establecida por sentencia judicial del orden civil. Se discute si debe ser la fecha del parto o la de la firmeza de la sentencia judicial que declara la filiación no matrimonial.

La elección de un momento u otro tendrá consecuencias no solo en el derecho a la prestación, sino también en la duración de las semanas de descanso en atención a la regulación prevista en el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, que introdujo en el Estatuto de los Trabajadores la disposición transitoria decimotercera sobre aplicación paulatina del artículo 48 en la redacción dada por el citado Real Decreto-ley.

Se trata pues de un nuevo supuesto en el que la Sala Cuarta afronta un problema de aplicación de la norma en el tiempo, y que resuelve teniendo en cuenta la finalidad de la prestación analizada, sirviéndose, especialmente, de los criterios hermenéuticos utilizados por ésta sobre flexibilidad en la aplicación temporal de la normativa por razones de protección a la familia y del interés superior del menor.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: STS-SOC núm. 831/2025, de 25 de septiembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUd núm. 3077/2023.

ECLI:ES:TS:2025:4325.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Martínez Moya.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Problema suscitado

La cuestión objeto del presente recurso de casación para unificación de doctrina consiste en determinar, a los efectos de duración de la prestación, el hecho causante de una prestación por nacimiento y cuidado de menor solicitada por un progenitor, en el caso el padre, cuya filiación biológica no matrimonial se ha declarado por sentencia firme dictada en el orden jurisdiccional civil de manera sobrevenida al parto.

En otras palabras, se trata de decidir si para declarar el derecho a la citada prestación y, de manera determinante, el régimen jurídico aplicable a su duración, hay que remontarse a la fecha del parto o si el hecho causante de la prestación interesada debe situarse en un momento posterior, coincidiendo con la firmeza de la sentencia que declaró la filiación no matrimonial.

2. Hechos y antecedentes

- El demandante, es un trabajador afiliado a la Seguridad Social que tuvo una hija nacida en 2019.
- La filiación paterna no matrimonial fue declarada judicialmente por sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Bilbao, número 12, autos 948/19, sentencia que adquirió firmeza el 26 de marzo de 2021. La inscripción en el Registro Civil se produce el 20 de abril de 2021.
- Con fecha de 18 de junio de 2021 presenta solicitud de prestación de nacimiento y cuidado de menor, que es denegada por resolución administrativa de 22 de junio de 2021.
- Impugnada en vía judicial la resolución administrativa, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Bilbao reconoció la prestación.
- El INSS presentó recurso de suplicación contra la anterior resolución que fue desestimado.
- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación del INSS, el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y otra sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) del País Vasco.

3. Sentencias recaídas en el procedimiento

- La sentencia de instancia es la dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Bilbao, de fecha 20 de mayo de 2022, dictada en autos 816/2021, seguidos a instancia del trabajador contra el INSS, sobre Seguridad Social. En ella el órgano judicial declaró el derecho del actor a la prestación por nacimiento y cuidado de menor y condenó al INSS a abonar dicha

prestación durante 16 semanas y con efectos desde el 26 de marzo de 2021.

- La sentencia recurrida es la dictada por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco de 21 de marzo de 2023, recaída en el recurso de suplicación núm. 1976/2022, que confirmó la dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Bilbao, de fecha 20 de mayo de 2022 (autos núm. 816/20221).
- La sentencia de contraste es la dictada en la misma fecha que la sentencia recurrida – 21 de marzo de 2023- por la misma Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, si bien con una composición de magistrados y magistradas diferente, que recayó en el recurso 2555/2022. Dicha sentencia revocó parcialmente la de instancia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Bilbao de 21 de julio de 2022 y reconoció al demandante el derecho a percibir la prestación con una duración de doce semanas, al considerar como hecho causante el nacimiento o parto, aplicando la normativa vigente en ese momento con respecto a la duración, de conformidad con el artículo 177 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS), tras la reforma introducida por el RDL 6/2029, que incrementó la duración a doce semanas.

4. Análisis de la contradicción

Entre ambas sentencias concurren la identidad y la necesaria contradicción legalmente requeridas para que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo decida admitir el recurso de casación planteado por el INSS para unificar la doctrina al respecto.

En efecto, en ambos supuestos:

- Los actores tienen reconocida la filiación biológica o por naturaleza, no matrimonial, en virtud de sendas sentencias firmes dictadas en el orden jurisdiccional civil.
- También ambos progenitores solicitan la prestación por nacimiento y cuidado de menor transcurrido un periodo superior a un año desde el nacimiento.
- La entidad Gestora desestimó en ambos casos sus solicitudes. Agotaron la vía administrativa previa y presentaron demanda que inicialmente fue estimada por los Juzgados de lo Social que conocieron de sus asuntos.
- Sin embargo, los respectivos recursos de suplicación obtuvieron un pronunciamiento divergente: la sentencia recurrida revoca el fallo de instancia y estima la demanda. La sentencia de contraste revoca parcialmente la sentencia de instancia, y declara que el hecho causante es el nacimiento aplicándose a los efectos de determinación de la duración de la prestación la previsión normativa vigente en ese momento.
- El problema jurídico sobre el que deciden ambas sentencias es sustancialmente idéntico. Las pretensiones en ambos supuestos son esencialmente iguales, dado que tratan sobre el hecho causante de la prestación por nacimiento y cuidado de hijo, cuando sobreviene con posterioridad al alumbramiento un reconocimiento de filiación no matrimonial por sentencia firme. Igualmente coincide el contexto normativo examinado (el artículo 177 LGSS y artículo 48.4 y disposición transitoria decimotercera del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en adelante, ET).
- Las respuestas judiciales son dispares.

IV. Posición de las partes

El trabajador y padre de la niña nacida en 2019, solicita que se le reconozca el derecho a percibir la prestación por nacimiento de hijo a partir de la fecha en que ganó firmeza la sentencia firme que declaró la filiación paterna no matrimonial, esto es, con efectos desde el 26 de marzo de 2021.

El INSS, tanto en instancia como en el recurso de suplicación, defendió que la fecha del hecho causante era la del alumbramiento, de modo que la duración de la prestación no podría exceder de las ocho semanas atribuidas por ley al otro progenitor en ese momento, según la disposición transitoria decimotercera del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo.

El Ministerio Fiscal evacuó informe en el que dictaminó que el recurso debía ser desestimado por defectos de forma, al entender que el escrito de formalización del recurso se limitaba, con alguna salvedad, a reproducir íntegramente el fundamento jurídico segundo de la sentencia de contraste.

V. Normativa aplicable al caso

En el contexto del presente litigio interactúan la legislación laboral y de Seguridad Social relativa a la suspensión del contrato y a la prestación por nacimiento y cuidado de menor y también la normativa sustantiva y procesal civil en materia de filiación, a los efectos de determinar el hecho causante de la prestación solicitada que, a su vez, será determinante para fijar su duración por aplicación de la normativa de derecho transitorio.

Así, el marco normativo de referencia está integrado básicamente por las siguientes normas:

- De un lado, la LGSS:

Artículo 177 LGSS (Situaciones protegidas). Dicho precepto señala:

«A efectos de la prestación por nacimiento y cuidado de menor prevista en esta sección, se consideran situaciones protegidas el nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y en el artículo 49.a), b)y c) del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público».

Este precepto menciona las situaciones protegidas. Por razones temporales, la versión aplicable es la del art. 4.3 del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, que ha sufrido modificaciones posteriores, pero que no altera la situación protegida en lo que respecta a la pretensión.

Disposición transitoria primera LGSS:

«[s]e entenderá por prestación causada aquella a la que tenga derecho el beneficiario por haberse producido las contingencias o situaciones objeto de protección y hallarse en posesión de todos los requisitos que condicionan su derecho, aunque aún no lo hubiera ejercitado».

- Por otra parte, por la disposición transitoria decimotercera del ET:

Esta disposición establece el calendario de aplicación paulatina del artículo 48 ET en la redacción dada 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 hombres y mujeres en el empleo y la ocupación. A partir de la entrada en vigor de dicha norma, en el caso de nacimiento y cuidado de menor, la duración del periodo de suspensión del otro progenitor distinto de la madre se estableció en ocho semanas. A partir del 1

de enero de 2020, se amplió a doce semanas, lográndose la plena equiparación de los periodos de suspensión de ambos progenitores a partir del 1 de enero de 2021.

- Asimismo, resulta aplicable el Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, en especial sus artículos 112 y 120.

Artículo 112.

«La filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la Ley no dispusiere lo contrario».

Artículo 120

«La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente:

1.º En el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre o progenitor no gestante en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil.

2.º Por el reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público.

3.º Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil.

4.º Por sentencia firme.

5.º Respecto de la madre o progenitor gestante, cuando se haga constar su filiación en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Registro Civil».

De estos supuestos, destacamos desde este momento, que el involucrado en este litigio es el «4.º Por sentencia firme», no afectado por la versión vigente del precepto que se ha transcrito y que responde a la dada tras la Ley 4/2023, de 28 de febrero para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

- Finalmente, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Artículo 764. Determinación legal de la filiación por sentencia firme.

«1. Podrá pedirse de los tribunales la determinación legal de la filiación, así como impugnarse ante ellos la filiación legalmente determinada, en los casos previstos en la legislación civil».

VI. Doctrina básica

En la sentencia analizada, el Alto Tribunal expone su doctrina acerca de los requisitos de admisibilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina (fundamento jurídico tercero). Entre ellos: 1) el recurrente no puede imponer a la parte recurrida o a la Sala una investigación sobre la concurrencia de la contradicción de sentencias; 2) el análisis o argumento de contradicción ha de consistir sobre todo en una comparación de las controversias concretas objeto de enjuiciamiento; 3) la comparación de las controversias comporta normalmente un examen individualizado y pormenorizado de los hechos, los fundamentos, pretensiones y decisiones de las sentencias comparadas.

De otro lado, resulta fundamental la doctrina sentada por la Sala en relación con el hecho causante como elemento clave para seleccionar la norma aplicable en supuestos de derecho transitorio de la Seguridad Social y el análisis que realiza sobre el alcance de la retroactividad de los efectos de la determinación de la filiación y si se proyecta o no sobre el régimen jurídico aplicable para fijar la duración de la prestación solicitada (FJ 6.º, apartado 5).

VII. Parte dispositiva

«1.- Cumpliendo la misión que constitucional y legalmente nos está reservada (artículos 123 y 152.1 CE; artículo 219 LRJS) debemos unificar las discrepantes doctrinas enfrentadas en el presente caso. Por las razones que hemos expuesto, consideramos acertada la contenida en la sentencia recurrida.

De este modo, cabe concluir que el hecho causante en una prestación por nacimiento y cuidado del menor solicitada por un progenitor, en el caso el padre, cuya filiación biológica no matrimonial se ha declarado por sentencia firme dictada en el orden jurisdiccional civil con posterioridad al nacimiento, en esta situación la fecha de dicha sentencia, y no la del nacimiento, es la que determina la normativa aplicable a los efectos de duración de la prestación según lo dispuesto en la disposición transitoria decimotercera sobre aplicación paulatina del artículo 48 en la redacción dada por citado el Real Decreto-ley 6/2019.

2.- De acuerdo con lo razonado, y oído el Ministerio Fiscal, procede, desestimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el INSS, y declarar que la sentencia recurrida contiene la doctrina ajustada.

3.- No procede que impongamos las costas procesales como consecuencia de la desestimación del recurso interpuesto por el INSS».

VIII. Pasajes decisivos

Fundamento jurídico sexto:

«2. [...]

“De retrotraer al nacimiento el hecho causante a los efectos de fijar la normativa aplicable a la duración de la prestación, aunque por el tiempo transcurrido se reconociera el derecho a la prestación, estaríamos consagrando una aplicación fragmentaria del régimen jurídico de la prestación interesada que se compadecería mal con la finalidad perseguida: el cuidado del menor, y con la protección jurídica de quien como el solicitante de la prestación, en cuanto progenitor, se ha visto obligado a acudir a la vía judicial ejercitando una acción de filiación no matrimonial, a través de un proceso contencioso, que por lógicas razones la respuesta se produce con posterioridad.

Por tanto, la solución a la cuestión planteada impone, en principio, adoptar una perspectiva dinámica de la situación objeto de protección, lo que determina que haya que atender al momento en que concurren los requisitos para el acceso a la prestación, que en el supuesto enjuiciado vienen legalmente condicionados por los efectos de una resolución judicial posterior, de clara naturaleza constitutiva, de creación de estado; en definitiva, de un cambio jurídico que solo un pronunciamiento jurisdiccional puede lograr, si se solicita la tutela judicial en este sentido”.

[...]

En definitiva, la comprensión de esta situación debe venir integrada tanto por las previsiones jurídicas sobre aplicación de la norma intertemporal en estos casos y, asimismo, debe complementarse con el fundamento y finalidad de la prestación interesada donde el principio del superior interés del menor ha de estar presente como como criterio hermenéutico de aplicación en estas situaciones”.

[...]

“4.-En el presente caso, el hecho causante juega un papel capital al hilo del comienzo de las distintas situaciones protegidas. (...)

Por tanto, este es uno de los supuestos en los que el reconocimiento del derecho a las prestaciones -indiscutido en litigio, tanto en la sentencia de instancia como en la de contraste -rige la norma vigente en el momento del hecho causante. (...)).

IX. Comentario

En el presente litigio se discute la normativa aplicable a los efectos de determinación de la duración de la prestación por nacimiento y cuidado de menor, solicitada por un progenitor (en el caso, el padre) que le ha sido declarada por sentencia firme la filiación biológica no matrimonial, de manera sobrevenida a la fecha del parto o nacimiento del menor.

Dado que la duración del periodo de descanso fue objeto de ampliación progresiva a lo largo de un lapso temporal de tres años, en virtud de las normas de derecho transitorio aplicables tras la reforma del artículo 48 ET operada por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo (disposición adicional 13.ª ET), la fijación de la fecha del hecho causante de la prestación resulta crucial para determinar la duración de ésta. Así, si se tiene en cuenta como hecho causante el momento de la firmeza de la sentencia de filiación el periodo de duración será de mayor extensión. Si, por el contrario, se entiende que el hecho causante ha de situarse en el nacimiento, la duración de la prestación será de menor duración.

Antes de resolver el debate suscitado en cuanto al fondo, la Sala se ve obligada a pronunciarse sobre las objeciones de inadmisibilidad del RCUO señaladas por el Ministerio Fiscal en su informe, en el que achaca defectos en el escrito de formalización del recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el INSS. Aplicada su propia doctrina al supuesto analizado concluye que el escrito de interposición del recurso presentado por el INSS cumple sobradamente los presupuestos dirigidos a cumplir las exigencias de contradicción y fundamenta también la infracción legal supuestamente cometida en la sentencia recurrida.

Tras afirmar la contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste respecto a la fijación de la duración de la prestación de cuidado de menor en esta situación y exponer el cuadro normativo básico aplicable, la Sala decide unificar doctrina sobre la cuestión planteada.

La Sala considera que la doctrina ajustada se encuentra en la sentencia recurrida y no en la de contraste. Y ello, básicamente por estimar que, en el presente caso, la determinación del hecho causante no ha de contemplarse de manera rígida o estática, sino en la dinámica de la protección de la situación protegida que obliga a atender al momento en que concurren los requisitos para el acceso a la prestación, que en el supuesto enjuiciado vienen legalmente condicionados por los efectos de la resolución judicial posterior, de clara naturaleza constitutiva, de creación de estado.

A continuación, la Sala analiza el alcance de la retroactividad de los efectos de la determinación de la filiación y si se proyecta o no sobre el régimen jurídico aplicable para fijar la duración de la prestación solicitada (FJ 6.ª, apartado 5).

Empieza señalando que el artículo 112 del Código Civil establece como norma general los efectos retroactivos de la determinación legal de la filiación. Ahora bien, dicho efecto solo opera cuando éste sea positivo para el menor, pero no en el supuesto contrario, como con claridad ocurriría en el presente litigio, al minorar, con criterio restrictivo la duración de la prestación del otro progenitor. Por ello, declara que esa retroactividad no juega en el ámbito de la prestación por nacimiento y cuidado de menor. Para justificar su posición ofrece cuatro argumentos principales (FJ 6.ª apartado 5). Entre tales razones, destacamos la que expone en segundo lugar en los términos siguientes “La situación debe contemplarse en clave de material de protección asimilable a lo que significa el ejercicio de funciones inherentes a la patria potestad o al deber de velar por el hijo. La determinación tardía de la filiación, en cuanto separada del nacimiento, no puede producir efectos retroactivos respecto de la prestación, sino que el momento que ha de contemplarse es a partir de la determinación de la filiación que es cuando legalmente nace o se constituye ese deber de cuidado”.

A juicio de la Sala, además de los expuestos, hay otros argumentos que directa o indirectamente vinculados a los anteriores, abonan y refuerzan la tesis de la sentencia

recurrida a favor de fijar el hecho causante en la firmeza de la sentencia de filiación. Se trata de la analogía con la adopción; la no desnaturalización de la prestación interesada; el nacimiento de deberes por parte del progenitor; los criterios de esta Sala sobre flexibilidad en la aplicación temporal de la normativa en beneficio a la protección a la familia y el interés del menor (FJ 6.^a, apartado 11).

Así, la analogía con la adopción le permite asimilar la determinación del hecho causante en este caso con el de la adopción, situado en la fecha de la resolución judicial por la que se constituye ésta (art. 178.1 a), b) y c) LGSS).

En segundo lugar, considera que la fijación del hecho causante situado en la fecha de la sentencia de la filiación no matrimonial no desnaturaliza la prestación de la Seguridad Social interesada. En este punto cita la STC 140/2024, de 6 de noviembre, para sostener que la articulación concreta del permiso y de la correspondiente prestación económica por nacimiento y cuidado de menor previstos, respectivamente, en los artículos 48.4 ET y 177 LGSS, debe respetar las exigencias que derivan del artículo 14 CE y, en particular, las derivadas de la prohibición de discriminación por razón de nacimiento.

En tercer lugar, a los efectos de determinar la legislación aplicable, señala que ha de fijarse el momento en que nace el haz de deberes del progenitor en el presente caso, y estima que no es otro que el surgido con la sentencia que declara la filiación no matrimonial.

En cuarto lugar, la Sala recuerda otros supuestos en que ha abordado problemas de aplicación normativa en el tiempo, de manera flexible y ajustada a razones de protección a la familia y que ha realizado “una interpretación de las normas en el sentido más favorable a la Constitución (...)”, que sea más acorde con la protección de la familia (art. 39 CE)” (entre otras, STS 997/2022, de 21 de diciembre).

Por último, el interés superior del menor, como regla de orden público de obligada aplicación, queda reforzado al considerar conforme a la normativa vigente a la fecha de la declaración de la filiación no matrimonial, como duración la que establece la norma que fija la escala en esa fecha, tal y como declara la sentencia recurrida.

X. Apunte final

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo considera que cuando concurren problemas de derecho transitorio, en lo relativo a la noción legal del hecho causante es jurídicamente adecuado centrarse en la dinámica de la protección, lo que determina que haya de atender al momento en que concurren los requisitos para el acceso a la prestación.

En definitiva, para la Sala, «la comprensión de estas situaciones debe venir integrada tanto por las previsiones jurídicas sobre aplicación de la norma intertemporal en estos casos y, asimismo, debe complementarse con el fundamento y finalidad de la prestación interesada donde el principio del superior interés del menor ha de estar presente como criterio de hermenéutico de aplicación en estas situaciones».

Compartimos el fallo de la sentencia y valoramos positivamente el importante esfuerzo argumental y didáctico desplegado en ella por el Alto Tribunal para unificar doctrina y fundamentar su decisión en la que prima el interés superior del menor como principio axiológico en la interpretación de las normas, y también la protección a la familia, evitando que se produzca una discriminación por razón de nacimiento expresamente prohibida por el artículo 14 CE.

§ 88 Comunicación escrita de sanción disciplinaria por falta muy grave. ¿La empresa debe concretar en la comunicación la fecha de efectos (cumplimiento) de la sanción?

María Areta Martínez

Secretaria de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos

Resumen: El artículo 58.2 del ET dispone que las sanciones disciplinarias por faltas muy graves (y también por faltas graves) deben comunicarse por escrito a la persona trabajadora, haciendo constar la fecha y los hechos que la motivan. La STS-SOC núm. 846/2025, de 1 de octubre (RCUD núm. 2351/2023), declara que la sanción disciplinaria es nula porque la comunicación escrita remitida por la empresa a la persona trabajadora no fija su fecha de efectos ni recoge un criterio objetivo y razonable que permita concretar de algún modo su fecha de cumplimiento, quedando supeditada tal concreción a la decisión unilateral de la empresa. En el caso ahora examinado, la empresa comunica a la trabajadora una sanción de suspensión de empleo y sueldo durante 16 días por una falta muy grave, señalando que el cumplimiento de la sanción le será comunicado con antelación suficiente. El TS concluye que la sanción impuesta es nula, ex artículo 115.1.d) de la LRJS, por no observar el requisito formal del artículo 58.2 del ET.

Palabras clave: Falta muy grave. Sanción disciplinaria. Contenido de la comunicación escrita. Incumplimiento de requisitos formales.

DOI: https://doi.org/10.55104/RJL_00688

I. Introducción

Las páginas que siguen a continuación tienen por objeto comentar los Antecedentes de Hecho, los Fundamentos de Derecho y el Fallo de la STS-SOC núm. 846/2025, de 1 de octubre (ECLI:ES:TS:2025:4411), que resuelve el RCUD núm. 2351/2023, interpuesto frente a la STSJ de Canarias/Las Palmas-SOC núm. 1540/2022, de 20 de diciembre (ECLI:ES:TSJICAN:2022:3900), dictada en el recurso de suplicación núm. 1024/2022, formulado contra la sentencia del JS núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria, de 3 de diciembre de 2021 (autos núm. 808/2021), dictada a instancia de la trabajadora, sobre impugnación de sanción disciplinaria por falta muy grave.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social del TS.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 846/2025, de 1 de octubre.

Tipo y número de procedimiento: RCUd núm. 2351/2023.

ECLI:ES:TS:2025:4411.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión de fondo consiste en determinar si es nula la sanción disciplinaria de dieciséis días de suspensión de empleo y sueldo, que la empresa ha impuesto a la trabajadora por la comisión de una falta muy grave, sin concretar su fecha de efectos. Concretamente, la dirección de la empresa ha hecho constar en la notificación escrita remitida a la trabajadora que «el cumplimiento de la sanción le será comunicado con antelación suficiente».

En relación con la cuestión de fondo planteada destacan los siguientes hechos declarados probados:

- Una trabajadora ha sido encontrada durmiendo durante el desempeño de sus funciones como vigilante de seguridad. Concretamente, el 3 de septiembre de 2021, la trabajadora tenía que encargarse de las cámaras y de controlar el acceso de personas al recinto de la Central Térmica de Jinámar. Sobre las 2:00 h. o 2:30 h. y sobre las 4:00 h., un compañero de trabajo presenció que la trabajadora se encontraba durmiendo en su puesto de trabajo, grabando los hechos con su móvil. El 6 de septiembre de 2021, el compañero puso en conocimiento de la empresa (Ilunion Seguridad SA) las imágenes grabadas con su móvil.
- La dirección de la empresa procede a sancionar tanto a la trabajadora que se encontraba durmiendo en su puesto de trabajo como al trabajador que grabó los hechos con su móvil y los puso en conocimiento.
- En el caso ahora examinado se examina si es ajustada o no a Derecho la sanción disciplinaria que la empresa ha impuesto a la trabajadora por dormir en su puesto de trabajo:
 - El comportamiento de la trabajadora (dormir en el puesto de trabajo) es constitutivo de una falta muy grave por deslealtad, desobediencia e indisciplina en el trabajo, abuso de confianza y transgresión de la buena fe contractual, tipificada en el artículo 78 del Convenio Colectivo de Ilunion Seguridad SA.
 - La empresa impone a la trabajadora una sanción disciplinaria de empleo y sueldo durante 16 días, tipificada en el artículo 79.3.a) del Convenio Colectivo de Ilunion Seguridad SA.
 - En la comunicación escrita de la sanción disciplinaria remitida a la trabajadora, la empresa indica que «el cumplimiento de la sanción le será comunicado con antelación suficiente, no obstante, si durante el cumplimiento de la misma inicia una situación de incapacidad temporal, la sanción quedará interrumpida hasta que finalice dicha incapacidad, fijando un nuevo periodo de suspensión».
 - La trabajadora sancionada no ostenta la condición de representante legal o sindical.

Celebrado el acto de conciliación extrajudicial sin acuerdo, la trabajadora impugna la sanción disciplinaria impuesta por la empresa mediante demanda presentada a través del proceso de impugnación de sanciones, ex artículo 114 y siguientes de la LRJS:

- El 3 de diciembre de 2021, el JS núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria dicta sentencia núm. 665/2021 (autos núm. 808/2021), que desestima la demanda promovida por la trabajadora frente a la empresa Ilunion Seguridad SA, confirmando la sanción impuesta de suspensión de empleo y sueldo durante 16 días y absolviendo a la empresa demandada de las pretensiones deducidas en su contra. La trabajadora recurre en suplicación la citada sentencia.
- El 20 de diciembre de 2022, la Sala de lo Social del TSJ de Canarias/Las Palmas de Gran Canaria, dicta sentencia núm. 1540/2022 (ECLI:ES:TSJICAN:2022:3900), que desestima el recurso de suplicación núm. 1024/2022, interpuesto por la trabajadora, confirmando en su integridad la sentencia núm. 665/2021, de 3 de diciembre, del JS núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria (autos núm. 808/2021).
- La trabajadora interpone RCUd frente a la STSJ de Canarias/Las Palmas-SOC núm. 1540/2022, de 20 de diciembre (Recurso de suplicación núm. 1024/2022), que viene a resolver la STS-SOC núm. 846/2025, de 1 de octubre, comentada en las páginas que siguen a continuación.

IV. Posiciones de las partes

1. La parte recurrente: trabajadora sancionada

La trabajadora denuncia en el RCUd infracción del artículo 58.2 del ET, señalando que del referido precepto estatutario se desprende que la empresa no puede dejar indeterminada la fecha de cumplimiento de la sanción disciplinaria de suspensión de empleo y sueldo. La fecha de efectos de la sanción no puede quedar a expensas de la voluntad unilateral de la empresa.

2. La parte recurrida: empresa

La empresa no ha formulado escrito de impugnación del RCUd.

3. Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal informa, ex artículo 226.3 de la LRJS, sobre la improcedencia de la casación pretendida.

V. Normativa aplicable al caso

La STS-SOC núm. 846/2025, de 1 de octubre (RCUd núm. 2351/2023), aplica la normativa y jurisprudencia señaladas a continuación:

- Normativa aplicable:
 - Real Decreto Legislativo 2/2025, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) (BOE núm. 255, de 24 octubre 2025): artículo 58.2.
 - Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS) (BOE núm. 245, de 11 octubre 2011): artículo 115.1.d).
 - IV Convenio Colectivo de la empresa Ilunion Seguridad SA (Código de convenio núm. 90008082011993) (BOE núm. 88, de 13 abril 2022)^[1]: artículos 78 y 79.3.a).
- Jurisprudencia:

- STS-SOC núm. 737/2024, de 28 de mayo (RCUD núm. 4088/2021. ECLI:ES:TS:2024:3646).
- STS-SOC núm. 571/2025, de 11 de junio (RCUD núm. 3357/2023. ECLI:ES:TS:2025:2827).

VI. Doctrina básica

El artículo 58.2 del ET dispone que «La sanción de las faltas graves y muy graves requerirá comunicación escrita al trabajador, haciendo constar la fecha y los hechos que la motivan». En relación con la exigencia legal de que la comunicación escrita de la sanción disciplinaria por faltas muy graves haga constar la fecha, la STS-SOC núm. 846/2025, de 1 de octubre (RCUD núm. 2351/2023), declara que:

- Un requisito esencial para la validez de la sanción disciplinaria es que la comunicación escrita de la sanción recoja: 1) la fecha concreta en que la sanción se hará efectiva o 2) un evento o criterio objetivo que dé certeza al cumplimiento de la sanción^[2]. La dirección de la empresa debe concretar la fecha de efectos de la sanción en la comunicación escrita que remite a la persona trabajadora sancionada, ex artículo 58.2 del ET; y si no lo hace, la sanción es nula por inobservancia de un requisito formal legalmente establecido, ex artículo 115.1.d) de la LRJS.
- El momento temporal del cumplimiento de la sanción no puede dejarse sin determinar, quedando supeditado a la mera voluntad de la empresa. Dejar el momento de cumplimiento de la sanción a la libre determinación unilateral de la empresa resulta patentemente desproporcionado y desequilibrado.

En el caso ahora examinado, la trabajadora ha sido sancionada con suspensión de empleo y sueldo durante 16 días por la comisión de una falta muy grave (dormirse en el puesto de trabajo). La STS-SOC núm. 846/2025, de 1 de octubre (RCUD núm. 2351/2023. ECLI:ES:TS:2025:441), concluye que el momento en que la persona trabajadora esté sin trabajar y especialmente sin percibir el salario, *aunque sea como consecuencia de una sanción disciplinaria, no puede dejarse en manos de la exclusiva y unilateral voluntad empresarial, sin ningún otro criterio objetivo que delimite o condicione esa voluntad*. El TS reitera la doctrina recogida en sentencias precedentes^[3], no habiendo razones que justifiquen la aplicación de una solución diferente en el caso ahora examinado.

VII. Parte dispositiva

La STS-SOC núm. 846/2025, de 1 de octubre, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, ha decidido:

- Estimar el RCUD núm. 2351/2023, interpuesto por la trabajadora sancionada contra la STSJ de Canarias/Las Palmas-SOC núm. 1540/2022, de 20 de diciembre, dictada en el recurso de suplicación núm. 1024/2022, formulado contra la sentencia del JS núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria, de 3 de diciembre de 2021 (autos núm. 808/2021), dictada a su instancia contra la empresa Ilunion Seguridad SA.
- Casar y anular la STSJ de Canarias/Las Palmas-SOC núm. 1540/2022, de 20 de diciembre, en el sentido de estimar el recurso de suplicación núm. 1024/2022 interpuesto por la trabajadora, revocar la sentencia del JS núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria, de 3 de diciembre de 2021 (autos núm. 808/2021), y declarar la nulidad de la sanción disciplinaria de suspensión de empleo y sueldo durante 16 días impuesta a la trabajadora.
- Sin costas.

VIII. Comentario: requisitos formales para imponer sanciones disciplinarias por faltas muy graves

1. Introducción

En el caso ahora examinado, la dirección de la empresa comunica a la trabajadora la imposición de una sanción disciplinaria de suspensión de empleo y sueldo durante 16 días por la comisión de una falta muy grave. Tanto la falta muy grave en que incurre la trabajadora como la correspondiente sanción disciplinaria impuesta por la dirección de la empresa están tipificadas en el Convenio Colectivo de Ilunion Seguridad SA (Código de convenio núm. 90008082011993). Conviene destacar que el artículo 79.3 del Convenio Colectivo aplicable prevé la posibilidad de imponer alguna de las tres sanciones siguientes por faltas muy graves:

- Sanción de suspensión de empleo y sueldo, cuya duración mínima es de 16 días y máxima de 2 meses [artículo 79.3.a) Convenio Colectivo].
- Inhabilitación durante tres años para ascender a un grupo profesional superior [artículo 79.3.b) Convenio Colectivo].
- Despido disciplinario [artículo 79.3.c) Convenio Colectivo].

De las tres sanciones disciplinarias previstas convencionalmente para faltas muy graves, la empresa opta por la suspensión de empleo y sueldo, fijando su duración mínima, que es de 16 días.

La empresa debe informar a los representantes de los trabajadores (Comité de empresa o delegados de personal) sobre *todas las sanciones impuestas por faltas muy graves* [artículo 64.4.c) ET]^[4], y su inobservancia constituye infracción administrativa grave en materia de relaciones laborales (artículo 7.7 LISOS). Por tanto, en el caso ahora examinado, la empresa ha tenido que informar a los representantes de los trabajadores sobre la sanción de suspensión de empleo y sueldo durante 16 días que ha impuesto por una falta muy grave.

La STS-SOC núm. 846/2025, de 1 de octubre (RCUD núm. 2351/2023), invita a reflexionar sobre los requisitos formales que la dirección de la empresa debe observar para imponer a las personas trabajadoras sanciones disciplinarias por faltas muy graves, así como sobre las consecuencias jurídicas que lleva aparejada su inobservancia:

- En el ámbito del proceso de impugnación de sanciones, el artículo 115.1.d) de la LRJS dispone que la sanción disciplinaria, incluida la sanción por falta muy grave, es nula «si hubiese sido impuesta sin observar los requisitos formales establecidos legal, convencional o contractualmente». Por tanto, la nulidad de la sanción disciplinaria viene dada por la inobservancia de los requisitos formales previstos no solo en disposiciones legales, como es el artículo 58.2 del ET, sino también en convenio colectivo o en el propio contrato de trabajo.
- En el ámbito del proceso de despido disciplinario, el artículo 108.1.párrafo 2.º de la LRJS determina que el juez calificará el despido como improcedente cuando la empresa lo hubiera adoptado incumpliendo los requisitos formales del artículo 55.1 del ET.

Las páginas que siguen a continuación abordan los requisitos formales que la dirección de la empresa debe observar para imponer a una persona trabajadora una sanción disciplinaria por falta muy grave.

2. Comunicación escrita de la sanción

El artículo 58.2 del ET establece que el empresario debe comunicar por escrito la sanción por falta muy grave (y también por falta grave) a la persona trabajadora sancionada, *haciendo constar la fecha y los hechos que la motivan*. La referencia que el artículo 58.2 del ET hace a la fecha que debe constar en la comunicación escrita de la sanción resulta ambigua, porque no queda claro si va referida a la fecha en la que se cometieron los hechos sancionados, la fecha de efectos de la sanción disciplinaria o ambas fechas. Cabe entender que, además de la fecha de los hechos sancionados (en este caso, 3 de septiembre 2021, la comunicación recogerá la fecha de efectos de la sanción, porque es la que permite fijar el *dies a quo* del plazo de caducidad de 20 días para, en su caso, presentar la demanda de impugnación, ex artículo 114.1 de la LRJS, que remite al artículo 103 de la LRJS. El TS ha declarado que es nula la sanción disciplinaria impuesta al trabajador por la comisión de una falta muy grave cuando la comunicación escrita no concreta su fecha de efectos, quedando supeditada a la voluntad unilateral de la empresa^[5]. Por tanto, la comunicación escrita debe recoger la fecha de efectos de la sanción, que la empresa debe concretar o indicar un criterio objetivo para su concreción. La sanción disciplinaria por una falta muy grave (o grave) es nula, ex artículo 115.1.d) de la LRJS, cuando la comunicación escrita no recoge su fecha de efectos en los términos expuestos.

En relación con el despido disciplinario, que es una sanción prevista para faltas muy graves, el artículo 55.1.párrafo 1.º del ET se pronuncia en términos similares al artículo 58.2 del ET, señalando que: «El despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos». Por tanto, la carta de despido debe concretar no solo los hechos que lo justifican, sino también su fecha de efectos. Aunque la palabra «fecha» del artículo 58.2 del ET no tiene el mismo alcance que la expresión «fecha en la que tendrá efectos» el despido disciplinario del artículo 55.1.párrafo 1.º del ET, la empresa incumple los requisitos formales al imponer una sanción por falta muy grave consiste en suspensión de empleo y sueldo cuando no concreta la fecha de cumplimiento ni fija un criterio objetivo y razonable que permita delimitarla de alguna forma, quedando abandonada al momento que determine la dirección de la empresa.

Nótese que una cosa es comunicar por escrito la fecha de efectos del despido disciplinario, que resulta exigible en todo caso (artículo 55.1.párrafo 1.º ET), y otra distinta comunicarlo con un plazo mínimo de antelación (preaviso), que no resulta exigible, salvo que el convenio colectivo así lo establezca. El despido disciplinario no está sujeto a un plazo legal de preaviso, a diferencia de otros despidos (objetivo, colectivo, fuerza mayor), que requieren un preaviso de 15 días [artículos 53.1.c) y 51.4 ET]. Si la carta de despido disciplinario hubiera omitido la fecha de efectos, la empresa tiene la posibilidad de subsanar este defecto formal adoptando un nuevo despido disciplinario, *que solo surtirá efectos desde su fecha*. La empresa adoptará el nuevo despido «en el plazo de veinte días, a contar desde el siguiente al del primer despido. Al realizarlo, el empresario pondrá a disposición del trabajador los salarios devengados en los días intermedios, manteniéndole durante los mismos en alta en la Seguridad Social» (artículo 55.2 ET). El despido disciplinario será declarado improcedente cuando en su forma no se ajusta a lo establecido legal o convencionalmente (artículo 55.2 ET y artículo 108.1.párrafo 2.º LRJS)^[6]. Por tanto, el despido disciplinario será declarado improcedente cuando la carta de despido omita la fecha de efectos, con las consecuencias jurídicas que lleva aparejada dicha declaración.

3. Apertura de expediente contradictorio antes de sancionar a un representante de los trabajadores

Cuando la empresa vaya a sancionar a un representante de los trabajadores por una falta muy grave (y también por falta grave), el artículo 68.a) del ET exige la previa apertura de un expediente contradictorio, «en el que serán oídos, aparte del interesado, el comité de empresa o restantes delegados de personal. Una vez sancionado, si el representante impugna la sanción en vía judicial, la parte demandada

habrá de aportar el expediente contradictorio legalmente establecido» (artículo 114.2 LRJS). La inobservancia del requisito formal de audiencia previa determina la nulidad de la sanción. En este sentido, el artículo 115.2 de la LRJS es claro al señalar que «serán nulas las sanciones impuestas a los representantes legales de los trabajadores o a los delegados sindicales por faltas graves o muy graves, sin la previa audiencia de los restantes integrantes de la representación a que el trabajador perteneciera, así como a los trabajadores afiliados a un sindicato, sin dar audiencia a los delegados sindicales». En esta misma línea, el artículo 55.1.párrafo 4.º del ET dispone que cuando la empresa tenga previsto sancionar con el despido disciplinario al trabajador afiliado a un sindicato y le constase su afiliación sindical, «deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato».

Algunos convenios colectivos señalan que cuando la empresa vaya a imponer una sanción por falta muy grave (o por falta grave) a un representante legal de los trabajadores, la apertura del expediente contradictorio, que exige el artículo 68.a) del ET, se ajustará a una serie de reglas. Una de la reglas convencionales es que la empresa designe Secretario/a e Instructor/a imparciales en el escrito de apertura del expediente contradictorio^[7]. El TS ha declarado que la falta de designación de Instructor/Mediador imparcial comporta la inobservancia de un requisito formal establecido convencionalmente, que conlleva la nulidad de la sanción, ex artículo 115.1.d) de la LRJS^[8].

4. Audiencia previa antes de sancionar con un despido disciplinario

El artículo 7 del Convenio núm. 158 de la OIT establece que «no debe darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda tal posibilidad». La STS-SOC (Pleno) núm. 1250/2024, de 18 de noviembre (RCUD núm. 4735/2023. ECLI:ES:TS:2024:5454) dictamina que, dando cumplimiento al artículo 7 del Convenio núm. 158 de la OIT, el despido disciplinario que adopte la empresa debe ir precedido de la audiencia del trabajador despedido. La finalidad del trámite de audiencia previa es que el trabajador sea escuchado por el empleador sobre los hechos antes de que este pueda adoptar decisiones definitivas al respecto que, con ese conocimiento, a lo mejor no hubiera tomado. El TS añade que la omisión del requisito formal de audiencia previa conlleva que el despido disciplinario sea declarado improcedente, en coherencia con el artículo 55.4 del ET, que determina la improcedencia del despido disciplinario adoptado sin observar los requisitos formales previstos legal o convencionalmente. El TS ha puntualizado que la exigencia de audiencia previa alcanza a los despidos disciplinarios acaecidos después de publicarse la STS-SOC núm. 1250/2024, de 18 de noviembre, no a los adoptados con anterioridad^[9]; y ello es así porque antes de dicha sentencia, el requisito formal de audiencia previa no resultaba exigible con carácter general, sino solo cuando el despido disciplinario afectaba a un representante de los trabajadores, ex artículo 68.a) del ET.

El hecho de que la audiencia previa resulte exigible en todo caso cuando la empresa vaya a adoptar el despido disciplinario de cualquier trabajador conduce en cierto modo a que la exigencia legal de apertura de expediente contradictorio antes de despedir a un trabajador que tiene la condición de representante [artículo 68.a) ET] o que está afiliado a un sindicato (artículo 55.1.párrafo 4.º ET) decaiga como garantía propia de los representantes de los trabajadores. En cualquier caso, la apertura de expediente contradictorio sigue manteniéndose plenamente como garantía propia de los trabajadores que tienen la condición de representantes cuando la sanción disciplinaria que la dirección de la empresa vaya a imponer por una falta muy grave sea distinta del despido disciplinario (y también en el caso de cualquier sanción por falta grave).

IX. Apunte final: dos consideraciones de Derecho procesal sobre la impugnación de sanciones disciplinarias

Llegados a este punto merece la pena realizar, siquiera sea brevemente y a modo de apunte final, dos consideraciones de Derecho procesal sobre la impugnación de sanciones disciplinarias:

Primera consideración: sobre las modalidades procesales especiales para impugnar sanciones disciplinarias. El artículo 58.2 del ET dispone que: «La valoración de las faltas y las correspondientes sanciones impuestas por la dirección de la empresa serán siempre revisables ante la jurisdicción social». En este sentido, la persona trabajadora podrá impugnar cualquier sanción disciplinaria que le hubiera sido impuesta por la dirección de la empresa, ya fuere por una falta leve, por una falta grave o por una falta muy grave. La impugnación se llevará a cabo mediante la presentación de la correspondiente demanda una vez celebrado el acto de conciliación extrajudicial sin acuerdo o intentado el acto de conciliación extrajudicial sin efecto (artículo 63 y siguientes LRJS). La demanda para impugnar la sanción disciplinaria se tramita a través de alguno de los dos procesos especiales siguientes:

- **Con carácter general**, a través del proceso de impugnación de sanciones de los artículos 114 y 115 de la LRJS.
- **Con carácter particular**, para el caso de que la sanción impugnada sea un despido disciplinario, a través del proceso de despido, ex artículo 103 y siguientes de la LRJS.
- **Regla común a las dos modalidades procesales especiales (despido, impugnación de sanciones):** tanto las demandas de despido como las demandas de impugnación de sanciones impuestas por los empresarios a los trabajadores en que se invoque lesión de derechos fundamentales y libertades públicas se tramitarán *inexcusablemente* con arreglo, según corresponda, al proceso de despido o al proceso de impugnación de sanciones, dando carácter preferente a dicho proceso y acumulando al mismo las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal especial (artículo 184 LRJS). En la modalidad procesal especial de despido y en la modalidad procesal especial de impugnación de sanciones se aplicarán, en cuanto a las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, las reglas y garantías previstas en el Capítulo XI del Título del Título II de la LRJS para la modalidad procesal especial de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la citación como parte al Ministerio Fiscal (artículo 178.2 LRJS).

Segunda consideración: sobre el recurso contra las sentencias que resuelven la impugnación de sanciones disciplinarias. Contra la sentencia dictada en proceso de despido disciplinario cabe interponer recurso de suplicación. Contra la sentencia dictada en proceso de impugnación de sanciones (distintas del despido disciplinario), hay que diferenciar dos reglas:

- **Regla general:** solo procede recurso de suplicación en proceso de impugnación de sanción por falta muy grave confirmada judicialmente (artículo 115.3 LRJS); dicho de otro modo: por regla general, no procede recurso de suplicación en los procesos de impugnación de sanciones por falta leve o por falta grave (falta que no sea muy grave), así como por falta muy grave no confirmada judicialmente. Por tanto, la persona trabajadora es quien interpone el recurso de suplicación frente a la SJS que confirma la sanción por falta muy grave. Nótese que la dirección de la empresa puede sancionar una falta muy grave con la sanción prevista para una falta grave^[10], en cuyo caso cabe entender que la sentencia que confirma

la sanción es recurrible porque tal sanción se ha impuesto por una falta muy grave; dicho de otro modo, el acceso al recurso no viene determinado por el tipo de sanción disciplinaria que impone la empresa, sino por el tipo de falta sancionada, que ha de ser muy grave.

- **Regla especial:** siguiendo la jurisprudencia constitucional y la jurisprudencia de la Sala IV del TS, siempre cabe recurso de suplicación cuando se impugna una sanción disciplinaria (ya sea por falta leve, falta grave o falta muy grave) y se invoca la vulneración de un derecho fundamental. El TS recuerda que el recurso de suplicación procede siempre contra sentencias dictadas en materia de «tutela de derechos fundamentales y libertades públicas» [artículo 191.3.f) LRJS], posibilidad de recurso que no debe perderse por el hecho de que el artículo 184 de la LRJS obligue a tramitar *inexcusablemente* la impugnación de las sanciones en que se invoque lesión de derechos fundamentales por la modalidad procesal de impugnación de sanciones. Además, en estos casos, el recurso de suplicación procede «en todo caso», de ahí que pueda interponerlo no solo la persona trabajadora, sino también la empresa. En este sentido, por ejemplo, la empresa puede recurrir en suplicación la SJS que declara la nulidad de la sanción por falta muy grave impuesta a la persona trabajadora por vulnerar su garantía de indemnidad^[11].

Referencias:

1. ^ Actualmente, las relaciones laborales se rigen por el V Convenio Colectivo de la empresa Ilunion Seguridad SA (Código de convenio núm. 90008082011993) (BOE núm. 68, de 21 marzo 2023).
2. ^ La comunicación escrita de la sanción disciplinaria puede fijar que su fecha de efectos se determine a partir de un hecho concreto y cierto como, por ejemplo: 1) transcurso del plazo legalmente establecido para impugnar la sanción o 2) la fecha en que la sanción adquiere firmeza. En definitiva, el momento temporal de cumplimiento de la sanción disciplinaria puede posponerse a que haya transcurrido su plazo de impugnación o a que haya adquirido firmeza.
3. ^ Vid., STS-SOC núm. 737/2024, de 28 de mayo (RCUD núm. 4088/2021. ECLI:ES:TS:2024:3646); y STS-SOC núm. 571/2025, de 11 de junio (RCUD núm. 3357/2023. ECLI:ES:TS:2025:2827).
4. ^ Conviene destacar que el artículo 79 del Convenio Colectivo de la empresa Ilunion Seguridad SA contempla expresamente el deber de la empresa de informar a los representantes de los trabajadores sobre las sanciones impuestas no solo por faltas muy graves, sino también por faltas graves.
5. ^ En este sentido, vid., STS-SOC núm. 737/2024, de 28 de mayo (RCUD núm. 4088/2021. ECLI:ES:TS:2024:3646); STS-SOC núm. 571/2025, de 11 de junio (RCUD núm. 3357/2023. ECLI:ES:TS:2025:2827); y STS-SOC núm. 846/2025, de 1 de octubre (RCUD núm. 2351/2023. ECLI:ES:TS:2025:4411).
6. ^ Por todas, vid., SSTs, Sala Social, de 21 de septiembre de 2005 (RCUD núm. 822/2004. ECLI: ES:TS:2005:5405); y 27 de marzo de 2013 (RCUD núm. 121/2012. ECLI:ES:TS:2013:1808).
7. ^ En este sentido, vid., artículo 56.4.b) del Convenio Colectivo básico, de ámbito estatal, para la fabricación de conservas vegetales (Código de convenio núm. 99001305011981. BOE núm. 261, de 1 noviembre 2023).

También, vid., artículo 72.2.b) del Convenio Colectivo estatal de industrias cárnicas (Código convenio núm. 99000875011981. BOE núm. 162, de 7 julio 2025).

8. [^] Por todas, *vid.*, STS-SOC núm. 737/2025, de 17 de julio (RCUD núm. 55/2024. ECLI:ES:TS:2025:3664).
9. [^] STS-SOC núm. 175/2025, de 5 de marzo (RCUD núm. 2076/2024. ECLI:ES:TS:2025:1001); STS-SOC núm. 185/2025, de 11 de marzo (RCUD núm. 939/2024. ECLI:ES:TS:2025:1128); STS-SOC núm. 511/2025, de 28 de mayo (RCUD núm. 1874/2024. ECLI:ES:TS:2025:2842); STS-SOC núm. 512/2025, de 28 de mayo (RCUD núm. 2003/2024. ECLI:ES:TS:2025:2843); y STS-SOC núm. 540/2025, de 4 de junio (RCUD núm. 975/2024. ECLI:ES:TS:2025:2979).
10. [^] Vid., STS-SOC núm. 559/2025, de 10 de junio (RCUD núm. 3011/2023. ECLI:ES:TS:2025:2991).
11. [^] Por todas, *vid.*, STS-SOC núm. 297/2025, de 8 de abril (RCUD núm. 4831/2022. ECLI:ES:TS:2025:1680).

§ 89 Riesgo durante la lactancia natural y trabajadora especialmente sensible.

José Fernando Lousada Arochena

Magistrado de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia. Profesor asociado de la Universidad de Coruña.

Resumen: La sentencia comentada aborda una cuestión novedosa en relación con la aplicación de la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural pues, para concluir que hay ese riesgo, no solo considera la existencia de riesgos objetivos en el puesto de trabajo, también se considera la condición particular de la trabajadora.

Palabras clave: Riesgos laborales. Lactancia natural. Especial sensibilidad a determinados riesgos.

Abstract: The ruling discussed addresses a novel issue regarding the application of the suspension of employment contracts due to risk during breastfeeding. To conclude that such a risk exists, the court considers not only the objective risks in the workplace but also the worker's particular circumstances.

Keywords: Occupational risks. Breastfeeding. Special sensitivity to certain risks.

DOI: https://doi.org/10.55104/RJL_00689

I. Introducción

El riesgo durante el embarazo y el riesgo durante la lactancia natural, y en especial esta última, han sido dos instituciones de prevención de riesgos laborales muy maltratadas.

Desconocidas históricamente en nuestro ordenamiento laboral y de Seguridad Social, vinieron impuestas por el derecho comunitario. Sin embargo, el poder legislativo español se resistió a la transposición de una manera totalmente injustificada, y acaso con un trasfondo de prejuicios de género debido a su titularidad exclusivamente femenina en una conducta incumplidora de los mandatos comunitarios que, atendiendo a las categorías actualmente imperantes, se podría calificar como discriminación institucional económica.

Con traspies y mucha demora, se han ido resolviendo esas carencias normativas, aunque aún se mantengan algunas. Ello ha determinado una doctrina judicial no muy acertada en unos iniciales momentos de aplicación del riesgo durante la lactancia natural.

Afortunadamente, la jurisprudencia ha rectificado y ahora su rumbo es más acorde con el significado de ambas instituciones. Tal nuevo rumbo le ha permitido abordar

casos nuevos con soluciones acordes con el significado del riesgo durante la lactancia natural.

En esta línea, se inscribe la sentencia objeto de comentario. La novedad aquí se encuentra en que el riesgo deriva tanto de una circunstancia del trabajo (prestación de servicios durante 24 horas continuadas, incluyendo en consecuencia horas nocturnas) como de una condición particular de la propia trabajadora (mastectomizada de un pecho).

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 877/2025, de 2 de octubre.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUd núm. 2306/2024.

ECLI: ES:TS:2025:4322.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm. Sra. Dña. Isabel Olmos Parés.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si la prestación de servicios a turnos de 24 horas (2 o 3 salidas por turno que duran entre 4 y 5 horas), seguido de 3 o 4 días de descanso supone una situación de riesgo durante la lactancia natural. La sentencia de contraste respondió afirmativamente, mientras lo contrario la sentencia recurrida en casación para unificación de doctrina, que es la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha 401/2024, de 7 de marzo, en recurso de suplicación 2238/2022, que resolvió el formulado contra la Sentencia del Juzgado de lo Social Uno de Cuenca 100/2022, de 20 de junio, recaída en autos 103/2022, seguidos a instancia de doña Custodia contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), Mutual Midat Cyclops (Mutua MC Mutual) Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social Número 1 y UTE Ambulancias Cuenca, SL (Nuevas Ambulancias Soria, SL y Consorci del Transport Sanitari Regio Girona, SA).

IV. Posición de las partes

La trabajadora recurrente alega, conforme a la sentencia de contraste, que debe considerarse acreditada la existencia de riesgo para la lactancia porque lo fundamental es que la trabajadora tiene que realizar jornadas laborales de 24 horas, unido a que solamente dispone de una mama (la derecha), pues la izquierda fue sometida a mastectomía, con lo cual parece evidente, a su juicio, que durante 24 horas no puede atender al bebé.

El INSS impugna y, en relación a la infracción alegada de adverso, se remite a la sentencia recurrida, destacando que, en el caso de trabajo con horarios o jornadas que impidan la alimentación regular del menor, será necesario tomar en consideración, la efectiva puesta a disposición de la trabajadora de las condiciones necesarias que permitan la extracción y conservación de la leche materna, lo que ha sucedido en el caso concreto.

La Mutua codemandada impugna y alega que en el presente caso se ha aplicado la jurisprudencia porque consta probada «la efectiva puesta a disposición de la

trabajadora de las condiciones necesarias que permitan la extracción y conservación de la leche materna».

V. Normativa aplicable al caso

— Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE).

— Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, artículo 26.

VI. Doctrina básica

A los efectos de la evaluación de los riesgos durante la lactancia natural, se deben considerar tanto los eventuales riesgos derivados de las circunstancias objetivas del puesto de trabajo como las circunstancias individuales de la trabajadora (en el caso enjuiciado, la mastectomía de un pecho) en la medida en que puedan afectar a esa situación de riesgo.

VII. Parte dispositiva

(1) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado ... en nombre y representación de doña Custodia contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha 401/2024, de 7 de marzo, en recurso de suplicación 2238/2022, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social número Uno de Cuenca 100/2022, de 20 de junio, recaída en autos 103/2022, seguidos a instancia de doña Custodia contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), Mutual Midat Cyclops (Mutua MC Mutua) Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social Número 1 y UTE Ambulancias Cuenca, SL (Nuevas Ambulancias Soria, SL y Consorci del Transport Sanitari Regio Girona, SA). (2) Casar y anular la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha 401/2024, de 7 de marzo, en recurso de suplicación 2238/2022 y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, debemos estimar el recurso de dicha clase interpuesto por la demandante inicial y revocar la sentencia de instancia, estimando así la demanda y declarando el derecho de la actora a lucrar la prestación por riesgo durante la lactancia natural con efectos desde el 30 de diciembre de 2021 hasta el 10 de mayo de 2022, con una base reguladora de 62,02 euros día. (3) Sin costas.

VIII. Pasajes decisivos

No consta acreditada que la Evaluación de los riesgos incluyera un examen específico que tuviera en cuenta su situación individual (mastectomía en el año 2012), sino que, por el contrario, el Informe de Evaluación se limita a concluir que: «la nocturnidad a la que está expuesta en su puesto de trabajo durante un día no es un riesgo subsidiario de lactancia natural y, el hecho de tener jornadas laborales de un día le permite el descanso posterior de 72-96 horas continuadas por lo que no afecta a la producción de la leche materna» y, por otro lado: «el puesto está adaptado porque permite la extracción de leche en la zona habilitada para el descanso en el centro base (Centro Médico ...) en condiciones higiénicas e instalaciones adecuadas y la posterior conservación hasta la finalización del turno».

De este modo, no es acogible la conclusión del Informe de Evaluación de que no se puede considerar como riesgo la ordenación del tiempo de trabajo a efectos de lactancia, ya que se hace sin motivación alguna en relación a la circunstancia concreta de que la actora haya padecido una mastectomía de mama izquierda, esto es, sin basarse en un examen específico que tuviese en cuenta esta concreta situación individual ni, tampoco, en el hecho de que durante los turnos de 24 horas, pueden

existir desplazamientos de hasta 4 o 5 horas, siendo ella la que conduce sola la ambulancia, con una media de 2 a 3 desplazamientos por turno, lo que repercute claramente en la necesaria regularidad en la extracción de leche en ese turno y, altera el ritmo natural de su producción, lo que no siempre se compensará en los sucesivos días de descanso, debido a la simultánea alteración del ritmo del sueño o ritmo circadiano, que dura aproximadamente 24 horas, y regula el ciclo de sueño y vigilia, la secreción de hormonas o la temperatura corporal.

No se sustenta la afirmación del Informe de Evaluación de que la prestación de servicios durante 24 horas continuadas, seguida de varios días de descanso, no afecta a la producción de leche, ya que también se ha probado que la actora no permanece en el centro base durante todo su turno, sino que realiza desplazamientos ella sola, que pueden durar hasta 4 o 5 horas (con una media de 2 a 3 asistencias por turno) y, es notorio que la producción de la leche materna se reduce en los casos en que la extracción no pueda efectuarse con la frecuencia necesaria, es decir, la producción puede disminuir por falta de estimulación, sin olvidar la dificultad del mantenimiento de la lactancia a largo plazo en atención a estas circunstancias. Además, la imposibilidad de realizar extracciones o tomas regulares puede llevar a problemas como la congestión mamaria o la mastitis y, todo ello, en un caso en el que la lactancia se realiza con un solo pecho, al haber sufrido la trabajadora una mastectomía en el año 2012. En fin, por todo lo que se acaba de exponer, debemos declarar que es la sentencia de contraste la que ofrece una solución acomodada a Derecho.

IX. Comentario

El riesgo durante el embarazo y el riesgo durante la lactancia natural son dos instituciones de prevención de riesgos laborales previstas en la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. A pesar de la obligación de transposición de la norma comunitaria, su implantación en nuestro país ha sido dificultosa, se podría incluso calificar de traumática en perspectiva legal y jurisprudencial, y además sin llegar ni aún hoy a una correcta implantación. Hagamos un poco de historia para fundamentar esta afirmación y también para contextualizar la sentencia objeto de comentario, y el avance que representa.

El riesgo durante el embarazo y el riesgo durante la lactancia natural eran dos instituciones desconocidas en nuestro derecho hasta la obligada transposición de la normativa comunitaria. No quiere ello decir que no se produjeran situaciones de riesgo. Lo que quiere decir es que, si se daban esas situaciones, «se ha resuelto (la cuestión) en la práctica, mal que bien y al menos en los supuestos llamativos, entre las trabajadoras afectadas, los empresarios y, eventualmente, los médicos de la Seguridad Social»^[1].

Previsiblemente, esta carencia se debía resolver con la trasposición de la Directiva 92/85/CEE que nuestro poder legislativo acometió juntamente con la trasposición de toda la normativa comunitaria sobre prevención de riesgos laborales. Sin embargo, la Ley 31/1985, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales realizó una transposición muy defectuosa de la Directiva^[2]. Y la mayor discordancia normativa entre la norma comunitaria y la española fue que en el artículo 26 de la LPRL no se contemplaba la posibilidad de dispensa de trabajo del artículo 5.3 de la Directiva, lo que provocó una reacción doctrinal muy potente que apuntaba a cubrir la laguna por aplicación del efecto directo vertical o la aplicación de la deuda de seguridad genérica del artículo 14 de la LPRL, aunque las dudas surgían en torno a si la suspensión se debía cubrir a través de una remuneración a cargo de la empresa o a través de una prestación de Seguridad Social^[3].

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, asumió la resolución de la laguna de transposición. Pero de nuevo lo hizo de modo incompleto (1) porque no se contemplaba la protección de la lactancia natural, (2) porque, estando ante una

prestación vinculada al trabajo, se calificaba como contingencia común, (3) porque no se contemplaba un subsidio del 100% del salario regulador, y (4) porque se imponían demasiadas exigencias burocráticas. Muchas fueron las críticas^[4], y en particular con respecto al olvido de la lactancia natural^[5].

Vamos a tener que esperar a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, para ver nacer en nuestras leyes la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural y la prestación social consiguiente, que, junto con la prestación derivada del riesgo durante el embarazo, se calificará como prestación de tipo profesional, con una cuantía del 100% de la base reguladora del 100%.

Sin embargo, los problemas no acabarán aquí. La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural y la prestación social consiguiente se limitan temporalmente a los 9 meses del menor, y de esa limitación temporal no hay rastro en la Directiva, salvo que consideremos que la definición de trabajadora en periodo de lactancia contemplada en su artículo 2 c) permite a las legislaciones y/o prácticas nacionales establecer esa limitación (lo que no parece que sea así, y en todo caso es muy dudoso).

Además, y muy probablemente por el defectuoso entendimiento de una institución novedosa, la jurisprudencia, en un momento inicial, avaló, tanto la laxitud de los planes de prevención de riesgos laborales que no contenían evaluación de los puestos de trabajo en relación con los riesgos durante la lactancia natural, o si la contenían era para negar el riesgo sin mayores justificaciones, como la exigencia de las mutuas patronales de que, para acceder a la prestación social, la trabajadora debía de acreditar la situación de riesgo. Tal planteamiento judicial fue objeto de rectificación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la STJUE de 19.10.2017, Caso Otero Ramos, C-531/15 (planteada por el TSJ/Galicia, en auto del que quien escribe fue ponente), en doctrina reiterada en la STJUE de 19.9.2018, Caso González Castro, C-41/17 (también planteada por el TSJ/Galicia)^[6].

Después de esta tortuosa evolución, la legislación todavía presenta algunas lagunas con respecto a la normativa comunitaria (la limitación temporal que, si la legislación no la resuelve, puede, en cualquier momento, ser objeto de cuestionamiento ante el TJUE), y en la práctica a veces aún encontraremos malos entendimientos del riesgo durante la lactancia natural (por ejemplo, la limitación de la adaptación del puesto de trabajo a la instalación de una neverita para la recogida de la leche materna, evitando así la suspensión del contrato).

Frente a estos aspectos todavía mejorables, el Tribunal Supremo demuestra, con la sentencia objeto de nuestro comentario, que cita ampliamente sentencias anteriores donde se rectificó la doctrina después de Otero Ramos y González Castro, que ha asumido el significado de la dispensa de trabajar por riesgo durante la lactancia natural y eso le permite enfrentarse con solvencia a nuevas situaciones, como la resuelta en que, al lado de circunstancias objetivas del puesto de trabajo, la existencia del riesgo también obliga a valorar las condiciones subjetivas de la trabajadora, en este caso el estar mastectomizada.

Si bien se mira, estamos ante una aplicación combinada del artículo 26 de la LPRL (protección de la maternidad) con el artículo 25 (protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos). Una aplicación combinada que puede ser clave para resolver otras situaciones como la existencia de un embarazo de riesgo que, obviamente, no es un riesgo durante el embarazo, pero que, por ser una circunstancia subjetiva de la trabajadora, en aquellos casos individualizados en que esa circunstancia concurre en la constitución de la situación de riesgo, debería ser considerado para apreciar esa situación.

X. Apunte final

Permítaseme decirlo desde una visión meramente personal (que el lector o lectora podrá corroborar solo viendo los estudios que he dedicado a esta cuestión): la defectuosa trasposición de las situaciones de riesgo durante el embarazo y de riesgo durante la lactancia natural, y su defectuosa aplicación, me ha acompañado desde 1995 hasta la actualidad, y aún ello no se ha acabado, acaso todavía me acompañe hasta la jubilación. Buena prueba de lo mucho que tarda en conseguirse la igualdad entre mujeres y hombres.

Por ello, Sentencias como la aquí comentada, que es demostrativa del rumbo tomado por el Tribunal Supremo, me congratulan pues son avances hacia una buena aplicación.

Referencias:

1. [^] *En palabras de Ricardo ESCUDERO RODRÍGUEZ: «La aplicación de la Directiva 92/85 en España», dentro del libro La Igualdad de Trato en el Derecho Comunitario Laboral (coordinador: Jesús CRUZ VILLALÓN), Editorial Aranzadi (Pamplona, 1997), pág. 268.*
2. [^] *Me permito remitir a José Fernando LOUSADA AROCHENA: «Unas anotaciones críticas sobre la adecuación del artículo 26 de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, a la Directiva 92/85 de 19 de octubre del Consejo de Ministros de la Unión Europea», Diario La Ley, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-325, tomo 5 (LA LEY 12044/2001), y «La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en período de lactancia», Actualidad Laboral, Sección Doctrina, 1998, Ref. XLIV, pág. 703 a 726, tomo 3 (LA LEY 2562/2001).*
3. [^] *Además de la propia opinión del comentarista (en los dos artículos recién citados), ver: Alfredo MONTROYA MELGAR: Curso de seguridad y salud en el trabajo (coescrito con Jaime PIZÁ GRANADOS), Editorial Mc Graw Hill (Madrid, 1996), pág. 120; Josep MORENO GENÉ – Ana ROMERO BURILLO – Agnès PARDELL VEÀ: «La protección de la maternidad: De la Directiva 92/85 a la Ley 3/95 de Prevención de Riesgos Laborales», Aranzadi Social, Tomo V, 1997, págs. 477 a 499; Rosa Isabel SANTOS FERNÁNDEZ: «Gestión preventiva de los riesgos laborales en las situaciones de embarazo y lactancia e igualdad de sexo en el empleo», Revista Técnico Laboral, núm. 72, págs. 255 a 270; Juan GORELLI HERNÁNDEZ: La protección por maternidad, Editorial Tirant lo Blanch (Valencia, 1997), págs. 305 y 306; y Luis Enrique NORES TORRES: «Maternidad y trabajo: algunas consideraciones en torno al artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», Actualidad Laboral, Tomo I, 1998, págs. 301 a 317.*
4. [^] *Me permito remitir a José Fernando LOUSADA AROCHENA: «La situación de riesgo por embarazo y su adecuación al Derecho comunitario», Aequalitas, número 4, 2000, páginas 16 a 19, y a mi libro El derecho a la maternidad de la mujer trabajadora, Instituto de la Mujer – Gobierno de España (Madrid, 2002), páginas 86 a 90.*
5. [^] *La crítica doctrinal al respecto fue unánime. Para no eternizar las citas, me remito a la excelente monografía de Carmen SÁNCHEZ TRIGUEROS: El riesgo durante el embarazo, Editorial Aranzadi (Navarra, 2002).*
6. [^] *Me permito de nuevo remitir a José Fernando LOUSADA AROCHENA: «Seguridad Social Pública y discriminación sexista en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y su aplicación en España», en Aplicación por los Tribunales españoles de la jurisprudencia del Tribunal de*

Justicia de la Unión Europea en materia social (coordinadora: Arántzazu VICENTE PALACIO), Editorial Atelier (Barcelona, 2023).

- § 90 ¿Vulnera el derecho fundamental a la integridad física y moral el empresario que incumple las obligaciones que le competen en materia de prevención de riesgos psicosociales lo que tiene como consecuencia un notable deterioro del estado de salud del trabajador? La cuestionable respuesta del TSJ de Extremadura y una pregunta clave de haber sido otro el resultado.

Emilio Palomo Balda

Magistrado (jubilado) de la jurisdicción social.

Resumen: En la sentencia 540/2025, de 1 de septiembre, conociendo del recurso de suplicación que contra la sentencia emitida en el ámbito de un procedimiento ordinario sobre reconocimiento del derecho a una protección eficaz frente a los riesgos psicosociales y en reclamación de daños y perjuicios, interpuso la funcionaria afectada, la Sala de lo Social del TSJ de Extremadura, aparte de realizar determinadas consideraciones puntuales sobre el cálculo de la indemnización de los perjuicios personales por lesiones temporales, afrontó la relevante cuestión de determinar si la inobservancia por la administración demandada del deber de evaluar los riesgos psicosociales presentes en el puesto desempeñado por la actora y en su centro de trabajo y de implementar medidas efectivas para eliminarlos o reducirlos, supuso una vulneración de su derecho fundamental a la integridad física y moral que justifique la indemnización solicitada por el daño moral derivado de su pretendida lesión.

Palabras clave: Derecho fundamental a la integridad física y moral. Compensación del daño moral por su vulneración. Riesgos psicosociales. Conflictividad en la organización del trabajo. Trastornos mentales. Baremo. Lesiones temporales: perjuicios personales.

Abstract: The central issue addressed in the judgment under review lies in determining whether the defendant Administration's failure to comply with its obligation to assess the psychosocial risks inherent in the claimant's position and workplace, and to implement effective measures to eliminate or mitigate such risks, constituted a violation of her fundamental right to physical and moral integrity, as well as her right to health, thereby warranting compensation for the moral harm resulting from the alleged infringement.

Keywords: Fundamental right to physical and moral integrity. Compensation for moral damage arising from its violation. Psychosocial risks. Workplace conflict. Mental disorders. Compensation scale. Temporary injuries: personal harm.

DOI: https://doi.org/10.55104/RJL_00690

I. Introducción

1.- Las actuaciones de las que trajo causa el recurso de suplicación que resolvió la sentencia anotada tienen su origen en la demanda formulada por la Jefa de Sección de Impuestos Indirectos del Servicio Fiscal de Badajoz, dependiente de la Consejería de Administración Pública y Hacienda de la Junta de Extremadura, en ejercicio de sendas acciones, una declarativa en materia de riesgos laborales y otra de reclamación de cantidad por los daños y perjuicios sufridos.

En la instancia, recayó sentencia parcialmente estimatoria, que condenó a la demandada a poner fin al incumplimiento de sus deberes legales y convencionales en orden a la prevención de los riesgos psicosociales y a adoptar cuantas medidas fuesen precisas para hacerles frente, así como a abonar a la funcionaria afectada la cantidad de 80.137,70 euros, incrementada con los intereses de demora calculados desde el 6 de junio de 2023, fecha de presentación de la demanda.

Las medidas impuestas a la Administración en la parte dispositiva de la resolución de primer grado pueden sintetizarse así: a) evaluar los riesgos psicosociales presentes en el centro de destino y en el puesto de la actora; b) realizar la planificación preventiva, identificando las personas designadas para la implantación y seguimiento de las medidas, así como el control de las fechas en que se llevarían a cabo; c) establecer un protocolo de resolución de conflictos e informar de su existencia a la demandante; d) ofrecerle formación en prevención de riesgos laborales y su aplicación efectiva; e) vigilar las condiciones laborales del puesto de la accionante, a través del Servicio de Salud y Prevención de Riesgos Laborales, durante el tiempo que éste estime necesario.

2. De la lectura de la sentencia del Juzgado de lo Social - no publicada en la base de datos del CENDOJ - indispensable para la adecuada comprensión y análisis de la controversia objeto de este comentario, al no contener la dictada en suplicación el detalle de todas las partidas resarcitorias reclamadas y de las reconocidas judicialmente y sus cuantías, que la indemnización establecida por la juez *a quo* a favor de la actora lo fue por los dos conceptos siguientes:

A) Daño moral por falta de medidas de prevención, cuantificado en 49.181 euros, conforme a lo postulado en la demanda. A tal efecto utilizó como criterio orientativo el importe de las multas previstas en la LISOS para las infracciones en materia de riesgos laborales y, en concreto, para la consistente en «no adoptar cualesquiera otras medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo en ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales de las que se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores», tipificada como infracción muy grave en el art. 13.10. La suma concedida coincide con el importe mínimo previsto para las sanciones por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales en el art. 40.2 c), sin que la juzgadora exteriorizase las circunstancias justificativas del concreto quantum otorgado, más allá de aludir genéricamente al art. 39 de la norma citada,

B) Perjuicio personal por lesiones temporales. La magistrada se sirvió como guía de referencia del baremo de tráfico, fijando la indemnización en 30.950,70 euros en función de dos parámetros: 1.º) temporal, computando los 565 días comprendidos entre el 6 de septiembre de 2019 y el 23 de marzo de 2021, en los que la interesada permaneció en situación de incapacidad temporal, que en litigio previo sobre revisión de contingencia fue calificada como dimanante de accidente de trabajo; 2.º) numérico, valorando cada día de perjuicio personal por pérdida de la calidad de vida en grado moderado en 54,78 euros, de acuerdo a lo consignado en la Resolución de 2 de febrero de 2021, de la Dirección General de Seguros y Fondo de Pensiones, por la que se publicaron las cuantías de las indemnizaciones actualizadas del baremo para el año 2021.

3. La Junta de Extremadura se aquietó a los pronunciamientos contenidos en el fallo de la sentencia, pero la víctima mostró su disconformidad con el monto de la

compensación pecuniaria ordenada, alzándose en suplicación con el objeto de que se elevase a 115.842,78 euros, fundando su recurso en un único motivo por infracción de ley y de la jurisprudencia, al amparo del art. 193 c) LRJS, concretando su discrepancia en los tres extremos que a continuación se detallan.

A) En primer lugar, se opuso a la exclusión de la partida correspondiente al lucro cesante, cifrado en una cantidad equivalente al salario dejado de percibir durante el mes de permiso sin sueldo al que, según mantuvo, se vio forzada a acogerse para preservar su seguridad y su salud. Queja que no fue atendida por la Sala a partir de una doble consideración: por un lado, que la juez de instancia llegó a la conclusión de que la suspensión de la prestación de servicios durante el lapso reseñado obedeció a la decisión de la actora, sin que concurriese la relación de causalidad aducida; y, por otro, que el alegato vertido en el escrito de recurso encontraba sustento en meras conjeturas y suposiciones desprovistas de sustrato fáctico, ineficaces frente a la convicción judicial.

B) El segundo punto de discrepancia de la damnificada giró en torno a la valoración del perjuicio personal por lesiones temporales. La crítica se centró en tres aspectos distintos, atinente el primero a la compensación por día improductivo, al considerar que el valor que había que tener en cuenta era el del año en que se profirió la sentencia impugnada y, los dos restantes, al período contabilizado, al haberse excluido por una parte el del proceso de incapacidad temporal iniciado el 9 de noviembre de 2021, con el diagnóstico de «trastorno adaptativo», y, por otra, la fase inmediatamente posterior a la primera baja y anterior a la segunda, que se extendió del 25 de marzo al 8 de noviembre de 2021, en el que a pesar de no estar impedido para el trabajo experimentó un deterioro de su estado de salud mental.

En lo que respecta al factor numérico, la posición de la Sala se ajustó a la tesis defendida por la recurrente, al atenerse a lo dispuesto en el art. 40.1 del RDLeg 8/2004, en la redacción dada por la Ley 30/2015, de 22 de septiembre, en tanto dispone que: «La cuantía de las partidas resarcitorias será la correspondiente a los importes del sistema de valoración vigente a la fecha del accidente, con la actualización correspondiente al año en que se determine el importe por acuerdo extrajudicial o por resolución judicial», si bien el tribunal no reparó en que el apartado 2 de ese mismo precepto previene que: «En cualquier caso, no procederá esta actualización a partir del momento en que se inicie el devengo de cualesquiera intereses moratorios», lo que implica que el valor diario a considerar debió ser el del año 2023, al haber sido condenada la empresa al abono de los intereses devengados desde el 6 de junio de 2023. Por el contrario, el tribunal llegó a solución opuesta a la sugerida por la afectada en relación con los objeciones formuladas en torno al elemento temporal al estar basadas en su discordancia con la valoración judicial de los medios de prueba, planteamiento que estimó impropio de la vía procesal por la que el único motivo de suplicación se articuló.

C) Como tercera causa de oposición al pronunciamiento cuestionado, la funcionaria alegó que la juzgadora denegó la indemnización solicitada como compensación del daño moral vinculado a la vulneración de su derecho fundamental a la integridad física y moral, por entender que el incumplimiento empresarial de las obligaciones en materia de prevención de riesgos psicosociales no comportó su violación, línea discursiva que tachó de errónea. Es de notar que la cantidad reclamada por ese rubro al amparo del art. 183 LRJS ascendía a 20.000 euros, sin que ni en la sentencia de instancia ni en la de suplicación se especificasen las bases utilizadas por la demandante para su cálculo. Más adelante se analizarán los argumentos que ofreció el órgano de suplicación para refrendar la decisión adoptada por el Juzgado de lo Social.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social del TSJ de Extremadura.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 540/2025, de 1 de septiembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de suplicación núm. 163/2025.

ECLI:ES:TSJEXT:2025:913

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Hernández Redondo

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Los hechos que dan origen al procedimiento al que puso fin la sentencia objeto de este comentario se iniciaron en el mes de noviembre de 2015 a raíz de la toma de posesión de la nueva responsable del Servicio Fiscal de Badajoz, quien, a la vista de las anomalías detectadas en la Sección de Impuestos Indirectos, cuya Jefatura ostentaba la demandante, acordó su reorganización, disponiendo que la actora desarrollase las tareas que estaban desatendidas, requirentes de mayor cualificación, por estar capacitada para llevarlas a cabo.

Tiempo después, a comienzos del 2018, la afectada presentó varios escritos en los que adujo que a partir de la remodelación acometida había dejado de realizar funciones de coordinación, dirección y control, y solicitó su restitución y un cambio de la RPT para que la plaza desempeñada pasase a denominarse «Jefa Sección de recursos, reclamaciones o similar», manifestando además que desde la llegada de su superiora sólo había recibido críticas a su gestión que habían redundado en su desprestigio y aislamiento profesional. Asimismo, envió varios correos electrónicos a la Jefa de Servicio sobre el funcionamiento y organización del mismo, expresando su discrepancia con su organización y las labores asignadas. La responsable contestó a uno de ellos en el sentido de que las funciones encomendadas eran propias del puesto, así como que no se iban a producir cambios en el personal de la Sección, lo que incidiría negativamente en su marcha.

Mediante escrito dirigido en octubre de 2018 a la Secretaría General de Hacienda y Administración Pública, la actora reiteró sus quejas, amén de interesar la activación del protocolo de riesgos psicosociales. La interpelada respondió en el sentido de que la organización del trabajo en las distintas unidades era ajena a sus competencias y que en octubre de 2016 había confeccionado un informe interno, a requerimiento de la nueva Jefa de Servicio, favorable a la legalidad de la reestructuración operada en el seno de la Sección, añadiendo que daba traslado de su petición al Servicio de Prevención y Riesgos Laborales.

En fecha 15 de noviembre de 2018, la Unidad de Evaluación de Salud y Riesgos Psicosociales emitió informe en el que indicó que a la vista de lo manifestado por la interesada, gran parte de la problemática se debía a las posibles limitaciones de sus funciones y competencias y que ese punto clave debía resolverse con anterioridad a cualquier actuación de la Unidad, así como que no procedía realizar una evaluación de riesgos psicosociales del puesto ni del centro, al estar claramente identificados los factores que generaban ansiedad y angustia a la denunciante.

En los primeros meses del 2019, CCOO y la actora presentaron escritos acerca de la delimitación de sus funciones, reclamando el sindicato que los técnicos del Servicio de Prevención cursasen una visita a las dependencias y evaluaran los riesgos psicosociales. En julio de ese mismo año, la funcionaria concernida remitió escrito con análoga temática, haciendo hincapié en que la situación vivida la estaba ocasionando indefensión, angustia y estrés permanente, respondiendo la Jefa del Servicio de Administración General en términos similares a los previos.

El 6 de septiembre de 2019 la afectada causó baja por enfermedad común con el diagnóstico de ansiedad/depresión, si bien por sentencia firme fue atribuida a la

contingencia de accidente de trabajo. Con ocasión de su reincorporación efectiva, producida el 30 de abril de 2021, la demandante solicitó la concreción de sus cometidos y la valoración y adaptación de sus funciones por motivos de salud. Después de someterla a reconocimiento médico, el Servicio de Prevención externo elaboró un informe, datado el 25 de julio de 2021, en el que la calificó como «apta con restricciones», recomendando el cambio de puesto de trabajo en el caso de que persistiese la actual situación de conflicto laboral.

El 17 de septiembre de 2021 la funcionaria concernida remitió un correo al Director General de Tributos en el que le informó de la falta de claridad de sus responsabilidades y tareas, y desde el día 20 de ese mes hasta el 29 del siguiente disfrutó de un permiso no retribuido por asuntos propios.

El 13 de octubre de 2021 el Servicio de Prevención propuso que fuese reubicada en otro servicio al estar inmersa en un conflicto en el entorno laboral de difícil solución con una evolución y un pronóstico negativo de su estado de salud, y el 11 del siguiente mes la actora aceptó el nombramiento como Secretaria del Jurado Autonómico de Valores bajo la dependencia directa del Director General de Tributos. Dos días antes, en la misma fecha en que recibió la oferta, inició proceso de incapacidad temporal por enfermedad común con el diagnóstico de trastorno adaptativo. Tras el alta médica, asumió dicha responsabilidad, sin que exista constancia de que recibiese formación previa, utilizando el mismo despacho que con anterioridad y sin que la demandada evaluase los riesgos del nuevo puesto.

El 6 de junio de 2023 formuló demanda en reconocimiento de derecho y reclamación de cantidad de la que conoció el Juzgado de lo Social núm. 2 de Badajoz que acogió la pretensión declarativa y, en parte, la de condena en los términos expuestos en el epígrafe I.

IV. Posiciones de las partes

En fase de suplicación, la funcionaria accionante cuestionó, por insuficiente, el quantum fijado en la instancia para reparar el perjuicio personal por las lesiones temporales sufridas como consecuencia de la inacción de la Administración empleadora frente a los riesgos psicosociales y, por contraria a derecho, la decisión de no resarcirle del daño moral ligado a la vulneración de su derecho fundamental a la integridad física y mental y de su derecho a la protección de la salud.

En el escrito de oposición al recurso el letrado de la Junta de Extremadura solicitó su desestimación, así como la revocación de la resolución judicial, petición esta última que la Sala de lo Social rechazó de plano al no ser idóneo el trámite de impugnación para obtener el desenlace postulado.

V. Normativa aplicable al caso

- A) Art. 15 CE
- B) Arts. 179.3, 182.1 c) y 183, 1 y 2, LRJS.
- C) Art. 13.10 y 40.2 c) LISOS.
- D) Art.40 RDLeg 8/2004.

VI. Doctrina básica

El razonamiento nuclear sobre el que descansa la sentencia analizada se puede sintetizar en dos puntos. Por un lado, el tribunal parte como premisa de la jurisprudencia constitucional que después de afirmar que el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda también comprendido en el derecho a la integridad personal garantizado por el art. 15 CE, puntualiza que para que un supuesto de riesgo o daño para la salud implique la vulneración de ese derecho fundamental deberá generar un peligro grave y cierto para la salud. Por otro lado, al aplicar esa doctrina a la situación enjuiciada, la Sala de suplicación afirma que el incumplimiento

de las obligaciones en materia de prevención de riesgos psicosociales por parte de la Administración demandada no generó un peligro grave y cierto para la salud de la actora, lo que no se declara probado en la sentencia de instancia, no existiendo datos fácticos de los que pueda deducirse, lo que impide reconocer la indemnización por el daño moral vinculado a la pretendida lesión del derecho fundamental invocado.

VII. Parte dispositiva

La sentencia emitida en suplicación estimando parcialmente el recurso entablado por la demandante, revocó en parte el fallo de instancia en lo que respecta al importe de la indemnización por el perjuicio personal causado por las lesiones temporales y confirmó el pronunciamiento referido a la improcedencia de la indemnización adicional por el daño moral asociado a la supuesta lesión del derecho fundamental a la integridad física y moral.

VIII. Pasajes decisivos

Fundamento Jurídico Segundo, párrafo 13.

«(...) como señala la sentencia recurrida, cuyo argumento compartimos, el fundamento de la indemnización a la que se condena a la administración empleadora no es la vulneración de los derechos fundamentales -el acoso laboral al que se refiere la primera de las sentencias citadas-, sino que lo que ha considerado acreditado la magistrada de instancia y constituye la base de la indemnización que fija en la sentencia es el incumplimiento de medidas de prevención, por el que ya fija una cuantía indemnizatoria de 49.181 euros, sin que pueda considerarse que este incumplimiento pueda calificarse como una vulneración de los derechos fundamentales de la trabajadora.

Como señala la propia recurrente en sus argumentos, el Tribunal Constitucional, en la STC 160/2007, de 2 de julio, no identifica el derecho a la salud y el derecho a la integridad personal, al afirmar que "(...) no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implique una vulneración del derecho fundamental, sino tan solo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma", lo que, aplicado al presente supuesto determina que la inexistencia de la obligatoria evaluación de los riesgos psicosociales en el centro de trabajo donde presta servicios la actora, y en el puesto de trabajo de la actora, del protocolo de resolución de conflictos informando de su existencia y de la formación de la actora en la prevención de estos riesgos laborales y su aplicación efectiva, no pueda considerarse que haya generado un peligro grave y cierto para la salud de la misma, pues este hecho no se declara probado en la sentencia, ni existen datos fácticos de los que pueda deducirse.

Por ello la desatención de estas obligaciones por la administración empleadora podrá considerarse un incumplimiento de sus obligaciones legales, pero no puede considerarse que en el presente caso haya supuesto la vulneración del derecho a la integridad física y moral de la trabajadora en que sustenta esta partida indemnizatoria, por lo que esta petición de la parte recurrente también ha de decaer»

IX. Comentario

El análisis del contenido de la sentencia dictada por el TSJ de Extremadura que a continuación se acomete se circunscribe a los razonamientos que gravitan en torno al daño moral que la funcionaria demandante dijo haber sufrido a resultas de la pretendida vulneración de su derecho fundamental a la integridad física y moral.

Así delimitada la materia que va a ser objeto de consideración, se impone con carácter previo un recordatorio de la jurisprudencia constitucional consolidada que actúa como punto de partida de resolución de la censura planteada por la recurrente, la cual se plasma, entre otras, en las sentencias 19/2001, de 24 de mayo (FJ 6), 62/2007, de 27 de marzo (FJ 3), 160/2007, de 2 de julio (FJ 2) y 56/2019, de 6 de mayo (FJ 5) y se puede resumir como sigue: 1.º) A pesar de su indudable conexión, el derecho fundamental a la integridad física y moral consagrado en el art. 15 CE no

puede asimilarse con el derecho a la protección de la salud que el art. 43.1 CE configura como un principio rector de la política social y económica, no pudiéndose aceptar que todo supuesto de riesgo o daño para la salud de una persona implique la vulneración del derecho fundamental mencionado. 2.º) Para que la afectación de la salud por una determinada acción u omisión de los poderes públicos transgreda ese derecho fundamental no es preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, lo que sería tanto como aceptar la negación de la tutela que la CE garantiza en el art. 15, bastando por el contrario que se acredite un «riesgo relevante» que genere «un peligro grave y cierto para la salud del afectado».

A la luz de la doctrina expuesta, la solución a la que llegó la sentencia glosada fue que la desatención por la demandada de sus obligaciones preventivas entrañó la infracción de la normativa legal y convencional en la materia, pero no generó un peligro grave y cierto para la salud de la actora, por lo que no procedía compensarle por el daño moral vinculado a una violación de su derecho fundamental a la integridad física y moral que no se produjo.

Con total respeto, discrepo de la decisión adoptada por la Sala de suplicación pues la conclusión que se puede extraer de la jurisprudencia del TC citada es que cuando un trabajador está expuesto a riesgos psicosociales con la continuidad e intensidad requeridas para impactar de manera significativa en su estado de salud, la actitud pasiva de su empleador en orden a la implementación de las medidas adecuadas para eliminarlos o reducirlos, conlleva la vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral en casos como el analizado en el que la desidia empresarial se traduce en un trastorno mental real y duradero.

Y es que en ese supuesto, no se está en presencia de una situación de peligro potencial para la salud que exija valorar si el mismo reúne las condiciones exigidas, sino ante una efectiva lesión, ya consumada, de la integridad del trabajador, imputable al otro sujeto de la relación laboral, al existir una clara relación de causalidad entre la conducta omisiva y el daño objetivo a la salud que dio lugar a un proceso de incapacidad temporal por la contingencia de accidente de trabajo que se prolongó durante 565 días.

La orientación marcada por el TC en la sentencia 62/2007, de 27 de marzo (FJ 5) respalda la interpretación que se sostiene. Se dice en ella que: «en las relaciones de trabajo nacen una serie de derechos y deberes de protección y prevención, legalmente contemplados, que reclaman una lectura a la luz de la Constitución, pues no cabe desconectar el nivel jurídico constitucional y el infraconstitucional en estas materias, toda vez que la Constitución reconoce derechos fundamentales como la vida y la integridad física (art. 15 CE), lo mismo que el derecho a la salud (art. 43 CE), y ordena a los poderes públicos velar por la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2 CE). En relación con todo ello, la lectura de diversos artículos de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL) permite conocer la concreción legal que en el ámbito de la prestación de trabajo ha tenido la protección constitucional que impone esa tutela del trabajador, por virtud de las exigencias de diversos derechos constitucionales, entre ellos de los consagrados en el art. 15 CE».

Pues bien, desde la dimensión constitucional que el TC atribuye a las previsiones legales relativas a la protección de la integridad y la salud de los trabajadores, se puede mantener que vulnera el derecho fundamental que les confiere el art. 15 CE el empleador que incumple de manera injustificada y continuada las obligaciones preventivas básicas que le competen, con consecuencias seriamente negativas para el estado de salud de la persona implicada.

Los argumentos precedentes deben completarse con dos más. El primero conecta con el carácter público del empleador demandado cuya actuación ha de estar presidida por el principio de legalidad, incompatible con una forma de proceder como la relatada. El segundo hace referencia a la necesidad de que, en aras de la debida tutela de las víctimas, los órganos del orden social de la jurisdicción incorporen no sólo en la faceta preventiva sino también en la reparadora de los daños, una perspectiva

que tenga en cuenta las diferencias de género en relación a los riesgos psicosociales. Un enfoque neutral al género supondría ignorar que las mujeres están más expuestas a un perfil de riesgos cuya materialización da lugar a una protección menor a la que son acreedores los varones por los riesgos físicos a los que en mayor medida están sometidos, de manera que un abordaje insensible al género tendría un impacto notablemente más acusado en el caso de las mujeres y les colocaría en una posición de desventaja desprovista de justificación.

X. Apunte final

No se puede predecir cuál habría sido la decisión del TSJ en el supuesto de que la respuesta acerca de la vulneración del derecho fundamental invocado hubiese sido otra, pero sí se puede aventurar el problema que podría surgir a la hora de evaluar la compatibilidad de la cantidad reclamada como compensación de los daños morales inherentes a la vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral con las indemnizaciones reconocidas judicialmente por los daños morales derivados del incumplimiento empresarial de las obligaciones preventivas y por el perjuicio personal causado por las lesiones temporales. La profundización sobre esta cuestión, y las eventuales soluciones alternativas, excede el espacio disponible y la finalidad de este comentario.

§ 91 Los datos de ubicación de telefonía móvil también son datos personales, aunque la línea sea propiedad de la empresa.

Pilar Rivas Vallejo

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona

Resumen: *El derecho a privacidad, intimidad y protección de datos personales incluye los datos relativos a ubicación procedentes de la información sobre el uso de medios de comunicación de telefonía (proporcionada por la compañía operadora), aunque esta sea propiedad de la empresa, pues permiten identificar distintos elementos que afectan a la privacidad. No considerarlos datos personales implica una omisión de tutela por los tribunales nacionales que juzgaron la reclamación del trabajador.*

Palabras clave: *Derecho a la intimidad. Monitorización del trabajo. Datos de ubicación. Protección de datos personales.*

Abstract: *The right to privacy and protection of personal data includes location data derived from the mobile phone operator, even if the company is the owner of this phone line, as it allows for the identification of various elements that affect privacy. Failure to consider this data as personal data is considered a denial of State protection before a judicial body.*

Keywords: *Right to privacy. Worker's monitoring. Location data. Data protection.*

DOI: https://doi.org/10.55104/RJL_00691

I. Introducción

Se estima la demanda presentada por el Sr. Petro Dmytrovykh Guyvan contra Ucrania por la vulneración del art. 8.1 del CEDH en fecha de 26/9/2016, como consecuencia de la injerencia de su vida privada o en su correspondencia, por falta de tutela del Estado resultante de la desestimación de su demanda sobre incumplimiento empresarial en materia de tratamiento de datos personales, siendo estos los procedentes de la línea telefónica titularidad de la empresa, en el marco de una investigación disciplinaria interna, que incluía el seguimiento de las comunicaciones del trabajador reclamante.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia

Órgano judicial: Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sección quinta)

Número de resolución judicial y fecha: 6 de noviembre de 2025, Caso Guyvan c. Ucrania

Tipo y número recurso o procedimiento: demanda núm. 46704/2016

ECLI:ES:TS:2025:3826

Ponente: Katerina Simachkova (presidenta), Georgios A. Serghides, Gilberto Felici, Andreas Zünd, Mykola Gnatovskyy, Vahe Grigoryan, Sébastien Biancheri, y Victor Soloveychik (secretario)

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El empleador efectuó un seguimiento de las comunicaciones del trabajador reclamante en el marco de una investigación interna, para el cual solicitó a la operadora de telefonía móvil contratada información detallada sobre determinadas llamadas realizadas con el terminal puesto a disposición del trabajador, información que la empresa se negó a compartir con el primero y que sirvió para adoptar decisiones disciplinarias, contra las que este demandó, siendo desestimada su demanda. En su sentencia, el Tribunal Supremo consideró que dicha información no tenía el carácter de datos personales. Frente a dicha resolución, el demandante solicita que el TEDH valore tal actuación como injerencia en su privacidad y tratamiento de datos personales, que no fue protegida por los tribunales ucranianos conforme establece el art. 8 del CEDH, puesto que el terminal en cuestión se usaba indistintamente para llamadas profesionales y personales, habiendo sido con anterioridad (desde 2002) una línea personal, que se tornó dual, asumiendo su coste su empleador, en 7/11/2003. Siete años después, la empresa emitió una orden expresa sobre aplicación de límites al uso de servicios de telefonía por los trabajadores (unos treinta euros mensuales), indicando los usos laborales admitidos a cargo de la empresa, que incluían tarifas en itinerancia internacional cuando se tratara de viajes de trabajo, y, asimismo, que el exceso de este tope sería descontado del salario. La investigación de la empresa del uso del teléfono por el demandante en 2015 fue motivada por uso de itinerancia internacional en fechas en las que aquel estaba en su lugar de trabajo. Por tal motivo solicitó a la operadora de telefonía móvil información detallada sobre las llamadas realizadas en itinerancia desde la línea del demandante y los países a los que se habían realizado estas en cierto periodo de tiempo. La información facilitada por la citada compañía incluía duración, fecha, hora y país de la comunicación, carácter de entrante o saliente y la identificación del número de teléfono comunicante, compañía extranjera prestadora del servicio de itinerancia, y tipología de comunicación (llamada/mensaje de texto). La investigación dio lugar a denuncia ante la policía de la ciudad de residencia del trabajador en 2015, de la que el reclamante tuvo conocimiento en junio de 2023.

El demandante alegó en su demanda contra la empresa la recopilación de información personal sobre él y la denegación de acceso a los datos recopilados por parte de la empresa, vulneradora de la normativa de protección de datos personales. El mes siguiente a dicha demanda fue despedido por ausencias injustificadas. La sentencia (de 16/12/2015) desestimó su demanda sobre acceso a datos personales, en virtud de la titularidad empresarial de la línea telefónica, considerando que no se había hecho un uso indebido de dichos datos ni se habían registrado datos personales del trabajador.

IV. Posición de las partes y planteamiento judicial

La sentencia que resuelve el recurso de apelación contra la mencionada resolución, dictada en 26/1/2016, confirma tal decisión, y entiende que la información sobre los servicios telefónicos de itinerancia fue explorada por la empresa solo con la finalidad de comprobar si había estado o no presente en su puesto de trabajo durante el horario laboral en los días de las llamadas analizadas, no con ulteriores fines como saber dónde había estado, con quién se había comunicado o incluso calcular el coste del reembolso del consumo telefónico. Dicha sentencia también fue confirmada por la del Tribunal Supremo de 14/4/2016, por negar este la naturaleza de datos personales a la información en cuestión. Por tal motivo, el demandante considera que los tribunales ucranianos no han amparado el derecho que le garantiza el art. 8 CEDH.

Por su parte, el Gobierno ucraniano se opone por razones formales, por no haber agotado los recursos internos, al no haber reclamado contra la operadora de telefonía móvil por compartir los datos descritos, y por razones sustantivas, por no tratarse de información confidencial ni de acceso al contenido de sus comunicaciones, sino a aspectos técnicos. El TEDH descarta la relevancia de la reclamación a la operadora de telefonía, y, por tanto, desestima dicha alegación, al considerar agotados los recursos nacionales contra la decisión impugnada, centrándose en la cuestión sustantiva, que requiere examinar el fondo del asunto, concluyendo que la demanda debe admitirse por no ser infundada.

Por otra parte, el Gobierno ucraniano, aunque niega la implicación del Estado, pues se trata de una disputa entre dos partes privadas, se ampara en que los tribunales que analizaron el caso aplicaron la jurisprudencia sentada en el asunto *Bărbulescu c. Rumanía* (núm. 61496/08, de 5/9/2017), y que la actuación empresarial se ajustaba a los requisitos exigibles por dicha doctrina para autorizar la monitorización de las comunicaciones en el ámbito del trabajo, pues la información recopilada, puramente técnica, se hallaba dentro de un rango de previsibilidad, si se considera que las órdenes empresariales respecto al uso de dispositivos móviles de empresa eran precisas y conocidas, por lo que recopilar tal información no puede ser constitutiva de injerencia en el derecho al respeto de la vida privada. Asimismo, afirma que no se recopilaron datos personales y que estos no eran confidenciales, así como que no se accedió, ni pudo hacerse, al contenido real de las comunicaciones.

V. Normativa aplicable al caso

Arts. 2, 5 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

VI. Doctrina básica

1. Concepto de vida privada

La vida privada protegida por el art. 8 CEDH no se limita a la esfera más íntima del individuo, sino que abarca a otras manifestaciones de su esfera privada en las que puedan estar implicados terceros en ámbitos profesionales y públicos, como se afirmó en el caso *López Ribalda* (nos. 1874/13 y 8567/13, de 17/10/2019).

Respecto a su contenido, integra también la información relativa a la ubicación de una persona en un momento concreto (*Uzun c. Alemania*, núm. 35623/05, CEDH 2010, y *Florindo de Almeida Vasconcelos Gramaxo c. Portugal*, núm. 26968/16, de 13/12/2022). Por tal razón, los servicios de itinerancia de una línea de teléfono móvil, que incluyen la ubicación de su usuario, forman parte de tal derecho.

Así, en tanto que la empresa permitió al trabajador utilizar la línea telefónica profesional con fines privados, incluso desde el extranjero, con la condición de reembolsar su coste, se concluye que su uso estaba autorizado por la misma, pero ello no priva a la información referida de su carácter personal, como es la ubicación en un lugar y fecha concretas o las personas con las que podía haber interactuado el afectado. Por tales motivos, el art. 8 es aplicable al caso.

2. Concepto de datos privados y deberes activos y pasivos de tutela

El tribunal sostiene que el objeto del artículo 8 es esencialmente proteger al individuo contra la injerencia arbitraria de las autoridades públicas, desde una perspectiva pasiva -debe de abstenerse de tal injerencia- y activa -la obligación de procurar el respeto efectivo de la vida privada o familiar-, que implica la adopción de medidas destinadas a garantizar el respeto de la vida privada incluso en el ámbito de las relaciones entre individuos, y cuyo incumplimiento deriva en responsabilidad del Estado por omisión de tutela, como ya se indicó en el asunto *López Ribalda* y otros.

Para la correcta aplicación del art. 8 CEDH es necesario determinar con precisión los límites entre los deberes positivos y negativos que marca dicho precepto, si bien estos no se encuentran definidos con absoluta claridad. Pero lo que el TJUE considera

que sí resulta palmario es la necesidad de equilibrar los intereses privados y públicos en lid, en el marco del margen de apreciación del Estado (y con los medios que estime adecuados para garantizar el cumplimiento del art. 8), que el TEDH debe revisar para determinar si tal actuación (v.gr., crear legislación específica, a su discreción, para dar efectividad al derecho, en este caso en el ámbito laboral, o que los recursos existentes proporcionen protección suficiente al derecho afectado) fue compatible con las disposiciones del convenio invocadas.

En el ámbito laboral y respecto de la monitorización de las comunicaciones, los criterios delimitadores aludidos se encuentran fijados en la sentencia Bărbulescu: a) si el empleado ha sido informado de la posibilidad de que el empleador pudiera tomar medidas para monitorizar las comunicaciones y de la implementación de dichas medidas, b) el alcance de dicha monitorización y el grado de su intrusión en la privacidad del empleado, c) si el empleador ha proporcionado razones legítimas para justificar la monitorización, d) si habría sido posible implementar métodos y medidas menos intrusivos, e) las consecuencias de la monitorización para el empleado sometido a ella, y si este ha contado con garantías adecuadas contra la arbitrariedad; y f) garantizarle el acceso a un recurso ante el órgano judicial competente para valorar los anteriores criterios. En todo caso, y dentro del margen de apreciación de los tribunales nacionales, ignorar dicha ponderación de los intereses en conflicto y la protección de datos constituiría un incumplimiento del art. 8 (STEDH Liebscher c. Austria, núm. 5434/17, de 6/4/2021).

En este caso, el contrato de telefonía móvil suscrito por la empresa le facultaba para recibir información acerca de las llamadas y mensajes emitidos y recibidos a fin de valorar cuáles eran de índole laboral, al objeto de determinar el coste a repercutir en el trabajador. Sin embargo, la finalidad de la solicitud del empleador (cursada en distintos días de 2015) fue otra muy distinta: recopilar y procesar datos para constatar la ubicación concreta del trabajador en determinadas fechas. Tales datos se encontraban enriquecidos con información adicional, innecesaria incluso para saber si el trabajador había estado en su lugar de trabajo en las fechas indicadas, como los números de teléfono con los que había interactuado el demandante y los países en los que se habían usado servicios en itinerancia. Tal exceso de información, no precisa para los fines legítimos autorizados por su recopilación, deviene invasión de la intimidad del empleado, cuya justificación había de evaluarse por los tribunales nacionales, pero, al no realizarse dicha valoración en su integridad, fallaron en la tutela que debían dispensarle con arreglo al art. 8 CEDH, al negarle a la información comprometida el carácter de dato personal. Por tal razón, el Estado incumplió sus obligaciones positivas en virtud del artículo 8 del Convenio.

VII. Parte dispositiva

La sentencia estima la demanda respecto de la vulneración del art. 8.1 del CEDH, y desestima el resto de las pretensiones accesorias de la misma.

VIII. Comentario

1. Los datos de ubicación son datos personales. La vida privada también puede desarrollarse en ámbitos laborales

Las previas SSTEDH (Gran Sala) de 5/9/2017 (asunto Bărbulescu c. Rumanía) y de 17/10/2019 (asunto López Ribalda y otros c. España) ya habían resuelto casos similares. La primera de ellas (Bărbulescu), la monitorización de una aplicación de mensajería instantánea -Yahoo Messenger-, usada con fines disciplinarios, y la segunda (asunto López Ribalda) la colocación de cámaras ocultas para la comprobación de irregularidades cometidas por trabajadores, también con fines disciplinarios. Ambas afirman que la vida privada (derecho a la intimidad personal en el derecho español, ex art. 18.1 CE, SSTC, Pleno, núm. 119/2022, de 29/9, y 66/2022, de 2/6), es un concepto que puede integrar también actividades profesionales, y que debe quedar protegida en el ámbito del trabajo, pese al reconocimiento de las facultades empresariales de vigilancia y control de la actividad laboral (en cuyo marco los

derechos fundamentales conservan igualmente su eficacia, SSTC núms. 88/1985, 6/1988, 129/1989, 126/1990, 99/1994, 106/1996, 186/1996, 90/1997, entre otras), porque en esta también existe vida privada, en la que quedan incluidas las comunicaciones, que, aun siendo laborales, constituyen correspondencia a los efectos protegidos por el CEDH.

Por otra parte, en el marco europeo y conforme al art. 4.1 RGPD, constituyen datos personales los datos de localización o ubicación (física o digital, a través de la identificación de la IP, SSTJUE de 24/11/2011, asunto Scarlet Extended, C-70/10, y de 19/10/2016, asunto B., C-582/14, respecto de las direcciones IP dinámicas si estas se acompañan de datos adicionales que permitan identificar al usuario, y STEDH de 24/4/2018 -rec. núm. 62357/2014-, asunto B. contra República de Eslovenia), mientras que el art. 2 del Convenio 108+ para la protección de las personas respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (2018, modernización del Convenio 108 de 1981), del Consejo de Europa, no efectúa tal concreción y los define como *cualquier información con respecto a un individuo identificado o identificable*. También el Tribunal Constitucional español (STC núm. 292/2000) ha afirmado que el derecho reconocido en el art. 18.4 CE incluye, más allá de los datos íntimos, cualquier tipo de dato personal, y protege tanto la utilización de los datos como su propia adquisición (SSTS de 21/9/2015 -rec. núm. 259/2014- y de 7/2/2018 -rec. núm. 78/2017). El TJUE relaciona la vida privada y la correspondencia con la expectativa razonable de respeto a la propia intimidad (SSTJUE B. contra Rumania, núm. 61496/08, y C. contra el Reino Unido, núm. 62617/00), sin ser dicha expectativa, no obstante, necesariamente concluyente, pero sí sujeta a una interpretación amplia, en aplicación del Convenio 108 del Consejo de Europa (STJUE A. contra Suiza, núm. 27798/95). Asimismo, considera que el art. 8 del CEDH ampara toda la información personal ligada a comunicaciones, así los datos de medición en los números de teléfono marcados (STJUE M. contra el Reino Unido, de 2/8/1984), y datos referentes al teléfono, correo electrónico y uso de Internet (sentencia C. contra Reino Unido).

En España, la STS núm. 163/2021, de 8/2, invocaba las razones de mercado para tolerar la geolocalización de los trabajadores durante la ejecución de su trabajo al valorar el llamado «proyecto Telepizza»^[1]. Con ocasión de aquella sentencia, ya se apeló a la posibilidad de que el uso de medios de propiedad empresarial no impedía la captación de datos igualmente personales. El TEDH viene con la sentencia de 6 de noviembre de 2025 a confirmar que los datos de ubicación son datos personales a los efectos del CEDH y de su protección por el art. 8 como manifestación del derecho a la vida privada, sea cual sea la forma en que sean captados u obtenidos tales datos y sin perjuicio de que dicho tratamiento sea admitido como medio de control de la actividad laboral por un empleador. Es decir, la premisa que con esta resolución resulta indiscutible es que los datos de ubicación procedentes de un dispositivo puesto a disposición por la empresa para la ejecución del trabajo, es decir, propiedad de la empresa (en este caso, no el propio dispositivo, pero sí la línea que permite su operatividad), son datos personales y que la propiedad de los medios de trabajo (la línea telefónica en este caso) no es óbice para descartar que un dato concreto, como es la ubicación (*a priori* caracterizada como dato personal en el marco del art. 4.1 RGPD), tenga dicha naturaleza, como el resto de los que acompañan a la identificación del uso de la línea telefónica.

Caba apuntar que, a efectos de calibrar el alcance de la invasión de una intromisión en el uso de un teléfono inteligente, aunque no se explicita en la resolución comentada, un dispositivo inteligente como el que debemos suponer empleaba el demandante puede operar sin necesidad de compañía de telefonía de soporte, a través de conexión libre a cualquier wifi externa, y que, en el caso enjuiciado, la consulta a la operadora contratada por la empresa solo le permitía conocer la operatividad del terminal usando los servicios de dicha compañía. En consecuencia, que los datos facilitados abarcaban únicamente a los que fueron operados por la empresa de telefonía contratada, lo cual incluye no solo llamadas, sino también tráfico de internet en itinerancia y mensajería instantánea (short message service, SMS) si esta opera con servicio de datos (y no conexión a wifi), con exclusión de otro tipo de

mensajería distinta a la corta de telefonía (SMS), v.gr. WhatsApp, o, como en la sentencia Bărbulescu, Yahoo Messenger u otro similar.

Pues bien, los datos de ubicación, por más que se correspondan con tiempo y/o lugar de trabajo, pueden ser depositarios de otra información sensible que defina a la persona en rasgos, ideología o costumbres, incluida cualquier acción que, llevada a cabo en contextos laborales, pudiera ser usada por la empresa con distintos fines, entre ellos los disciplinarios, al revelar la presencia de un trabajador en determinados lugares identificados con características, inclinaciones o ideología personales (v.gr. lugares de culto, consumo de determinados productos o servicios, afiliación o asociación concretas...) o simplemente gustos o hábitos, de los que inferir rasgos de personalidad, ideología, tendencias ... que sirvan a su empleador para adoptar ciertas decisiones desfavorables, especialmente si tales datos son tratados por un sistema de inteligencia artificial (IA) que extraiga de su explotación conclusiones o recomendaciones de utilidad para la empresa. Y es que un dato aislado como el de una ubicación en un momento concreto quizás otrora pudiera calificarse de insuficiente relevancia, como de hecho parece traslucir la STS núm. 766/2020, de 15/9 -rec. núm. 528/2018-, cuando alude a que los datos de posicionamiento obtenidos del GPS «no permiten captar circunstancia alguna de sus ocupantes ni su utilización refleja -ni tiene capacidad para ello- ninguna circunstancia personal (que le lleva a descartar la invasión de la esfera de privacidad, como consecuencia de limitarse a la ubicación y movimiento del vehículo)», pero no sucede lo mismo en la era de la inteligencia artificial, que permite exprimir cualquier tipo de dato para obtener una información final enriquecida por las inferencias producidas por la conjunción de datos manejados por el sistema de IA.

En consecuencia, admitido su carácter personal, que trasciende más allá de la mera ubicación de una persona en un momento concreto, ocurra esto o no en tiempo de trabajo, acceder o conocer los datos de ubicación y de geolocalización constituyen vulnerabilidades de protección de la intimidad de una persona, que permitan acceder intrusivamente a ella, y que exceden, por tal razón, de las expectativas de intimidad de cualquier persona (como afirma la STS núm. 766/2020, de 15/9 -rec. núm. 528/2018-, basada en la existencia de disposiciones o reglas expresas o en un uso social de tolerancia), como la del demandante en este caso, al no esperar que la empresa solicitara tales datos a la operadora de telefonía (aun cuando tenga el legítimo derecho que le confiere ser el titular de la línea). Por ello su conocimiento y, en su caso, uso empresarial con fines laborales no puede considerarse meramente accesorio e instrumental de sus facultades de dirección y control cuando se utilizan herramientas de trabajo propiedad de la empresa, en este caso, la línea telefónica móvil, aun en el contexto puramente laboral, como pueda ser en tiempo de trabajo (v.gr. dónde se realiza una parada para desayunar o comer o para atender a un asunto personal durante la jornada de trabajo, que los sistemas digitales que incorporan métodos reputacionales incluso permiten compartir con usuarios y clientes del servicio prestado). Por el contrario, en tanto que se conceptúen como datos personales, aun dentro de este marco estrictamente laboral, cualquier tipo de injerencia debe someterse a los requisitos fijados por la sentencia Bărbulescu para la admisión de intrusiones empresariales calificables como legítimas. En suma, el uso de medios de titularidad empresarial no excluye la necesidad del análisis de proporcionalidad, idoneidad y legitimidad en su control por el empleador.

2. La admisión del control de la ubicación y la geolocalización por la empresa

El respeto a la privacidad o intimidad se reconoce en el art. 8 CEDH, como en el art. 7 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea (que integra en tal derecho el respeto a sus comunicaciones), así como en el art. 8 de la misma carta (derecho a la protección de datos de carácter personal, desarrollado en el RGPD de 2016), o en el art. 18 de la Constitución Española (CE).

Según la doctrina constitucional española, el derecho fundamental a la intimidad personal otorga una facultad negativa o de exclusión, «que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal que

tenga justificación constitucional y que sea proporcionada» (SSTC núms. 85/2003, de 8/5, y 66/2022, de 2/6) y que permite decidir qué datos se comparten o proporcionan a un tercero (STJUE de 4/5/2023, C-487/21) y, asimismo, oponerse a su posesión o uso por un tercero (STC núm. 39/2016, de 3/3), para lo cual constituye presupuesto necesario el conocimiento de cuál es la finalidad perseguida por su captación o recopilación.

La jurisprudencia del TEDH -Sentencia 2/9/2010, caso Uzun v. Alemania- entiende que el art. 8.1 del CEDH abarca el derecho de todo ciudadano a desarrollar relaciones personales sin ser sometido a innecesarias injerencias en su vida privada, y, en dicho contexto, escala el grado de interferencia en la intimidad para situar en un nivel subordinado o menos intrusivo la geolocalización (STEDH de 8/2/2018, asunto Ben Faiza c. Francia, núm. 31446/12) respecto de la vigilancia de las telecomunicaciones telefónicas (SSTEDH de 2/12/2010, Uzun c. Alemania, y de 27/10/2015, R.E. c. Reino Unido), si bien refiere esta graduación a contextos de vigilancia pública (STJUE de 16/3/2023, C-351/2021, asunto Beobank) o policial, que comprometen no solo los parámetros delimitadores de las comunicaciones telefónicas, sino también su propio contenido. En contextos privados como las relaciones de trabajo, estos límites son de igual aplicación y, por ende, los datos de ubicación obtenidos a partir de una operadora de telefonía serían una clara intrusión en la vida privada, o en la intimidad personal.

La sujeción al círculo organizativo empresarial legitima la supervisión de la correcta ejecución del trabajo, que se extiende al uso de medios y herramientas de trabajo, incluidos los de comunicación, facilitados por la empresa (y que en España tiene su fundamento en el art. 20.3 ET, conforme a la interpretación de las SSTC núms. 186/2000, de 10/7, y 170/2013, de 7/10, entre otras). La propiedad y control de dichos medios y el fin perseguido con ello establece una nítida separación con los contextos públicos de vigilancia y seguimiento, que faculta al empleador para ejercer por sí mismo dicha vigilancia, y a usar los datos así obtenidos con fines disciplinarios. Fin legítimo (STEDH Bărbulescu) que, en tanto que supone un límite al pleno ejercicio de un derecho fundamental, se encuentra sometido al cumplimiento de los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad (STC núm. 119/2022, de 29/9, Pleno -rec. núm. 7211/2021-), bajo la autoadministración del propio empleador (que justifica el tratamiento de datos según el art. 8.1 de la Carta europea de derechos humanos), en el marco del derecho interno de los Estados miembros del Convenio, bien sea a través de legislación específica (compatible con el estado de derecho, STJUE L. y otros contra Reino Unido, núm. 58243/00, de 1/7/2008, y S. y otros contra Finlandia, 58243/00, de 27/9/2005), si esta resulta necesaria, a juicio de tal Estado, cuando se trata de relaciones entre particulares, bien a través de garantías procesales (que incluyen el control judicial posterior, pues su control previo no puede ser fiscalizado, como en el ámbito penal, por órganos judiciales mediante autorizaciones de seguimiento, pese a su menor entidad, por no utilizar medios especialmente invasivos con carácter previo como serían los dispositivos de geolocalización, sino de control *ex post* a través del auxilio de la compañía de telefonía -STS, Sala II, núm. 824/2022, de 19/10 -rec. núm. 10094/2022-).

Dicha legislación debe garantizar, asimismo, que los datos personales conservados estén protegidos eficazmente contra el mal uso y el abuso conforme al art. 7 del Convenio 108 (STEDH de 30/1/2020 -rec. núm. 50001/2012-, asunto Breyer contra Alemania). En cuanto respecta a la monitorización de las comunicaciones en el ámbito del trabajo, los criterios que permiten su admisión se basan en cinco condiciones: notificación previa a los interesados (sobre adopción de la medida y forma de implementarla), alcance limitado de la monitorización y grado de intrusión exclusivamente necesario en la privacidad del empleado, concurrencia de razones legítimas para justificar la monitorización, inexistencia de alternativas menos intrusivas, información sobre las consecuencias de la monitorización para el empleado sometido a ella, y existencia de garantías adecuadas contra la arbitrariedad de la medida. Mientras la última resulta exigible a la legislación interna del Estado en cuestión, el

resto son directamente aplicables a la actuación empresarial (y, por tanto, fiscalizables por los órganos judiciales nacionales).

No es menos cierto que estamos ante un caso de desvinculación entre la titularidad empresarial y el uso privativo de la línea telefónica por el trabajador, como demuestra no solo que esté adscrita a su propio terminal, sino también el pacto de uso privado con asunción empresarial del coste, que convirtió a la línea sufragada por la empresa en una línea mixta, laboral y privada a la vez. Circunstancia que cobra especial relevancia en cuanto resulta extrapolable a situaciones similares, con idénticos pactos entre las partes o usos internos de empresa, por los cuales la parte trabajadora comparte una misma línea para asuntos privados y para fines profesionales.

En tales contextos, cualquier acción indagatoria desplegada por la empleadora (por sí misma o con el auxilio de un tercero, como, en este caso, la operadora de telefonía) sobre la línea telefónica (aun en su calidad de titular de aquella) y los detalles de su uso puede suponer una intromisión en la privacidad de la parte trabajadora, al convivir datos personales y profesionales, sin perjuicio de considerar que los de índole profesional puedan igualmente reunir el carácter de personales, como ya se ha analizado anteriormente.

Por tanto, conforme a las sentencias del TEDH Bărbulescu y López Ribalda, el correcto equilibrio entre los respectivos bienes jurídicos protegidos exige sujeción del control empresarial a los parámetros indicados, especialmente los de orden informativo y los relativos a la calibración de la idoneidad y proporcionalidad de la medida, si bien cabe matizar que la información previa a los sujetos objeto de vigilancia no ampara cualquier medida de control si la prueba de proporcionalidad no resulta positiva, y que tal información debe ser exhaustiva, comprendiendo no solo la forma de aplicar la medida, sino también la finalidad de esta y sus ulteriores consecuencias (v.gr., disciplinarias). También es doctrina de nuestro Tribunal Supremo que el control de los medios de trabajo facilitados por la empresa, incluidos los de comunicación, requiere haber establecido previamente las bases para el uso y haber informado a los trabajadores sobre dicho «control de los medios a aplicar en orden a comprobar su correcto uso, así como las medidas a adoptar para garantizar la efectividad laboral del medio informático cuando fuere preciso» (STS de 8/3/2011 -rcud. núm. 1826/2010- y del Pleno de 6/10/2011 -rcud. núm. 4053/2010-), que permitan soslayar la expectativa razonable de intimidad generada en los trabajadores a partir del uso social permitido o tolerado por la empresa.

En el caso analizado, se han incumplido ambas condiciones. La primera -deber informativo previo- porque los empleados podían tener conocimiento implícito de la posible vigilancia del uso de los medios de comunicación facilitados por la empresa, restringidos a finalidades puramente laborales, pero no del recurso al auxilio de terceros (la operadora de telefonía móvil) para completar la indagación sobre tal uso, ni del grado de intrusión permitido por la información recabada por la empresa, que abarcó no solo su ubicación en determinados días, sino las personas con las que estableció comunicación, como tampoco de la finalidad que se daría a los datos obtenidos (la ubicación del trabajador), distinta de la que resulta coherente con los términos del pacto entre ambos: la asunción personal del coste que superara un límite mensual (para cuya determinación, pese a que el TEDH parece admitir como plausible que la solicitud de información a la operadora de telefonía móvil se destinara a discriminar las llamadas laborales de las privadas, no parece necesario conocer la ubicación del trabajador ni tampoco los contactos establecidos), mientras que el propio contenido de la actuación empresarial revela, *per se*, ulteriores intenciones de índole disciplinaria (que se tradujeron en el inmediato despido disciplinario). De igual modo, tiene especial relevancia en la graduación de la intrusión la existencia de uso social o tolerancia por parte de la empresa en la utilización de la línea telefónica para finalidades profesionales y personales indistintas, que conllevan una legítima expectativa de privacidad para el trabajador implicado. La segunda condición tampoco se ha cumplido, porque los medios empleados para el fin buscado no se ajustan al requisito de la necesidad, ya que los datos de ubicación no resultaban precisos para

comprobar si el trabajador se encontraba o no en su puesto de trabajo en determinadas fechas (para tal comprobación existen otros medios adecuados y menos invasivos). Las medidas restrictivas de derechos fundamentales en el contexto laboral deben superar el juicio de proporcionalidad para ser admitidas (esto es, juicio de idoneidad -si la medida es susceptible de alcanzar el objetivo propuesto-, juicio de necesidad -si no existe otra alternativa menos invasiva de igual eficacia-, y juicio de proporcionalidad -si es equilibrada, en tanto no resulta más perjudicial que el interés protegido para otros valores en conflicto-, sin que baste, por tanto, cumplir con la notificación de la aplicación de la medida de vigilancia (al respecto, vid. STS núm. 766/2020, de 15/9/2020 -rec. núm. 528/2018-, sobre geolocalización de trabajadora a través de dispositivos de geoposicionamiento en vehículo de empresa fuera de la jornada laboral, conociendo la misma la prohibición empresarial de uso del vehículo para fines personales), y descartando toda equivalencia entre consentimiento -implícito- y conocimiento.

La sentencia deja apuntado, finalmente, que el uso de datos de ubicación con fines disciplinarios no supera la prueba de necesidad, además de ser divergente con la utilidad legítima de recabar los datos proporcionados por la compañía telefónica -discriminar las llamadas de índole personal de las de carácter profesional para dar cumplimiento al pacto sobre asunción de los costes de la línea-, por ser otra la finalidad real que persiguió la inmisión -determinar la localización exacta del trabajador en ciertas fechas-. En definitiva, la comprobación del debido cumplimiento de los deberes laborales no ampara medidas de índole policial como los datos de ubicación en fechas concretas, puesto que existen otros medios menos invasivos a disposición de cualquier empresa para realizar tal comprobación.

IX. Apunte final

En todo caso, lo que se enjuicia en este caso y la importancia de la resolución no es en sí la aplicación de los criterios sentados en la sentencia Bărbulescu y López Ribalda (reiterados en esta decisión judicial), sino la naturaleza de los datos analizados, los datos de ubicación vinculados a una línea telefónica, calificados como datos personales, la consideración como tales de ciertos datos unidos al uso de medios empresariales, y, en último término, la necesidad de valorar como hipotéticos datos personales todos aquellos que permitan aproximar una identificación personal como presupuesto para decidir acerca de la legitimidad de decisiones empresariales, aun dentro de sus facultades organizativas y disciplinarias, cuya omisión puede devenir en una falta de tutela por órganos jurisdiccionales.

NO SE HA UTILIZADO NINGUNA IAG PARA REDACTAR ESTE ARTÍCULO

Referencias:

1. ^ Comentada en un número anterior de esta revista (3/2021), Rivas Vallejo, Pilar: «Geolocalizar a los trabajadores no es invasión de su intimidad si el dispositivo utilizado para ello es propiedad de la empresa», https://doi.org/10.55104/RJL_00226.

§ 92 Compensación por excesos de «jornada» (o carga de trabajo) en la actividad judicial: entre la retribución y el descanso.

Juan Martínez Moya

Magistrado del Tribunal Supremo.

Resumen: No se opone el principio de independencia judicial una normativa nacional que se limita a compensar los excesos en la carga de trabajo en la actividad judicial únicamente con tiempo de descanso y no mediante retribución, siempre que dicho juez pueda efectivamente invocar el tiempo de descanso compensatorio y lo pueda disfrutar, y que dicha normativa no tenga por efecto socavar la adecuación de su retribución a la importancia de las funciones que desempeña.

Palabras clave: Juez. Descanso. Retribución adecuada, independencia judicial.

Abstract: Le principe d'indépendance des juges ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui, en prévoyant seulement l'octroi d'un temps de repos compensateur pour le temps de travail qu'un juge accomplit pour la réalisation de tâches qui relèvent d'un poste vacant au sein de sa juridiction, en plus de celles lui incombant au titre du poste qu'il occupe, exclut toute compensation financière pour le travail effectué en vue de la réalisation de ces tâches supplémentaires, pour autant que ce juge puisse effectivement faire valoir le temps de repos compensateur qu'il a acquis et que cette réglementation n'ait pas pour effet de porter atteinte à l'adéquation de sa rémunération avec l'importance des fonctions qu'il exerce.

Keywords: Juges. Temps de repos. Rémunération adéquat. Indépendance des juges.

DOI: https://doi.org/10.55104/RJL_00692

I. Introducción

Numerosas sentencias han ido enriqueciendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al principio de independencia judicial en el Derecho de la Unión y en consecuencia, a la temática de Estado de Derecho, como uno de los sus valores esenciales de la Unión Europea^[1].

La sentencia del TJUE de 13 de noviembre de 2025 (asunto C-272/24) se incorpora a este cuerpo de doctrina desde la materia relativa a la retribución de jueces y sistema de compensación (económica o a través de descansos) derivados de excesos de «jornada» (*rectius* «actividad»). Advertimos ya que el título de este comentario emplea un término equívoco: en la actividad judicial es difícilmente medible bajo el concepto de jornada en sentido técnico jurídico, siendo más usual el de carga de trabajo.

Más allá de la respuesta a la cuestión prejudicial que plantea el Tribunal Superior de Bucarest reclamación de un juez del pago de una compensación económica por horas extras realizadas como consecuencia de haber desempeñado durante un periodo de tiempo (desde 2019 a 2021) función jurisdiccional cubriendo vacantes en otras secciones (contencioso-administrativa y tributaria, y también) de su Tribunal de distrito de Galați, resulta de enorme interés advertir cómo el TJUE se detiene:

- En aspectos estatutarios del juez concernientes a las particularidades de las «funciones de la profesión de juez», dando unas pinceladas muy sugerentes sobre qué hace un juez.
- La inaplicabilidad, en principio, de la Directiva 2003/88, con relación a la retribución de trabajadores (salvo en vacaciones anuales retribuidas).
- La noción de independencia judicial de los órganos jurisdiccionales desde la perspectiva de organización nacional.
- La importancia cuantitativa de la retribución de los jueces a efectos de que resulte «adecuada» conforme a la realidad de cada país, para preservar el riesgo de corrupción y también «para hacer de la judicatura atractiva para los juristas altamente cualificados».
- Finalmente el TJUE, consciente de las limitaciones sobre el objeto de pronunciamiento de toda cuestión prejudicial (art. 267 TFUE), esto es, que no está llamado a aplicar al supuesto el Derecho de la UE (en términos claros, el TJUE responde a consultas en los términos planteados por los órganos jurisdiccionales nacional, pero no resuelven el litigio nacional), sin embargo, se permite hacer «indicaciones» sobre los parámetros que deben seguir los órganos judiciales nacionales para dar una respuesta adecuada al litigio, siguiendo el contexto del litigio principal y las observaciones formuladas en el procedimiento de cuestión prejudicial.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera).

Número de resolución judicial y fecha: núm. 62024CJ0272; de 13 de noviembre de 2025.

Tipo y número recurso o procedimiento: procedimiento prejudicial. Asunto C-272/24.

ECLI: EU:C:2025:874.

Fuente: Curia .

Ponente: Sra. I. Ziemele

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. El litigio nacional

El caso surge a raíz de una petición de decisión prejudicial planteada por la Curtea de Apel București (Tribunal Superior de Bucarest, Rumanía), en el contexto de un litigio entre HZ, juez del Tribunalul Galați (Tribunal de Distrito de Galați, Rumanía), y dicho órgano jurisdiccional.

El juez (HZ) reclama el pago de una compensación económica por las horas extraordinarias realizadas en el desempeño de tareas jurisdiccionales en vacantes de su Tribunal, que le habían sido asignadas desde 2019, debido a la falta de personal en el tribunal, vacantes que produjeron un incremento de la carga de trabajo de los jueces en activo.

La normativa nacional rumana, en respuesta a recomendaciones europeas para reducir el déficit público, estableció que las horas extraordinarias de los empleados públicos, incluidos los jueces, solo podían compensarse mediante tiempo de descanso, excluyendo cualquier compensación económica.

El juez solicitó que se le remuneraran las horas extraordinarias en proporción a los salarios y complementos de las plazas vacantes, pero su demanda fue desestimada en primera instancia. El tribunal consideró que la normativa vigente solo permitía la compensación mediante tiempo de descanso.

HZ apeló la decisión, argumentando que la posibilidad de compensar con tiempo de descanso era meramente teórica debido a la elevada carga de trabajo, y que la falta de compensación económica podía afectar tanto a sus derechos laborales como a la independencia judicial.

2. Planteamiento de la cuestión prejudicial

El tribunal remitente planteó al Tribunal de Justicia la cuestión de si la normativa nacional que prohíbe el pago de horas extraordinarias a jueces, permitiendo solo la compensación con tiempo de descanso, es compatible con el principio de independencia judicial y con el derecho a una remuneración adecuada, especialmente cuando dicha compensación puede afectar a las vacaciones anuales legales.

IV. Posición de las partes

1. El litigio en instancia

(a) HZ (juez demandante)

HZ sostiene que, debido a la insuficiencia de personal en el Tribunalul Galați, ha realizado horas extraordinarias al asumir tareas adicionales correspondientes a plazas vacantes desde 2019.

Solicita que dichas horas extraordinarias sean remuneradas económicamente, proponiendo que se le abone una parte proporcional de los salarios y complementos vinculados a las plazas vacantes, divididos entre los jueces en activo.

Argumenta que la compensación mediante tiempo de descanso es meramente teórica, dada la elevada carga de trabajo, y que la falta de compensación económica afecta a la adecuación de su remuneración y, potencialmente, a la independencia judicial.

(b) La sentencia de instancia (Tribunal de instancia de Galați)

El tribunal, apoyándose en la normativa nacional vigente (OUG n.º 114/2018, 130/2021 y 168/2022), sostiene que las horas extraordinarias realizadas por jueces solo pueden compensarse mediante tiempo de descanso, excluyendo cualquier compensación económica.

En primera instancia, desestimó la demanda de HZ, considerando que la solicitud de remuneración económica era infundada bajo la legislación aplicable.

Señala que HZ no solicitó formalmente el tiempo de descanso compensatorio durante el período controvertido, ni se le denegó tal derecho por parte del empleador.

2. El litigio en apelación. Posición del órgano judicial (Corte de Apelación) remitente de la cuestión prejudicial

El órgano judicial remitente, la Corte de Apelación de Bucarest, reconoce que la normativa nacional aplicable a los jueces no elimina el derecho a la compensación por horas extraordinarias, pero restringe la forma de compensación únicamente al tiempo de descanso, excluyendo la compensación económica.

Señala que, en situaciones de insuficiencia crónica de personal, como la vivida en el Tribunalul Galați, la carga de trabajo de los jueces en activo aumenta considerablemente, lo que puede hacer que la concesión de tiempo de descanso compensatorio sea puramente teórica y no efectiva. Esto podría afectar la adecuación de la remuneración de los jueces en relación con la responsabilidad de sus funciones.

Considera que la calificación de horas extraordinarias debe basarse en el volumen real de trabajo y no solo en el porcentaje de cobertura de plazas vacantes.

Precisa que el empleador nunca denegó a HZ la solicitud de vacaciones o días de descanso compensatorio, pero también que HZ no presentó ninguna solicitud formal en ese sentido durante el periodo controvertido.

Finalmente, el órgano remitente plantea la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia para determinar si la normativa nacional que prohíbe el pago de horas extraordinarias a los jueces, permitiendo solo la compensación con tiempo de descanso, es compatible con el principio de independencia judicial y con el derecho a una remuneración adecuada, especialmente cuando dicha compensación puede afectar a las vacaciones anuales legales.

3. *El procedimiento prejudicial*

(a) Posición de la Abogada General

El TJUE decidió resolver el asunto sin conclusiones de la Abogada General, es decir, no se emitió un dictamen formal por parte de la Abogada General en este procedimiento.

(b) Posición de los otros intervinientes

*Gobierno rumano

El Gobierno rumano intervino en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia, defendiendo la normativa nacional que establece la compensación de las horas extraordinarias de los jueces únicamente mediante tiempo de descanso, excluyendo la compensación económica.

Justifica esta medida como una respuesta a la obligación de reducir el déficit público, en línea con las recomendaciones de la Unión Europea.

Argumenta que la carga de trabajo de los jueces es cuantificada por el Consejo Superior de la Magistratura, que garantiza el equilibrio en el reparto de tareas y determina el número de jueces necesarios en cada órgano jurisdiccional.

*Comisión Europea

La Comisión Europea también intervino en el procedimiento, presentando observaciones escritas.

Señala que, según el Cuadro de indicadores de la justicia en la Unión de 2024, un juez rumano percibe, al inicio de su carrera, un salario medio equivalente a 2,9 veces el salario bruto medio anual en Rumanía, aunque corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar este extremo.

La Comisión no cuestiona directamente la compatibilidad de la normativa nacional con el principio de independencia judicial, pero aporta datos relevantes sobre la remuneración de los jueces en el contexto socioeconómico nacional.

V. **Normativa aplicable al caso**

1. *Derecho de la Unión*

Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores

Los puntos 5 y 7 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores establecen:

«5. Todo empleo debe ser justamente remunerado.

A tal fin conviene que, con arreglo a las prácticas nacionales:

- se garantice a los trabajadores una remuneración equitativa, es decir, que sea suficiente para proporcionarles un nivel de vida digno;
- se garantice a los trabajadores sujetos a un régimen de trabajo distinto del contrato de trabajo a tiempo completo y por tiempo indefinido un salario de referencia equitativo;
- los salarios solo pueden ser retenidos, embargados o cedidos con arreglo a las disposiciones nacionales; estas disposiciones deberían prever medidas que garanticen al trabajador la conservación de los medios necesarios para su sustento y el de su familia.

[...]

7. 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. Este proceso se efectuará mediante la aproximación, por la vía del progreso, de dichas condiciones, en particular en lo que respecta a la duración y distribución del tiempo de trabajo y 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.

Esta mejora deberá permitir igualmente desarrollar, cuando sea necesario, ciertos aspectos de la reglamentación laboral, como los procedimientos de despido colectivo o los referentes a las quiebras.»

Directiva 2003/88

A tenor del artículo 3 de la Directiva 2003/88, titulado «Descanso diario»:

«Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten de un período mínimo de descanso diario de 11 horas consecutivas en el curso de cada período de 24 horas.»

El artículo 5 de esta Directiva, que lleva por título «Descanso semanal», prevé:

«Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten, por cada período de siete días, de un período mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas, a las que se añadirán las 11 horas de descanso diario establecidas en el artículo 3.

Cuando lo justifiquen condiciones objetivas, técnicas o de organización del trabajo, podrá establecerse un período mínimo de descanso de 24 horas.»

El artículo 6 de dicha Directiva, titulado «Duración máxima del tiempo de trabajo semanal», tiene el siguiente tenor:

«Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que, en función de las necesidades de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores:

a) se limite la duración del tiempo de trabajo semanal por medio de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas o de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales;

b) la duración media del trabajo no exceda de 48 horas, incluidas las horas extraordinarias, por cada período de siete días.»

El artículo 7 de la misma Directiva, titulado «Vacaciones anuales», dispone:

«1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales.

2. El período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral.»

2. Derecho rumano

El artículo 21, apartado 1, de la Legea-cadru nr. 153/2017 privind salarizarea personalului plătit din fonduri publice (Ley Marco n.º 153/2017, relativa a la Retribución del Personal Asalariado con Cargo a Fondos Públicos), de 28 de junio de 2017 (*Monitorul Oficial al României*, parte I, n.º 492 de 27 de junio de 2017) (en lo sucesivo, «Ley Marco n. 153/2017»), establece que las horas extraordinarias realizadas por encima de las horas normales de trabajo deben compensarse con tiempo libre retribuido en el plazo de sesenta días naturales desde su realización. Sin embargo, en el supuesto de que la compensación mediante tiempo libre retribuido no sea posible dentro del plazo previsto en dicho apartado 1, el artículo 21, apartado 2, de la Ley Marco n. 153/2017 precisa que las horas extraordinarias realizadas por encima de las horas normales de trabajo deberán pagarse el mes siguiente junto con una bonificación del 75 % del salario base, el sueldo/salario de función o la retribución de base de función correspondiente a las horas extraordinarias efectuadas.

VI. Doctrina básica

Es acorde al Derecho de la Unión Europea una normativa nacional que se limita a compensar los excesos en la carga de trabajo en la actividad judicial únicamente con tiempo de descanso y no mediante retribución, siempre que concurren dos circunstancias; a) que dicho juez/a pueda efectivamente invocar el tiempo de descanso compensatorio y lo pueda disfrutar; y b) que dicha normativa no tenga por efecto socavar la adecuación de su retribución a la importancia de las funciones que desempeña.

VII. Parte dispositiva

*El artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, en relación con el artículo 2 TUE y con el punto 5 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, adoptada en la reunión del Consejo Europeo celebrada en Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989, debe interpretarse en el sentido de que el principio de independencia judicial no se opone a una normativa nacional que, al establecer únicamente la concesión de un tiempo de descanso compensatorio por el tiempo de trabajo que haya realizado un juez para el desempeño de tareas derivadas de una plaza vacante en su órgano jurisdiccional, además de las que le corresponden en virtud de la plaza que ocupa, excluye cualquier compensación económica por el trabajo efectuado para la realización de dichas tareas adicionales, siempre y cuando dicho juez pueda efectivamente invocar el tiempo de descanso compensatorio al que ha adquirido derecho y que dicha normativa no tenga por efecto socavar la adecuación de su retribución a la importancia de las funciones que desempeña.

*En cuanto a las costas, dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional remitente, corresponde a este resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

VIII. Pasajes decisivos

48. En cuanto a la adopción de una medida legislativa que, como excepción a la normativa nacional y en circunstancias de falta de personal, prevé que la carga de trabajo adicional de un juez derivada de la realización de tareas vinculadas a una plaza de juez vacante en un órgano jurisdiccional sea objeto no de una remuneración

económica sino de la concesión de un descanso compensatorio, tal medida de excepción debe cumplir una serie de requisitos para que pueda considerarse que respeta el principio de independencia judicial.

49. En primer término, una medida de excepción como la contemplada en el apartado anterior, al igual que las normas generales relativas a la determinación de la retribución de los jueces de las que se aparta, debe estar prevista por la ley. Además, las modalidades de retribución de los jueces introducidas por tal medida deben ser objetivas, previsibles y transparentes (sentencia de 25 de febrero de 2025, *Sąd Rejonowy w Białymstoku y Adoreiké*, C-146/23 y C-374/23, EU:C:2025:109, apartado 66).

50. En segundo término, dicha medida debe estar justificada por un objetivo de interés general, como las exigencias imperativas de supresión de un déficit público excesivo, en el sentido del artículo 126 TFUE, apartado 1 (sentencia de 25 de febrero de 2025, *Sąd Rejonowy w Białymstoku y Adoreiké*, C-146/23 y C-374/23, EU:C:2025:109, apartado 67 y jurisprudencia citada).

51. Las razones presupuestarias que hayan justificado la adopción de una medida que se aparte de lo dispuesto en las normas de Derecho común en materia de retribución de los jueces han de precisarse con claridad. Además, sin perjuicio de circunstancias excepcionales debidamente justificadas, estas medidas no deben dirigirse únicamente a los miembros de los órganos jurisdiccionales nacionales y deben inscribirse en un marco más general dirigido a que un conjunto más amplio de miembros de la función pública nacional contribuya al esfuerzo presupuestario que se persigue (véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, C-64/16, EU:C:2018:117, apartado 49; de 7 de febrero de 2019, *Escribano Vindel*, C-49/18, EU:C:2019:106, apartado 67, y de 25 de febrero de 2025, *Sąd Rejonowy w Białymstoku y Adoreiké*, C-146/23 y C-374/23, EU:C:2025:109, apartado 69).

52. Así, cuando un Estado miembro adopte medidas de restricción presupuestaria que afecten a sus funcionarios y a sus empleados públicos, puede, en una sociedad caracterizada por la solidaridad, como subraya el artículo 2 TUE, decidir aplicar dichas medidas también a los jueces nacionales (sentencia de 25 de febrero de 2025, *Sąd Rejonowy w Białymstoku y Adoreiké*, C-146/23 y C-374/23, EU:C:2025:109, apartado 71).

53. En tercer término, conforme al principio de proporcionalidad, que constituye un principio general del Derecho de la Unión, una medida de excepción como la contemplada en el apartado 48 de la presente sentencia debe ser adecuada para garantizar la realización del objetivo de interés general perseguido, limitarse a lo estrictamente necesario para alcanzar ese objetivo y no ser desproporcionada respecto a él, lo que implica ponderar la importancia de este último y la gravedad de la injerencia en el principio de independencia judicial (sentencia de 25 de febrero de 2025, *Sąd Rejonowy w Białymstoku y Adoreiké*, C-146/23 y C-374/23, EU:C:2025:109, apartado 72).

54. En consecuencia, esta medida, si bien puede permitir la consecución del objetivo de interés general mencionado en el apartado 50 de la presente sentencia, debe ser excepcional y temporal, por cuanto no debe aplicarse durante más tiempo del necesario para alcanzar el objetivo legítimo perseguido, como la eliminación de un déficit público excesivo (sentencia de 25 de febrero de 2025, *Sąd Rejonowy w Białymstoku y Adoreiké*, C-146/23 y C-374/23, EU:C:2025:109, apartado 73).

55. Además, la incidencia de tal medida en la retribución de los jueces no debe ser desproporcionada en relación con el objetivo perseguido (sentencia de 25 de febrero de 2025, *Sąd Rejonowy w Białymstoku y Adoreiké*, C-146/23 y C-374/23, EU:C:2025:109, apartado 74).

56. En cuarto término, la preservación de la independencia de los jueces exige que, a pesar de que se les aplique una medida de restricción presupuestaria, y aun

cuando tal medida esté vinculada a la existencia de una grave crisis económica, social y financiera, el nivel de la retribución de los jueces esté siempre en consonancia con la importancia de las funciones que desempeñan, a fin de que queden protegidos frente a injerencias o presiones externas que puedan poner en peligro su independencia a la hora de juzgar o que puedan influir en sus decisiones, de conformidad con la jurisprudencia recordada en el apartado 37 de la presente sentencia (sentencia de 25 de febrero de 2025, Sąd Rejonowy w Białymstoku y Adoreiké, C-146/23 y C-374/23, EU:C:2025:109, apartado 75).

57. En quinto término, una medida de excepción como la contemplada en el apartado 48 de la presente sentencia también debe poder ser objeto de un control judicial efectivo (sentencia de 25 de febrero de 2025, Sąd Rejonowy w Białymstoku y Adoreiké, C-146/23 y C-374/23, EU:C:2025:109, apartado 76).

IX. Comentario

1. El caso planteado y su doble enfoque: primer plano y plano secuencia

Usando un símil cinematográfico, la sentencia comentada permite varios enfoques. Tiene, sin duda, un primer plano, pero también un plano secuencia, que nos permite ver muchos y plurales aspectos del contexto en el que desarrolla su motivación.

Para describir el primer plano, nada mejor que emplear las palabras del profesor Eduardo Rojo, cuando, de inmediato, tomó pronta noticia de la sentencia y dio cuenta sobre dos aspectos de interés: de un lado, del examen y la respuesta a la cuestión prejudicial sobre la compensación únicamente por tiempo de descanso del exceso de horas trabajadas sobre su jornada “ordinaria” por un juez; y de otra parte, si bien estrechamente vinculada a la anterior temática, que dicha compensación solo estará justificada si el juez recibe una remuneración acorde con su (importante) función. Y continua diciendo que «en cualquier caso, y siempre siguiendo la distribución competencial entre el TJUE y los tribunales nacionales, la aceptación de la compensación por tiempo de descanso y su no sustitución por el incremento de la remuneración del juez, deberá ser decidida por el órgano jurisdiccional remitente si concluye que el descanso realmente puede disfrutarse y que la remuneración del juez es la adecuada».^[2]

En principio, la legislación rumana establece en estos casos un doble sistema de compensación: a) como regla general, las horas extraordinarias realizadas por encima de las horas normales de trabajo deben compensarse con tiempo libre retribuido en el plazo de sesenta días naturales desde su realización; b) pero, de no ser posible esa compensación en dicho plazo, precisa que las horas extraordinarias deberán pagarse el mes siguiente junto a una bonificación del mes siguiente junto con una bonificación del 75 % del salario base, el sueldo/salario de función o la retribución de base de función correspondiente a las horas extraordinarias efectuadas.

Sin embargo, el litigio surge porque se produjo un cambio normativo. Este sistema excepcional que permitía la compensación en metálico fue modificado, con la finalidad de ajustarse a un objetivo de déficit inferior al 3 % del Producto Interior Bruto (PIB) en consonancia con el Tratado FUE y recomendaciones del Consejo de la UE al establecer que las horas extraordinarias efectuadas por el personal del sector presupuestario asignado a funciones ejecutivas o directivas por encima de las horas normales de trabajo, así como el trabajo efectuado durante los días de descanso semanal, los días festivos y los demás días no laborables, solo podrán compensarse mediante tiempo libre, excluyendo cualquier compensación económica.

Este nuevo contexto normativo, suscita dudas en el Tribunal de apelación de Bucarest y le lleva a plantear la cuestión relativa a si la normativa nacional que solo prevé compensación por tiempo libre o descanso, y no a través del pago de una compensación económica por las horas de trabajo realizadas por HZ en relación con las tareas adicionales que se le habían encomendado desde 2019, resulta o no ajustada a la interpretación del artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, en

relación con el artículo 2 TUE, con los puntos 5 y 7 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, adoptada en la reunión del Consejo Europeo celebrada en Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989, y con los artículos 3 y 5 a 7 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

2. El plano secuencia: el contexto de principios y valores sobre el que se despliega la especialidad y singularidad de la profesión judicial

El plano secuencia de la STJUE nos muestra el contexto.

Primero, toma buena nota de la precisión fáctica que hace el órgano jurisdiccional remitente cuando precisa, por un lado, que el juez reclamante no invocó ante su empleador el derecho a la concesión de un tiempo de descanso, con arreglo a los OUG n.ºs 114/2018, 130/2021 y 168/2022, por las horas extraordinarias que realizó durante el período controvertido en el litigio principal. Y añade que «a este respecto, nada en los autos indica que su empleador le haya disuadido de ejercer este derecho o se lo haya impedido. Por otro lado, este órgano jurisdiccional observa que dichas horas extraordinarias no han sido computadas, por el empleador o por el propio recurrente en el litigio principal, por lo que este último dedujo la carga de trabajo adicional que le correspondió del número de plazas de juez vacantes en su tribunal respecto de cada año a que se refiere en su solicitud.»

En segundo lugar, parte de la singularidad de las tareas propias de la profesión de juez, y las conecta con los aspectos retributivos vinculándolos a la noción de independencia judicial de los órganos jurisdiccionales, reparando en la perspectiva de organización de cada realidad nacional de los Estados miembros.

Aquí el TJUE inicia la aproximación al problema. Para ello toma como punto de referencia un elemento descriptivo: lo que hace un juez. La cuestión no es sencilla, por la polivalencia funcional derivada de la división y de la propia organización del trabajo judicial. La sentencia del TJUE se queda en una tímida y genérica aproximación al tropezar con una evidencia «[...] las particularidades de las funciones de la profesión de juez, que están íntimamente relacionadas con el estatuto de dicha profesión, pueden impedir el cómputo preciso de su tiempo de trabajo en términos de horarios normales y de horas extraordinarias». La singularidad de la función judicial el TJUE la percibe señalando que «la actividad jurisdiccional presenta características que pueden hacer difícil, incluso imposible, la medición de ese tiempo de trabajo según los procedimientos aplicables en otras profesiones. En efecto, la tramitación judicial de los asuntos puede estar sujeta a plazos legales obligatorios, puede implicar procedimientos de urgencia, en particular de medidas provisionales, y debe cumplir, de forma general, la exigencia de pronunciar una sentencia en un plazo razonable, por lo que todas estas circunstancias exigen regularmente el desempeño de funciones fuera de las horas normales de trabajo. Del mismo modo, la presencia en las vistas no puede verse limitada por unos horarios precisos sobre los que el juez, o el tribunal al que pertenece, tenga un control absoluto.»

En tercer lugar, destaca la importancia cuantitativa de la retribución de los jueces a efectos de que resulte «adecuada» conforme a la realidad de cada país, y la enlaza con un doble elemento teleológico que está llamada a cumplir (por tanto, implícitamente todo un mensaje para los Estados nacionales): a) por una parte, para preservar el riesgo de corrupción – políticas presupuestarias que garanticen retribuciones acordes a la función judicial y componentes éticos en el servicio público-; y b) también «para hacer de la judicatura atractiva para los juristas altamente cualificados» (políticas en el acceso a la carrera judicial dirigidas a garantizar la competencia profesional de quienes están llamados a ejercer el desempeño judicial).

3. Las recomendaciones del TJUE en materia de retribución adecuada vinculada a la independencia judicial al órgano judicial remitente

No es frecuente que el TJUE entre con tanto detalle en apuntar los criterios de valoración que debe tener presente el órgano judicial encargado de resolver el litigio. Sin embargo, los principios en liza: la independencia judicial como ingrediente esencial del Estado de Derecho en la comunidad de valores que da sentido a la UE, lo justifican plenamente. El alto valor pedagógico que contiene es incuestionable cuando afirma:

En primer lugar, la medida nacional que excluye la retribución de las horas extraordinarias realizadas por un juez tiene naturaleza legislativa y que la excepción que contienen está limitada al año al que se refiere cada uno de esos actos.

En segundo lugar, las exigencias imperativas de supresión de un déficit público excesivo, en el sentido del artículo 126 TFUE, apartado 1, constituyen un objetivo de interés general. Dicho esto, habrá de comprobarse si las plazas no ocupadas están o no dotadas presupuestariamente, en el bien entendido de que, en caso afirmativo, esto pondría en tela de juicio la persecución sistemática y coherente del objetivo que se trataba de conseguir.

Estas medidas se aplican al «personal del sector presupuestario asignado a funciones ejecutivas o directivas», por lo que no están específicamente dirigidas a los jueces.

En tercer lugar, en lo referente a la proporcionalidad de la medida controvertida en el litigio principal, obliga al tribunal que debe decidir el conflicto a: a) comprobar si puede resultar adecuada para garantizar la consecución del objetivo de reducción de los déficits públicos y que puede ser necesaria en relación con el objetivo a alcanzar; y b) verificar que no constituye una reducción directa de la remuneración de los jueces; c) le incumbe comprobar en la práctica si los jueces afectados no se ven, en realidad, disuadidos o incluso imposibilitados de invocar este tiempo de descanso; d) en cuanto a las dudas sobre el carácter adecuado de la retribución percibida por el juez deberá apreciar este carácter teniendo en cuenta la situación económica, social y financiera del Estado miembro de que se trate mediante la comparación de la retribución media de los jueces con el salario medio en ese Estado.

X. Apunte final

Es inevitable hacer una lectura de esta sentencia extrapolándola al estatuto judicial en España. Habría que considerar muchas cuestiones. La brevedad del presente comentario lo dificulta.

Nuestro sistema no contempla el régimen de compensación de descansos de los excesos de jornada, con la salvedad de algunas situaciones puntuales como son los sistema de guardias (Reglamento 1/2005, 15 de septiembre de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales), y otras derivadas de funciones en procesos electorales.

En general, a grandes rasgos, los excesos de actividad judicial se reconducen a siempre al pago de una retribución, bien por productividad, tratándose del mismo órgano judicial (Reglamento 2/2018, de 29 de noviembre, en los relativo a las retribuciones variables por objetivos) , o en otros órganos judiciales además del que se desempeña en régimen de titularidad, con las abonadas por el Ministerio de Justicia en casos de sustituciones voluntarias o derivadas de comisiones de servicios sin relevación de funciones. La regulación de horarios se traduce en el concepto de audiencia pública (art. 186 LOPJ y 10 y ss. del citado Reglamento de Aspectos accesorios). La regulación del régimen retributivo de Jueces y Magistrados se contiene en el capítulo V del Título II del Libro IV de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La norma de cabecera del referido capítulo dispone que «[e]l Estado garantiza la independencia económica de los Jueces y Magistrados mediante una retribución adecuada a la dignidad de la función jurisdiccional» (art. 402.1 LOPJ). Asimismo, se dispone que el régimen de retribuciones de los Jueces y Magistrados se inspirará en

los principios de objetividad, equidad, transparencia y estabilidad, atendiendo para su fijación a la dedicación de la función jurisdiccional, a la categoría y al tiempo de prestación de servicios y se retribuirá, además, la responsabilidad del cargo y el puesto de trabajo (art. 403.1 LOPJ). Para el desarrollo normativo de este régimen retributivo el legislador orgánico se remite a la Ley (art. 403.6 LOPJ). En ese marco de colaboración internormativa se inscribe la Ley 15/2003, de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal.

Ahora bien, la sentencia del TJUE analizada de manera explícita constata una realidad común en la actividad judicial: el delicado tema de la retribución por la actividad judicial y la carga de trabajo, o mejor dicho, los problemas de la carga de trabajo y de sus repercusiones.

Con relación a la exigencia de retribución adecuada vuelca toda su doctrina vinculándola a la independencia económica. En este aspecto no deja de ser un mero recordatorio programático de principios sin concreción a la vista de la decisión adoptada: el mecanismo del descanso o tiempo libre es válido como sistema único frente al abono de retribución si hay razones, plasmadas en ley, lo justifiquen. Con todo, la STJUE, hace P referencia al Cuadro de indicadores de la justicia en la Unión de 2024, la Comisión Europea afirma, en sus observaciones escritas, que un juez rumano percibe, al inicio de su carrera, un salario medio equivalente a 2,9 veces el salario bruto medio anual en Rumanía, extremo que, no obstante, corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

Por tanto, el asunto judicial examinado discurre exclusivamente por el aspecto retributivo o de independencia económica. Sin embargo, a la postre, con la decisión adoptada de considerar válido el sistema de compensación a través de descansos o tiempo libre, abiertamente, pero sin decirlo, nos adentra en el terreno de la prevención de riesgos y salud profesional, donde desde luego, medir la carga no es tarea sencilla^[3]. Y sobre esto «el Plan de Prevención de Riesgos de la Carrera Judicial en España ha puesto el acento en la regulación de la carga de trabajo a los efectos de salud laboral en una profesión, como es la judicial, cuyo ejercicio está caracterizado por elevadas exigencias de responsabilidad y una continua saturación de tareas [...] La experiencia acumulada en la Carrera Judicial y la que se pueda acumular en la ejecución de la STS 581/2023 puede ser útil en el ámbito de esas otras profesiones». Y estando a la espera de nuevos desarrollos legislativos y reglamentarios la pregunta está en el aire: ¿el tiempo de descanso ganará terreno al sistema de pago de retribuciones adicionales en las situaciones de excesos de carga de trabajo?

Referencias:

1. ^ *Independencia Judicial. Ficha Temática.* <https://curia.europa.eu/>
2. ^ <http://www.eduardorojotorrecilla.es/viernes, 14 de noviembre de 2025>
3. ^ *Sobre la materia, el estudio hasta el momento más profundo lo encontramos en Juan MARTÍNEZ MOYA / María Concepción SÁEZ RODRÍGUEZ (coordinadores y autores), José Fernando LOUSADA AROCHENA / Francisco Javier LLUCH CORELL / Manuel BELLIDO ASPAS / Faustino CAVAS MARTÍNEZ / Carmen DELGADO ECHEVARRÍA / Isabel DE RADA GALLEGÓ / Elena BURGOS HERRERA / Carmen RENEDO JUÁREZ (autores), La protección social de la Carrera Judicial, Boletín Oficial del Estado (Madrid, 2021, 2.ª edición), pp. 323-384.*

§ 93 ¿Es delictivo confeccionar un falso parte de baja médica?

Antonio V. Sempere Navarro

Director de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Universidad (s.e.)

Resumen: La resolución glosada analiza la trascendencia penal de la falsificación de fotocopia. La conducta consistió en confeccionar, para alargar una baja laboral, un comunicado falso de baja/alta de incapacidad temporal por enfermedad común anteriormente efectuado, con nueva fecha de baja y de alta, aprovechando el que le había sido correctamente librado el día anterior firmado por un médico, emitiéndolo a la empresa vía correo electrónico al día siguiente. Estima el recurso de casación y condena al acusado como autor responsable de un delito de falsedad en documento oficial.

Palabras clave: Falsificación de baja médica. Tipicidad penal. Delito de falsedad documental. Falsificación de fotocopias.

Abstract: L'arrêt contesté analyse les conséquences pénales de la falsification d'une photocopie. Les faits reprochés consistaient à établir, afin de prolonger un congé maladie, un faux certificat médical d'incapacité temporaire de travail pour une affection courante, avec de nouvelles dates de congé et de reprise du travail, en utilisant un certificat valide délivré la veille et signé par un médecin, et à l'envoyer à l'entreprise par courriel le lendemain. La cour fait droit à l'appel et déclare le prévenu coupable du délit de falsification de document officiel.

Keywords: Falsification d'un arrêt maladie. Infraction pénale. Délit de faux et usage de faux. Falsification de photocopies.

DOI: https://doi.org/10.55104/RJL_00693

I. Introducción

La sentencia 807/2025 de 2 de octubre, dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal y declara culpable de un delito de falsedad en documento oficial al trabajador que ha elaborado un parte de baja médica a partir de otro, verdadero, que se le había expedido.

La resolución glosada analiza la trascendencia penal de la falsificación de fotocopia. La conducta consistió en confeccionar, para alargar una baja laboral, un comunicado falso de baja/alta de incapacidad temporal por enfermedad común anteriormente efectuado, con nueva fecha de baja y de alta, aprovechando el que le había sido correctamente librado el día anterior firmado por un médico, emitiéndolo a la empresa vía correo electrónico al día siguiente. Estima el recurso de casación y

condena al acusado como autor responsable de un delito de falsedad en documento oficial.

Son varias las reflexiones que el caso suscita desde una perspectiva plural. Atendiendo a la criminalidad del comportamiento descrito, la dificultad del caso estriba en determinar si estamos ante una falsificación en documento oficial o, simplemente, ante una conducta atípica; la sentencia de apelación fue absolutoria, pero ahora el Supremo revoca ese fallo. Desde la perspectiva laboral, el trabajador incurre en una ausencia injustificada, pero también en una transgresión de la buena fe contractual. Curiosamente, al no desencadenarse el devengo de prestaciones de Seguridad Social cabría pensar que desde ese terreno cuanto sucede resulta inocuo; es la empresa quien ha abonado indebidamente unas pequeñas cuantías y puede reclamarlas.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (Cinco integrantes).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 807/2025, de 2 de octubre.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de casación núm. 426/2023.

ECLI:ES:TS:2025:4219.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm.a. Sra. Dña. Susana Polo García.

Votos Particulares: carece.

Ministerio Fiscal: es el recurrente

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes.

1. Hechos desencadenantes

A tenor del relato fáctico elaborado por la sentencia de segunda instancia (corrigiendo en algunos extremos a la del Juzgado), lo acaecido puede resumirse del siguiente modo:

A) El trabajador ha prestado servicios para su empresa desde 1 de abril de 2014 hasta el día 15 de octubre de 2017.

B) El día 6 de junio de 2017 acudió al correspondiente Centro de Atención Primaria, donde el Facultativo le diagnosticó una gastroenteritis aguda, y expidió un parte real de baja/alta por incapacidad temporal para ese mismo día.

C) Al día siguiente el acusado tampoco acudió al trabajo.

D) Cuando la empresa le reclamó la justificación de la ausencia, el trabajador remitió un correo electrónico al que adjuntó otro supuesto parte de baja (referido al día 7 de junio de 2017), que no había sido realmente expedido por los Servicios Públicos de Salud.

E) El día 12 de junio de 2017 el acusado volvió a remitir por correo electrónico un supuesto parte de baja, en el que pretendía rectificar errores del anterior (precisando que sí había habido recaída).

F) El acusado percibió de la empresa, por los días de baja, 31'96 euros, sin que a empresa reclame indemnización alguna.

2. Sentencia de instancia

Mediante sentencia de 4 de mayo de 2022 el Juzgado de lo Penal n.º 3 de Granollers condenó al trabajador como autor responsable de un delito de falsedad en documento oficial (sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal) a la pena de seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena^[1].

También lo condenó como autor de un delito leve de estafa (sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal) a la pena de un mes de multa, con cuotas diarias de seis euros y con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas.

Finalmente, le impuso el pago de las costas procesales.

3. Sentencia de apelación.

A) A través de su sentencia 753/2022 de 24 de noviembre^[2] la Audiencia Provincial de Barcelona estima el recurso de apelación del acusado; revoca la sentencia de instancia; absuelve al trabajador de los delitos de falsedad y estafa; declara de oficio las costas causadas en ambas instancias.

B) El Tribunal considera innegable que ha existido falsificación del parte de baja correspondiente al segundo día^[3] pero descarta que se trata de un documento público. El apelante remitió los documentos mediante correo electrónico. No presentó a la empresa los supuestos documentos originales, sino unos archivos digitales: se trata de documentos que han de ser considerados privados, pues en ningún momento se pretendió que esos archivos digitales fuesen los documentos originales, ni era posible que el destinatario creyera que estaba recibiendo unos documentos originales.

C) Y la falsificación de documento privado solo es delictiva si se ha realizado «para perjudicar a otro» (art. 395.1 Cpe). Tal elemento del tipo penal no concurre en el caso porque:

- La empresa tuvo que insistir al acusado para que justificara su ausencia del segundo día. Es entonces cuando aportó el parte de baja falso.
- La finalidad de esa acción no fue causar perjuicio alguno, sino justificar lo que se le estaba requiriendo.
- No consta que haya causado perjuicio alguno a nadie. Ni hay prestación de Seguridad Social, ni siquiera es seguro que la empresa le abonara cuantía alguna.
- Solo consta que la empresa le abonó 31'96 euros por la baja, pero es probable que esa cantidad correspondiera solamente al día 6^[4]. La duda debe resolverse en favor del acusado.

D) Respecto del delito leve de estafa^[5], el trabajador no indujo a nadie a realizar un acto de disposición. Es más, queda dicho que si remitió los documentos falsos fue porque se le requirió para justificar la incomparecencia al trabajo, sin que el apelante reclamara retribución por el día en que había faltado indebidamente.

IV. Alcance del recurso de casación

A) A partir de la reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), las sentencias dictadas en apelación solo son recurribles ante el Tribunal Supremo por infracción de ley^[6]. Ello significa que el recurso debe fundarse necesariamente en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de la subsunción), debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales. Sin perjuicio de ello, podrán invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de

una norma penal sustantiva. Además, el recurso debe respetar los hechos probados, debiendo ser inadmitidos los que no los respeten, o efectúen alegaciones en notoria contradicción con ellos pretendiendo reproducir el debate probatorio^[7].

B) El recurso de casación que presenta el Ministerio Fiscal, postulando la existencia de una falsedad en documento público, se estructura en un único motivo y denuncia la indebida inaplicación del artículo 390-1.º 1, 2 y 3 del Código Penal. Puesto que va a ser estimado, interesa destacar su contenido esencial:

- El recurso posee interés casacional porque la sentencia combatida infringe la doctrina jurisprudencial^[8] y, además, la propia Audiencia Provincial ha sostenido un criterio opuesto en otras ocasiones^[9].
- El acusado ha utilizado una reproducción creada por el ordenador para simular un documento auténtico consistente en una baja médica, destinada, única y exclusivamente, a justificar, frente a la empresa y la administración de la Seguridad Social, una ausencia al puesto de trabajo. Teniendo este documento así simulado la naturaleza del documento que se pretende simular, conforme a la jurisprudencia^[10].
- El parte falsificado surtió los efectos que le eran propios: justificar la baja y el cobro por estar de baja. Aun aceptando que la falsa baja fuera un documento privado, como su creación y destino tenía un único fin de ser incorporada a un expediente de la administración de la Seguridad Social, a través de la empresa a que se remitía, por destino tendría también la consideración de documento oficial.

V. Normativa aplicable al caso

El artículo 390 del Código Penal, incluido en una Sección referida a falsificación de documentos públicos, oficiales y mercantiles y de los despachos transmitidos por servicios de telecomunicación, reza así en su apartado 1:

Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad:

1.º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.

2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.

3.º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.

4.º Faltando a la verdad en la narración de los hechos.

VI. Doctrina básica

A fin de resolver la casación formalizada por el Ministerio Fiscal, la sentencia desarrolla varios núcleos argumentales. Son los siguientes.

1. Falsificación de fotocopias

Respecto al valor de las fotocopias en relación con el delito de falsedad documental, la jurisprudencia penal sostiene lo siguiente^[11]:

1.º Las fotocopias de documentos son sin duda documentos en cuanto escritos que reflejan una idea que plasma en el documento original, si bien la naturaleza oficial del documento original no se transmite a la fotocopia, salvo en el caso de que la misma fuese autenticada.

2.º Una falsedad realizada sobre una fotocopia sin autenticar no puede homologarse analógicamente a la falsedad de un documento de la naturaleza que tenga el original, por lo que sólo podrá considerarse como una falsedad en un documento privado.

3.º Si la falsedad consista en simular un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad lo relevante a efectos de tipificación es la naturaleza del documento que se pretende simular, no la del medio utilizado para ello.

4.º Si se utiliza una fotocopia o reproducción fotográfica para simular la autenticidad de un documento, y disimular la falsedad, la naturaleza a efectos de la tipificación es la del documento que se pretende simular, no la del medio empleado, pues lo que se falsifica no es la fotocopia sino el propio documento que se pretende simular.

2. Los «partes» de incapacidad temporal

Han resultado destipificadas las falsedades en documento público cometidas por particular, consistentes en faltar a la verdad en la narración de los hechos (cfr. 392 y 390.1.4.º CP).

Pero hay que tener en cuenta que los partes de baja y alta en la Seguridad Social, aunque el envío de los mismos sea de forma telemática, integra un documento oficial, generado administrativamente.

Puede ocurrir que el documento suscrito, confeccionado o rellenado por el particular, que contiene como tal solo manifestaciones particulares, tenga como destino único y como exclusiva razón de su existencia, el incorporarse a un expediente oficial, administrativo o de otra clase, con la finalidad de servir de base a una declaración o resolución oficial, que resulta así, una vez emitida, de contenido falsario a causa de la mendacidad del particular, pudiendo decirse que en estos casos el autor mediato utiliza al funcionario como instrumento de la falsedad cometida en el documento, que al emanar de aquél en el ejercicio de sus funciones, resulta ser un documento oficial.

3. Simulación de documento oficial

Cuando mediante una fotocopia se simula un documento oficial, la falsedad, en estos casos tipificada en el artículo 390.1.2.º del Código penal, en relación con el 392.1 del mismo texto legal, habrá de referirse a la clase de documento simulado, por lo que da igual la forma en que se llevó a cabo la modificación del documento original, se utiliza una fotocopia o reproducción fotográfica para simular la autenticidad de un documento, y disimular la falsedad, la naturaleza a efectos de la tipificación es la del documento que se pretende simular -en este caso documento oficial, -no la del medio empleado, pues lo que se falsifica no es la fotocopia -mero instrumento- sino el propio documento que se pretende simular.

Cuando por las circunstancias subjetivas u objetivas en que la fotocopia se utiliza, ésta es idónea para generar plena confianza en su autenticidad, debe ser calificada como fotocopia autenticada y, por lo tanto, constituye objeto material idóneo del delito de falsedad. Lo decisivo, en definitiva, será la trascendencia jurídica que pueda derivar de la información proyectada en el soporte u objeto material cuyo sentido o contenido se manipula o altera.

VII. Parte dispositiva

La desembocadura de la resolución comentada es del todo coherente con la argumentación desplegada y se integra por los siguientes elementos:

- El trabajador es responsable de un delito de falsedad en documento oficial, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

- Es condenado a seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.
Es asimismo condenado a la pena de seis meses de multa, con cuota diaria de seis euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas.
- Es condenado al pago de las costas causadas en la primera instancia.

VIII. Pasajes decisivos

En su Fundamento Tercero apartado 3, la sentencia examinada traslada al caso la jurisprudencia general sobre falsificación de documento. De manera literal, puede leerse lo siguiente:

En los casos en que, partiendo de un modelo original, se confecciona otro con propósito y finalidad de hacerlo pasar como si del verdadero documento oficial o mercantil se tratase, no se trata de una fotocopia que se quiere hacer como que responde al original, sino de crear un documento íntegramente falso para hacerlo pasar por uno original.

Se utiliza una reproducción creada por el ordenador para simular un documento auténtico consistente en una baja médica, destinada, única y exclusivamente, para justificar, frente a la empresa y la administración de la Seguridad Social, una ausencia al puesto de trabajo.

Da igual la forma en que se llevó a cabo la modificación del documento original, se utiliza una fotocopia o reproducción fotográfica para simular la autenticidad de un documento, y disimular la falsedad, la naturaleza a efectos de la tipificación es la del documento que se pretende simular -en este caso documento oficial, -no la del medio empleado, pues lo que se falsifica no es la fotocopia -mero instrumento- sino el propio documento que se pretende simular.

El documento fotografiado remitido no puede considerarse inocuo ya que el mismo lesiona los intereses protegidos por el tipo penal.

IX. Comentario

A) El trasfondo del problema es lógico que aparezca omitido en la sentencia penal, pero no en el comentario laboralista. Se trata de que el artículo 45.1 ET dispone que «*El contrato de trabajo podrá suspenderse por las siguientes causas*» y una de ellas es, precisamente, la incapacidad temporal.

El denominador común de las causas de suspensión es, con excepción de la enunciada en el primer renglón de la lista (mutuo acuerdo de las partes), el acaecimiento sobrevenido de una incompatibilidad, incapacidad, imposibilidad o impedimento para la ejecución del trabajo (STS de 25 octubre 2000 [RJ 2000, 9676]).

Con independencia de su mayor o menor prolongación, toda fase suspensiva es temporal y presupone la voluntad de que se reanude el intercambio de prestaciones; en caso contrario, al margen de cómo se presentara externamente el supuesto, habría que hablar de novación extintiva. Por ello, la suspensión ha de considerarse una fase anómala en la vida del contrato de trabajo, de carácter temporal, que deja subsistente el vínculo laboral pues «afecta primordial, y a veces exclusivamente, al deber de realizar la actividad convenida y de remunerar el trabajo, respectivamente para trabajador y empresario, pero quedan subsistentes aquellas otras relaciones y expectativas no paralizadas o destruidas por la suspensión, entre ellas los beneficios que deriven de los sucesivos convenios colectivos, salvo que otra cosa se deduzca de su propio articulado» (STS 19 noviembre 1986 [RJ 1986, 6478]).

B) El apartado c) de dicho artículo 45 viene recogiendo como causa suspensiva la de «*Incapacidad temporal de los trabajadores*», Es causa clásica e importantísima de

suspensión contractual. La vigente redacción procede de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (BOE del 31) que refundió en la situación de incapacidad temporal las anteriores de incapacidad laboral transitoria (ILT) e invalidez provisional, delineando como autónoma la situación de maternidad.

Por descontado, el de incapacidad temporal es un concepto técnico-jurídico, cuyos perfiles se remiten íntegramente a las normas de Seguridad Social, de modo que, por ejemplificar, por muy enfermo que se encuentre un trabajador resulta imposible que se abra esta causa suspensiva sin seguir los trámites previstos en aquéllas.

C) Particularmente en esta causa suspensiva, los efectos generales contemplados en el número 2 del presente artículo se interaccionan con otros muy peculiares: en caso de enfermedad común o accidente no laboral la empresa ha de abonar a su cargo el subsidio económico por IT «desde los días cuarto al decimoquinto de baja, ambos inclusive» (art. 129.1 LGSS), además de proseguir cumpliendo la obligación de cotizar (art. 106.4 LGSS) y tener que afrontar las eventuales mejoras voluntarias de la acción protectora derivadas de la negociación colectiva; en definitiva, la de incapacidad temporal puede ser una causa suspensiva bastante gravosa para el empleador pese a la aparente neutralidad que deriva de su carácter paralizante del contrato de trabajo.

En el art. 48.2 se desarrolla un aspecto concreto de su régimen jurídico; además del mismo, como preceptos concordantes, véase la disposición transitoria décima del propio ET y los arts. 169 ss. LGSS. De todo ello deriva la conclusión de que la letra que se comenta es inexacta: también puede haber suspensión contractual en ciertos casos de incapacidad permanente.

Que durante la IT sobrevenga una nueva causa de suspensión «nada añade, ni quita a la situación de incapacidad temporal, ni a sus efectos» prestaciones; así, el subsidio y los eventuales complementos a cargo de la empresa se siguen lucrando aunque el trabajador en IT pase a la situación de prisión provisional (STS 16 junio 2006, rec. 5306/2004).

D) El RD 625/2014, de 18 julio (varias veces modificado) dispone que la emisión del parte médico de baja es el acto que origina la iniciación de las actuaciones conducentes al reconocimiento del derecho al subsidio por incapacidad temporal. La declaración de la baja médica, en los procesos de incapacidad temporal, cualquiera que sea la contingencia determinante, se formulará en el correspondiente parte médico de baja expedido por el médico del servicio público de salud que haya efectuado el reconocimiento del trabajador afectado (art. 2.1). Asimismo, dispone que todo parte médico de baja irá precedido de un reconocimiento médico del trabajador que permita la determinación objetiva de la incapacidad temporal para el trabajo habitual, a cuyo efecto el médico requerirá al trabajador los datos necesarios que contribuyan tanto a precisar la patología objeto de diagnóstico, como su posible incapacidad para realizar su trabajo.

A la vista de estas previsiones es claro que cuando el trabajador utiliza un parte de baja está propiciando que entre en juego una institución (incapacidad temporal) cuya existencia no depende de su propia voluntad sino que requiere la constatación sanitaria y oficial de que su estado de salud es incompatible con la realización de la actividad laboral.

E) Los términos del parte de baja real que el trabajador presentó son impecables desde la perspectiva sociolaboral. Recordemos que en los procesos de duración estimada inferior a cinco días naturales, el facultativo emitirá el parte de baja y el parte de alta en el mismo acto médico. El facultativo, en función de cuando prevea que la persona trabajadora va a recuperar su capacidad laboral, consignará en el parte la fecha del alta, que podrá ser la misma que la de la baja o cualquiera de los tres días naturales siguientes a esta^[12].

X. Apunte final

Con todo, lo más llamativo del caso examinado es cómo el deseo de contar con cobertura para una ausencia (de un solo día) acaba desembocando en la comisión de un delito doloso.

El comportamiento ilícito se desliza así desde lo indebido (pero que ni siquiera legitima el despido, al tratarse solo de una ausencia injustificada) hasta lo delictivo (al haber urdido la clonación de un parte de baja auténtico); desde lo contractual (ausencia del salario correspondiente al día sin trabajar) o privadamente sancionado (quizá amonestación o pequeña suspensión de empleo y sueldo) hasta la conducta reprimida por los poderes públicos (delito del artículo 392.1 del Código Penal).

Eso, por no teorizar acerca de si la empresa ha puesto en marcha un despido^[13] (u otra sanción por falta muy grave), además del eventual descrédito reputacional que el actor pueda sufrir en su entorno.

Referencias:

1. [^] También, a la pena de seis meses de multa, con cuotas diarias de seis euros y con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas.
2. [^] Siendo Ponente D. Ignacio De Ramón Fors; ECLI:ES:APB:2022:13110; rec. 223/2022.
3. [^] Con arreglo a sus propias palabras «Ese documento presenta incongruencias, y faltas de adecuación a la práctica habitual, que resultan inexplicables; y es significativo que el apelante no haya presentado en ningún momento el documento original».
4. [^] Se trata de una cantidad que se correspondería con la mitad de la retribución de un día de trabajo, y el convenio colectivo aplicable establecía que el trabajador tenía derecho a la mitad de su retribución en la primera baja del año. Además, ello encaja con que no se presentó a la empresa una baja por varios días, sino un parte de baja por el día 6 y otro parte de baja por el día 7, con lo que es posible que la empresa considerase que la del día 6 era la primera baja del año, y la del día 7, que sería la segunda, ya no tenía que ser retribuida.
5. [^] Conforme al art. 248 del Código Penal «Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.»
6. [^] Conforme al art. 849 LECrim, se entenderá que ha sido infringida la Ley para el efecto de que pueda interponerse el recurso de casación:1.º Cuando, dados los hechos que se declaren probados en las resoluciones comprendidas en los dos artículos anteriores, se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley penal.2.º Cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.
7. [^] Así lo declaran múltiples sentencias, replicando el tenor del Acuerdo no Jurisdiccional adoptado por el Pleno de la Sala de 9 de junio de 2016.
8. [^] Cita las SSTs 428/2021, de 20 de mayo; 557/2020, de 4 de noviembre (Pleno); 1126/2011, de 2 de noviembre.

9. ^ *Cita las SSAP Barcelona 451/2019, de 25 de junio (Sección 52.ª) y 378/2021, de 16 de septiembre (Sección 9.ª).*
10. ^ *SSTS 577/2020, de 4 de noviembre y 1126/2011, de 2 de noviembre.*
11. ^ *La STS Pleno 577/2021, de 4 noviembre, compendia la doctrina al respecto.*
12. ^ *Artículo 3.a del RD 625/2014.*
13. ^ *Sin mayores explicaciones, como hecho probado se indica que el trabajador dejó de prestar servicios en la empresa el 15 de octubre de 2017. Los hechos delictivos acaecen en junio de ese mismo año.*

§ 94 Incompetencia del orden social en la reclamación indemnizatoria contra la Administración, por accidente de trabajo debido al mal funcionamiento de los servicios públicos.

Elena Lasaosa Irigoyen

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos.

Resumen: *En esta ocasión, el Tribunal Supremo debe determinar si es competente el orden social de la jurisdicción para resolver la petición de indemnización de daños y perjuicios de una trabajadora, que se lesionó al caerle encima la tapa de un contenedor de basura mientras prestaba servicios laborales, contra la entidad pública encargada de la recogida de residuos.*

Palabras clave: *Competencia jurisdiccional. Accidente de trabajo. Indemnización de daños y perjuicios. Responsabilidad patrimonial de la Administración. Seguridad y salud laboral.*

Abstract: *On this occasion, the Supreme Court must determine whether the social jurisdiction is competent to resolve the claim for damages filed by a worker, who was injured when the lid of a garbage container fell on her while performing her job duties, against the public entity responsible for waste collection.*

Keywords: *Jurisdictional competence. Workplace accident. Compensation for damage. Administrative liability. Occupational health and safety.*

DOI: https://doi.org/10.55104/RJL_00694

I. Introducción

En su sentencia de 14 de octubre de 2025 (ECLI:ES:TS:2025:4410), la Sala de lo Social del Tribunal Supremo resuelve un recurso de casación en unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco de 23 de enero de 2024 (ECLI:ES:TSJPV:2024:174). Se trata de una cuestión relativa a la delimitación competencial entre los órdenes jurisdiccionales social y contencioso-administrativo.

El pleito tiene su origen en la reclamación de indemnización por daños que una empleada presenta conjuntamente contra su empleadora y contra la entidad pública municipal encargada de la gestión de residuos, tras sufrir un accidente de trabajo al caérsele encima la tapa de un contenedor de basura presuntamente defectuoso.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 885/2025, de 14 de octubre.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUd núm. 1903/2024.

ECLI:ES:TS:2025:4410.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La demandante, que presta servicios para una empresa de catering, se encuentra arrojando la basura a un contenedor ubicado en la vía pública, como parte de las tareas propias de su relación laboral, cuando le cae encima la tapa provocándole lesiones en un brazo.

Interpone por ello una reclamación que dirige contra su empresa, a la que achaca incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales, y también contra la entidad pública encargada de la recogida de basuras (y contra la aseguradora de esta última), considerando que concurre funcionamiento anormal de un servicio público porque el contenedor estaba defectuoso.

Añádase que se desiste de la demanda frente a la aseguradora de la empleadora, a la que inicialmente se había incluido.

La actora solicita que se condene a todos los codemandados a abonarle una indemnización, cuya cuantía fija en 166.590,63 €.

En la instancia, la sentencia del Juzgado de lo social n.º 1 de Vitoria declara la incompetencia del orden jurisdiccional social, al entender que el conocimiento de lo pretendido corresponde al contencioso-administrativo. Y consiguientemente deja sin resolver el fondo del asunto.

Interpuesto recurso de suplicación por la empleada la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco estima, por el contrario, que la pretensión ejercitada pertenece al ámbito de lo social. Y acuerda en consecuencia devolver los autos al Juzgado para que se pronuncie sobre el fondo del asunto.

Contra este último pronunciamiento, sentencia del TSJ del País Vasco de 23 de enero de 2024 (ECLI:ES:TSJPV:2024:174), recurren en casación en unificación de doctrina tanto la empresa empleadora como la entidad pública municipal y su aseguradora. Todas las recurrentes aportan como sentencia referencial la de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia de 27 de julio de 2021 (ECLI:ES:TSJGAL:2021:4777).

IV. Posición de las partes

Son dos los recursos de casación en unificación de doctrina que plantean las entidades demandadas: uno por parte de la empleadora, «Catering de Suministros S.L.», y otro por la entidad pública municipal encargada de los residuos, «Cuadrilla de Ayala», y su aseguradora «Seguros Caser». Pero ambos recursos se apoyan en argumentos muy próximos e invocan la misma sentencia de contraste.

En síntesis, las recurrentes alegan infracción de los artículos 2 de la Ley 36/2011 reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS); 2 y 3 de la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA); y 9.4 de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial (LOPJ), en relación con los artículos 24 y 117.3 CE.

Argumentan que la posible responsabilidad patrimonial de la entidad titular del servicio de recogida de basuras no se ha generado en el ámbito de la prestación de

servicios laborales, por lo que la pretensión se sitúa en la esfera de actuación del orden contencioso-administrativo.

El Ministerio fiscal se manifiesta por el contrario a favor de la competencia del orden social, por ser este el que debe resolver las acciones de reclamación de daños y perjuicios dirigidas contra la Administración pública en materia de riesgos laborales.

La trabajadora se opone a los recursos, defendiendo la atribución del pleito al orden jurisdiccional social al igual que el Ministerio fiscal.

V. Normativa aplicable al caso

En este pronunciamiento la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se apoya en las siguientes previsiones legales:

-Sobre la inclusión de las reclamaciones en materia de accidentes de trabajo y de prevención de riesgos laborales en el listado de cuestiones asignadas al orden social:

LRJS, arts. 1; 2 b); y 2 e).

-En relación con la competencia del orden contencioso-administrativo sobre las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, y su incompetencia sobre las cuestiones expresamente atribuidas a las otras jurisdicciones:

LJCA, arts. 2 e); y 3 a).

-En referencia a la responsabilidad patrimonial que tienen las Administraciones públicas cuando se produce un funcionamiento anormal de los servicios públicos:

Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, art. 32.1; en relación con CE, art. 106.2.

-Acerca del significado que tienen las alusiones a la responsabilidad de terceros ajenos a la relación laboral en el accidente de trabajo, contenidas en el citado art. 2 LRJS:

LPRL, arts. 24 y 41.

-Y en cuanto al concepto de accidente de trabajo:

LGSS, art. 156.

VI. Doctrina básica

En lo fundamental, la doctrina expresada en esta sentencia puede sintetizarse como sigue:

- Según contempla art. 2 b) LRJS, cuando se produce un accidente laboral el trabajador o sus causahabientes pueden reclamar una indemnización no solo contra el empresario, sino también contra otros sujetos ajenos a la relación laboral. Ahora bien, esta extensión de la competencia jurisdiccional social a los terceros no es ilimitada. Para que un tercero al que se le reclama indemnización por un accidente de trabajo pueda ser demandado ante el orden social, se presupone que debe haber incumplido algún tipo de obligación de naturaleza laboral, ya sea legal, convencional o contractual.
- Esta idea se expresa claramente en el art. 2 e) LRJS, cuando se refiere a otros sujetos obligados legal o convencionalmente a garantizar el cumplimiento de los deberes de prevención de riesgos laborales. Entre ellos se encuentran las personas mencionadas en el art. 24 LPRL (empresarios obligados a coordinarse entre sí) y en el art. 41 LPRL (alusivo a los deberes de los fabricantes y suministradores de maquinaria de trabajo).

- Se desprende de lo anterior que el hecho de que un accidente se califique como de trabajo no implica, necesariamente, que todas las reclamaciones indemnizatorias que interponga la víctima, contra quienes hayan podido intervenir en la producción del daño, tengan que dirimirse en la jurisdicción social.
- Tampoco el hecho de que una reclamación indemnizatoria por accidente laboral se dirija contra una Administración pública implica, forzosamente, que su resolución corresponda a la jurisdicción social. Porque cuando el art. 2 e) LRJS asigna a esta última la impugnación de las actuaciones de las Administraciones públicas en materia de prevención, se refiere a las que tengan lugar «respecto de todos sus empleados»; y no a otras pretensiones que puedan derivarse de un accidente de trabajo y que no estén relacionadas con incumplimientos de las normas de prevención.
- La LJCA en su art. 2 e) atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa las demandas de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, lo que incluye aquellas en las que se solicita una indemnización por el funcionamiento anormal de los servicios públicos. A continuación la misma LJCA, en su art. 3 a), excluye las cuestiones que estén «expresamente atribuidas» al orden social. Pero para que entre en juego esta exclusión debe tratarse, obviamente, de una pretensión que verdaderamente esté atribuida al orden social; y no lo es un asunto como el aquí enjuiciado, en el que la responsabilidad que se imputa a la Administración pública no es de naturaleza laboral, sino que se basa en el anormal funcionamiento de los servicios públicos y por lo tanto no debe entenderse incluido en el art. 2 LRJS.
- Interpuesta conjuntamente una reclamación de indemnización de daños y perjuicios por accidente de trabajo contra varios codemandados ante el orden social de la jurisdicción, si este no es competente para resolver la reclamación contra alguno de los codemandados, la causa debe dividirse y tramitarse ante dos órdenes jurisdiccionales distintos.

VII. Parte dispositiva

Con base en los preceptos legales anteriormente reseñados, la Sala de lo Social del TS estima en parte los recursos, en cuanto sostienen la incompetencia del orden social para resolver la reclamación indemnizatoria presentada contra la entidad pública «Cuadrilla de Ayala» y su aseguradora.

Consiguientemente, queda casada y anulada la sentencia del TSJ del País Vasco de 23 de enero de 2024 (que había declarado la atribución al orden social de lo reclamado por la trabajadora y había ordenado al Juzgado de lo social pronunciarse sobre el fondo del asunto).

Sin embargo, en cuanto a la pretensión de indemnización presentada contra la empleadora, declara el TS que su conocimiento sí compete al orden social, y que ello implica la devolución de los autos al Juzgado de lo social para que dicte nueva sentencia en la que se pronuncie únicamente sobre el fondo de este asunto.

Así pues se dispone que:

-La reclamación indemnizatoria contra la empleadora deberá ser resuelta por el Juzgado de lo social n.º 1 de Vitoria, al cual se le devuelven los autos para que dicte una nueva sentencia.

-Mientras que la reclamación indemnizatoria contra la entidad encargada de la recogida de basuras y contra su aseguradora deberá plantearse ante los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo.

Sin imposición de costas.

VIII. Pasajes decisivos

- «El legislador ha dispuesto que el trabajador que ha sufrido un determinado daño en el ámbito de la prestación de servicios pueda accionar en el orden social frente a quienes hubieren incurrido en responsabilidad por el incumplimiento de alguna clase de obligación con incidencia en la relación laboral. Aunque no fuere su empresario y no estuviere vinculado contractualmente con el mismo.

Ahora bien, esa extensión del ámbito competencial no es ilimitada e incondicionada en cualquier tipo de situación y supuesto de hecho en el que el trabajador pudiere haber sufrido un daño.

Para que un tercero ajeno a la relación laboral pueda ser demandado ante el orden social de la jurisdicción, el precepto legal requiere que se le pueda imputar alguna clase de responsabilidad en los daños sufridos por el trabajador en el ámbito de la prestación de servicios. Lo que presupone, que ese tercero haya incumplido algún tipo de obligación legal, convencional o contractual en esta materia, es decir, relacionada con el marco de la relación jurídica en la que se desenvuelve la actividad laboral».

- «[...] la competencia en el presente asunto corresponde al orden contencioso administrativo de la jurisdicción, porque se trata de un supuesto regular y ordinario de ejercicio de una acción de responsabilidad patrimonial contra la administración por funcionamiento anormal de los servicios públicos».
- «Es verdad que el daño se ha producido en el desempeño de la actividad laboral, lo que determina que pueda calificarse desde esa perspectiva jurídica como un accidente de trabajo producido con ocasión o consecuencia del trabajo por cuenta ajena.

Pero la competencia del orden social no se genera por el solo hecho de que el daño se haya producido en el contexto de una situación que pueda calificarse como accidente de trabajo a efectos laborales y de seguridad social, sino que es además necesario que la responsabilidad de la administración se haya generado de alguna forma dentro del ámbito de la prestación de servicios como exige el art. 2 letra b) LRJS, porque solo en ese caso entraría en juego la regla del art. 3 a) LJCA, que deriva la competencia al orden social de la jurisdicción».

- «No se cuestiona, y es incuestionable, la competencia del orden social para conocer de la acción formulada contra la empresa [...]».

IX. Comentario

Según se ha indicado ya, en esta resolución la Sala de lo Social del Tribunal Supremo debe contestar al interrogante de si el orden social es competente para conocer de una acción de reclamación indemnizatoria por accidente de trabajo, dirigida contra el ente público que gestiona la recogida de basuras, la cual se ha presentado conjuntamente con la reclamación contra la empleadora.

Para poder responder resulta determinante el sentido que se dé a los apartados b) y e) del art. 2 LRJS. Y como es fácil imaginar, la lectura de este precepto que hace el TS en la presente sentencia y la efectuada en la recurrida por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco no son coincidentes.

El TSJ parte de una comprensión del art. 2 LRJS según la cual la totalidad de las reclamaciones indemnizatorias derivadas de un accidente de trabajo, tanto frente al empresario como frente a otros sujetos, se encuentran dentro de la esfera de actuación de la jurisdicción social. Tal intelección viene reforzada por algunas afirmaciones que recoge el preámbulo de la LRJS:

«[...] se produce una unificación de la materia laboral que permite dar una cobertura más especializada y coherente a los distintos elementos de la materia laboral. Es el caso de la concentración en el orden jurisdiccional social de todas las cuestiones litigiosas relativas a los accidentes de trabajo y que hasta ahora obligaban a los afectados a acudir necesariamente para intentar lograr la tutela judicial efectiva a los distintos juzgados y tribunales encuadrados en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social.

Con esta fórmula se pretende que la jurisdicción social sea competente para enjuiciar conjuntamente a todos los sujetos que hayan concurrido en la producción del daño sufrido por el trabajador en el marco laboral o en conexión directa con el mismo, creándose un ámbito unitario de tutela jurisdiccional para el resarcimiento integral del daño causado».

Sin embargo, la Sala de lo Social del TS estima que la atribución al orden social de las reclamaciones por accidente de trabajo no es ilimitada ni incondicionada. No alcanza a todas las pretensiones indemnizatorias contra los sujetos que hayan intervenido en la producción del daño, sino únicamente a aquellas en las que se alegue el incumplimiento de obligaciones de naturaleza laboral, señaladamente de las normas sobre prevención de riesgos laborales.

Se entiende así que se pueda demandar a terceros ajenos a la relación laboral ante el orden social, cuando hayan incumplido las obligaciones preventivas que contienen los arts. 24 y 41 LPRL (empresarios que han de coordinarse entre sí, deberes los fabricantes de maquinaria de trabajo, etc.).

La Sala de lo Social del TS introduce además una comparación entre el supuesto aquí enjuiciado y los accidentes de tráfico que puedan sufrir los trabajadores. Al fin y al cabo, si se admitiera la atribución a los juzgados y tribunales de lo social de todas las reclamaciones indemnizatorias por accidente de trabajo, entonces deberían incluirse también las derivadas de los siniestros de tráfico (incluso cuando suceden *in itinere*). Sin embargo en estos casos resulta evidente la falta de vinculación con el Derecho del trabajo y la Seguridad Social, por más que el suceso puedan calificarse como contingencia profesional.

En el caso de la pretensión aquí examinada, que es la reclamación contra la entidad administrativa que recoge los residuos, tampoco se aprecia ninguna conexión con el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, es decir con la rama social del Derecho; porque la petición no se apoya en ninguna norma de este ámbito sino en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas regulada en la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Conviene recordar en este punto que en virtud del art. 9.5 LOPJ, los órganos del orden jurisdiccional social «conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho». La LRJS reproduce este criterio general en su art. 1, para a continuación desarrollarlo mediante la enumeración de asuntos litigiosos del art. 2; pero sin que este listado de cuestiones encomendadas al orden social pueda nunca contradecir el diseño básico establecido en la LOPJ, que es la norma orgánica a la que corresponde determinar la constitución de los Juzgados y Tribunales según el art. 122.1 CE.

Por todas las razones expuestas, debe descartarse que la reclamación contra la entidad pública «Cuadrilla de Ayala» esté asignada al orden social en virtud del art. 2 LRJS. A partir de ahí, queda libre la vía afirmar la competencia del contencioso-administrativo por aplicación del art. 2 e) LJCA, al tratarse de una pretensión sobre responsabilidad patrimonial de la Administración. E igualmente, para rechazar que deba entrar en juego la exclusión del art. 3 a) LJCA, referida a las cuestiones expresamente atribuidas a los otros órdenes, dado que no se trata realmente de una cuestión atribuida al orden social.

Ahora bien, recuérdese que en la demanda que originó este pleito la trabajadora reclamaba una única indemnización a varios sujetos, incluyendo también a su

empleadora por incumplir supuestamente los deberes preventivos. Se accionaba conjuntamente contra varios codemandados, tal y como es habitual en las reclamaciones indemnizatorias.

Y ninguna duda cabe sobre la competencia del orden social en esta reclamación interpuesta por la trabajadora contra su empresario, por la supuesta responsabilidad que tendría este último en un accidente de trabajo por incumplimiento de sus deberes de prevención de riesgos laborales.

Pues bien, una vez que se ha afirmado la competencia del orden contencioso-administrativo para resolver la reclamación contra la entidad pública de recogida de residuos, y la del orden social respecto de la interpuesta contra la empleadora, la siguiente cuestión que se plantea es, naturalmente, si se debe dividir la causa entre dos órdenes jurisdiccionales diferentes.

La sentencia recurrida del TSJ del País Vasco afirmaba al respecto: «...no es dable asumir la continencia de la causa en dos jurisdicciones diversas en casos como el presente»; para a continuación efectuar una interpretación del art. 2 LRJS conducente a encomendar todo lo reclamado a un mismo orden, el social.

Pero en sentido contrario, el TS ordena en el fallo de esta resolución que se divida la causa, dictaminando que corresponderá al Juzgado de lo social la reclamación presentada contra la empleadora, y a los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo, la interpuesta frente a la entidad pública y su aseguradora.

X. Apunte final

Nótese que en esta ocasión, la estimación de un recurso de casación en unificación de doctrina no equivale a declarar que la doctrina correcta sea la de la sentencia de contraste (la STSJ de Galicia de 27 de julio de 2021).

Y es que la solución al problema que aporta aquí el TS no coincide del todo ni con la que contenía la sentencia recurrida, ni con de la sentencia referencial.

En efecto, conviene precisar que esta STSJ de Galicia había declarado en un supuesto similar la competencia del orden contencioso-administrativo, pero para resolver no solo la reclamación contra la entidad pública, sino también la dirigida contra la empleadora (apoyándose en la *vis attractiva* de la jurisdicción contencioso-administrativa cuando se reclama, por cualquier título, una responsabilidad por daños de la Administración). Y por su parte, la STSJ del País Vasco recurrida había defendido la competencia del orden social para resolver la demanda su totalidad. En otras palabras, los dos pronunciamientos de TTSSJJ contrastados discrepaban radicalmente en cuanto al orden competente, pero coincidían en que la causa no debía dividirse.

Sin embargo, la sentencia objeto de este comentario dispone la separación en dos órdenes jurisdiccionales distintos de una demanda de indemnización inicialmente única, en la que se accionaba contra varios codemandados.

No deja de tratarse de una solución que entraña múltiples peligros e inconvenientes, tal y como se advierte en la sentencia de contraste:

En primer lugar, es obvio que desde el punto de vista de la economía procesal, la separación entre dos órdenes de la reclamación supone la tramitación de dos procesos en lugar de uno.

Además existe el riesgo de que puedan surgir contradicciones entre las sentencias de los órdenes social y contencioso-administrativo.

Cabe que la víctima acabe siendo doblemente indemnizada (lo que supondría un enriquecimiento injusto); o por el contrario, que no llegue a obtener la reparación adecuada del daño, si ambos órganos juzgadores consideran que el sujeto responsable es quien ha sido demandado ante la otra jurisdicción.

Y es que no conviene desdeñar las dificultades prácticas a las que se enfrentará el juez o tribunal si, a la hora de dictar sentencia, pretende tener en cuenta la indemnización ya concedida en el otro orden (por ejemplo cuando la resolución del otro orden no sea firme).

Son innegables, por tanto, los inconvenientes procesales y los posibles efectos indeseables que puede producir la declaración de que la demanda indemnizatoria presentada contra varios sujetos por un mismo accidente de trabajo debe convertirse en dos demandas ante jurisdicciones diferentes.

Pero téngase presente que para que las pretensiones sean acumulables, es requisito previo e imprescindible que estén atribuidas a la misma jurisdicción. En los términos del art. 25.1 LRJS, serán acumulables «siempre que todas ellas puedan tramitarse ante el mismo juzgado o tribunal».

Y sobre todo hay que tener en cuenta la naturaleza de cuestión de orden público que tiene la competencia jurisdiccional, en virtud del art. 9.1 LOPJ: «Los jueces y juezas, así como los Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra ley». No pudiendo por ello quedar al arbitrio de las partes la determinación del orden que deba actuar, ni siquiera mediante la estrategia de interponer conjuntamente varias reclamaciones cuando estén atribuidas a jurisdicciones distintas.

§ 95 Acceso al subsidio de desempleo para mayores de 52 años tras agotamiento de la renta activa de inserción.

Faustino Cavas Martínez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia.

Resumen: En la regulación del subsidio por desempleo resultante del Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo, el agotamiento de la Renta Activa de Inserción (RAI) equivale al de una prestación por desempleo, a efectos de devengar el subsidio para mayores de 52 años. Esta doctrina se ha visto afectada por la promulgación del Real Decreto-Ley 2/2024, de 21 de mayo, que ha eliminado dicha equiparación.

Palabras clave: Desempleo. Renta activa de inserción. Personas desempleadas mayores de 52 años. Protección social.

Abstract: In the regulation of unemployment benefits resulting from Royal Decree-Law 8/2019 of 8 March, the exhaustion of the Active Insertion Income (RAI) is deemed equivalent to the exhaustion of an unemployment benefit for the purposes of qualifying for the subsidy for persons over 52 years of age. This doctrine has been affected by the enactment of Royal Decree-Law 2/2024 of 21 May, which has eliminated that equivalence.

Keywords: Unemployment. Active Insertion Income. Unemployed persons aged 52 and over. Social protection.

DOI: https://doi.org/10.55104/RJL_00695

I. Introducción

Tanto en la LGSS de 1994 cuanto en la de 2015, la regulación del subsidio por desempleo para mayores de 55/52 años (a veces identificado como de prejubilación) abre las puertas al citado subsidio especial a quienes, además del requisito de edad, han agotado la prestación por desempleo y se encuentran en alguno de los supuestos legalmente establecidos.

Bajo la locución «prestación por desempleo», la jurisprudencia ha venido entendiendo que se albergan tanto la prestación de nivel contributivo como el subsidio de carácter asistencial.

Asimismo, la analogía entre el subsidio asistencial por desempleo y la RAI está en la base de la jurisprudencia -cuyo mantenimiento ahora se discute- conforme a la cual el agotamiento de la RAI franquea igualmente el acceso al subsidio para mayores de 55/52 años. Lo que en concreto se cuestiona es si esta doctrina debe subsistir tras la regulación del subsidio de desempleo para mayores de 52 años resultante del RDL 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala de lo Social).

Número de resolución judicial y fecha: 896/2025, de 14 de octubre de 2025.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 846/2024

ECLI: ES:TS:2025:4584.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La sentencia objeto de comentario delimita con claridad el objeto del debate casacional: no se trata de redefinir la naturaleza jurídica de la RAI, cuestión ya ampliamente abordada por la jurisprudencia social, sino de determinar si la modificación introducida por el Real Decreto-ley 8/2019 alteró sustancialmente el presupuesto habilitante tradicionalmente admitido para el acceso al subsidio de mayores de 52 (antes 55) años.

El caso suscitado nos describe la situación de un trabajador, nacido en 1959, que trabajó para diversas empresas entre 1973 y 1992. Por cuanto ahora interesa, percibió la prestación contributiva de desempleo desde el mayo de 1992 hasta mayo de 1994. Posteriormente fue beneficiario del subsidio por desempleo en varios periodos (30 de junio a 7 de agosto de 1994; 9 de septiembre a 10 de septiembre de 1994; 12 de octubre de 1994 a 29 de junio de 1996). Más tarde, estuvo de alta en el RETA desde el 1 de mayo de 1999 hasta el 31 de marzo de 2012. Percibió la RAI desde junio de 2020 a junio de 2021. En julio de 2021 solicitó el subsidio de desempleo para mayores de 52 años y el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) lo denegó.

Tanto la sentencia de instancia como la de suplicación desestimaron la pretensión del actor razonando que el actor no había acreditado el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 274 LGSS apartados 1) y 4). Cuando pudo acceder al subsidio de desempleo, el actor se encontraba trabajando por cuenta propia y tal actividad duró más de 5 años, lo que veda la posibilidad de acceso al subsidio solicitado, y sin que el hecho de percibir las prestaciones de renta activa de inserción dé derecho al percibo de dicho subsidio, ya que tal prestación no está incluida en los subsidios que otorgan el derecho reclamado.

El alto tribunal parte de un análisis riguroso del requisito de contradicción exigido por el artículo 219 LRJS y constata la existencia de respuestas judiciales divergentes ante supuestos sustancialmente homogéneos, lo que legitima el pronunciamiento unificador.

La cuestión abordada en la sentencia impugnada y en la aportada como contraste es sustancialmente idéntica: determinar si el agotamiento de la RAI puede habilitar el acceso al subsidio de desempleo para mayores de 52 años o, por el contrario, sólo puede serlo el agotamiento de la prestación contributiva de desempleo. En ambas se aplica el régimen derivado de las modificaciones introducidas por el RDL 8/2019, pero mientras que la sentencia recurrida (STSJ Madrid núm. 1050/2023, de 29 de noviembre) deniega el subsidio reclamado por la falta de acreditación de cumplimiento de los requisitos legales señalados en los apartados 1.º y 4.º del artículo 274 LGSS (no haber agotado la prestación de desempleo u otro subsidio anterior y no hallarse inscrito ininterrumpidamente como demandante de empleo desde que se generó la situación de desempleo forzoso), la sentencia de contraste (STSJ Andalucía/Granada

núm. 1893/2021, de 21 de octubre) concede el subsidio aplicando la jurisprudencia unificada conforme a la cual el agotamiento del subsidio propio de la RAI debe asimilarse al de los otros subsidios por desempleo cuando se trata de abrir el acceso al específico para mayores de 55 años, entendiéndose que dicha doctrina es igualmente aplicable al subsidio para mayores de 52 años tras la reforma de 2019. Es cierto que existe alguna diferencia, pero como la sentencia impugnada añade como un segundo argumento que el hecho de percibir la RAI no da derecho al percibo de dicho subsidio, alegando que tal prestación no está incluida en los subsidios que otorgan el derecho reclamado, la Sala Cuarta concluye que sí estamos ante respuestas diferentes.

IV. Posición de las partes

La parte actora ha formalizado recurso de casación unificadora, aportando como sentencia de contraste la dictada el 21 de octubre de 2021 por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Granada) en el recurso de suplicación n.º 1033/2021. Considera infringido el artículo 274 LGSS en la redacción derivada del RDL 8/2019 así como la jurisprudencia unificada de las SSTS 27 marzo y 23 octubre 2019 o 7 mayo 2020.

La Abogacía del Estado, en representación del SEPE, ha impugnado el recurso. Advierte que la cuestión se ha suscitado en numerosos supuestos y que se trata de precisar si el agotamiento de la RAI puede abrir el derecho al subsidio por desempleo. Interesa la desestimación porque tras la reforma de la LGSS mediante RDL 8/2019 ha quedado sin efecto la jurisprudencia anterior y la regulación aplicable no abre las puertas del subsidio examinado más que cuanto se ha agotado previamente la prestación por desempleo.

Por último, el representante del Ministerio Fiscal ha emitido el informe contemplado en el artículo 226.3 LRJS, en el que considera discutible la contradicción, pero en todo caso, se inclina por la desestimación del recurso ya que tras la reforma de la LGSS operada mediante RDL 8/2019 no puede mantenerse como válida la jurisprudencia en que se basa la sentencia referencial; además, las modificaciones posteriores habrían clarificado que así debe ser.

V. Normativa aplicable al caso

En ambos pronunciamientos lo que está en juego es la interpretación de los requisitos legales que franquean el acceso al subsidio especial por desempleo para mayores de 52 años, a la vista de la redacción conferida al apartado 4 del artículo 274 del TRLGSS/2025 por el artículo 1.1 del RDL 8/2019.

La redacción a tener en cuenta para la resolución del caso planteado es la siguiente:

«Podrán acceder al subsidio los trabajadores mayores de cincuenta y dos años, aun cuando no tengan responsabilidades familiares, siempre que se encuentren en alguno de los supuestos contemplados en los apartados anteriores, hayan cotizado por desempleo al menos durante seis años a lo largo de su vida laboral y acrediten que, en el momento de la solicitud, reúnen todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación en el sistema de la Seguridad Social.

Si en la fecha en que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en los apartados anteriores, los trabajadores no hubieran cumplido la edad de cincuenta y dos años, pero, desde dicha fecha, permanecieran inscritos ininterrumpidamente como demandantes de empleo en los servicios públicos de empleo, podrán solicitar el subsidio cuando cumplan esa edad. A estos efectos, se entenderá cumplido el requisito de inscripción ininterrumpida cuando cada una de las posibles interrupciones haya tenido una duración inferior a noventa días, no computándose los periodos que correspondan a la realización de actividad por cuenta propia o ajena. En este último caso, el trabajador no podrá acceder al subsidio cuando el cese en el último trabajo fuera voluntario».

Interesa señalar que, por razones cronológicas (fecha de solicitud del subsidio), no resulta aplicable la redacción del artículo 280 del TRLGSS/2015 procedente del Real Decreto-Ley 2/2024, de 21 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo, y para completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

Dicho precepto se desmarca abiertamente de la posición más amplia y permisiva adoptada por la Sala Cuarta del TS, al disponer que «A los efectos previstos en este precepto, las personas que hayan percibido o agotado la Renta Activa de Inserción regulada en el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo [...] no se asimilan a quienes se encuentren en la situación prevista en el artículo 274.1».

El artículo 274.1 del TRLGSS/2015 establece lo siguiente:

«1. Serán beneficiarios del subsidio los desempleados que, cumpliendo los requisitos establecidos en el apartado 2, se encuentren en alguna de las siguientes situaciones:

a) Haber agotado la prestación por desempleo. En caso de ser menor de cuarenta y cinco años sin responsabilidades familiares se exigirá, además, que la prestación por desempleo agotada haya tenido una duración igual o superior a trescientos sesenta días.

b) Encontrarse en situación legal de desempleo sin tener cubierto el periodo mínimo de cotización para tener derecho a la prestación contributiva, siempre que hayan cotizado al menos noventa días.

En el caso de que en los seis meses anteriores a la solicitud se acrediten varias situaciones legales de desempleo, a efectos de determinación del periodo de ocupación cotizada para el reconocimiento de este subsidio, se estará a lo establecido en el artículo 269.2.

Podrán acceder a estos subsidios quienes mantengan uno o varios contratos a tiempo parcial, siempre que la suma de las jornadas trabajadas en dichos contratos sea inferior a una jornada completa y cumplan el resto de los requisitos».

En consecuencia, con esta reforma legal se deja sin efecto, expresamente, la equiparación entre el agotamiento de la RAI y el de la prestación contributiva o asistencial de desempleo que venía manteniendo la jurisprudencia.

VI. Doctrina básica

El acceso al subsidio por desempleo para mayores de 52 años puede venir dado desde el agotamiento de cualquiera de las prestaciones que configuran el sistema de Seguridad Social en materia de protección por desempleo, como es la renta activa de inserción, y no solo de las prestaciones contributivas o asistenciales reguladas en la LGSS.

Esta doctrina [que arranca de la STS 257/2019, de 17 marzo] no se ve afectada por la nueva redacción conferida al artículo 274.4 del TRLGSS/2015 por el RDL 8/2019, que no ha modificado en lo sustancial los requisitos exigidos por la regulación anterior para acceder al subsidio de desempleo para mayores de 55/52 años.

El agotamiento de la RAI se equipara al subsidio por desempleo. Por tanto, antes del RDL 8/2019 podía dar acceso al subsidio para mayores de 52 (o 55) años y tras la modificación del art. 274.4 LGSS la solución debe mantenerse, toda vez que la redacción vigente -y excluyente- del art. 280 LGSS (otorgada por el RDL 2/2024) es inaplicable al caso por razones cronológicas.

VII. Parte dispositiva

La Sala Cuarta del TS casa y anula la sentencia recurrida, reconociendo al actor el derecho a percibir el subsidio por desempleo para mayores de 52 años en virtud de su solicitud de julio de 2021, y condena al organismo demandado (SEPE) a que así lo haga, abonándolo en la cuantía y efectos legalmente procedentes.

No adopta decisión especial en materia de costas procesales, debiendo asumir cada parte las causadas a su instancia.

VIII. Pasajes decisivos

Los argumentos que sustentan la doctrina *supra* referenciada se distribuyen entre los fundamentos de derecho cuarto y quinto.

- «Las SSTs 257/2019 de 17 marzo (rcud 2966/2017); 1092/2020 de 9 diciembre (rcud 1839/2018); 1145/2021 de 23 noviembre (rcud 882/2019); 367/2022 de 26 abril (rcud 2202/2019), entre otras, han concluido que "el acceso al subsidio por desempleo [...], puede venir dado desde el agotamiento de cualquiera de las prestaciones que configuran el sistema de Seguridad Social en materia de protección por desempleo, como es la renta activa de inserción, y no solo de las prestaciones contributivas o asistenciales reguladas en la LGSS» (FD 4.º). La sentencia explicita a continuación los argumentos sobre los que se apoya esta conclusión.

-«Bajo la regulación anterior al RDL de 2019 las situaciones habilitantes del nacimiento del subsidio para mayores de 55 años estaban remitidas por el artículo 274.4 LGSS a "alguno de los supuestos contemplados en los apartados anteriores" y esa previsión se mantiene incólume en la versión del precepto que debemos aplicar.» (FD 5.º, A).

- «Pero desde que, el 13 de marzo de 2019, entró en vigor la redacción aplicable al caso, donde antes se hablaba de una expresa disyuntiva (prestación o subsidio) ahora aparece una fórmula más genérica de puro reenvío a los supuestos previstos en los apartados anteriores. Se trata de una línea argumental relevante, lo que sucede es que resta importancia a cuanto hemos expuesto en el subapartado inmediatamente precedente. Además, en realidad, lo que ha hecho la norma de urgencia no es eliminar la disyuntiva (prestación o subsidio) sino variar la fórmula sobre el momento en que hay que controlar el cumplimiento de la edad de acceso, ahora referida a "la fecha en que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en los apartados anteriores"» (FD 5.º, B).

-«La norma de 2019 no ha querido restringir la acción protectora en materia de subsidio para mayores (ahora de 52 años). Las razones que el Preámbulo aporta para justificar sus cambios, y que hemos reproducido más arriba (Fundamento Cuarto.1.B) apuntan a lo contrario. Nótese que habla de seis aspectos y ninguno de ellos alude a este cambio sustancial, que comportaría cegar el acceso a quienes han agotado cualquiera de las modalidades de subsidio por desempleo. No solo eso, sino que en alguna de esas novedades alude a la jurisprudencia del Tribunal Supremo como inspiradora y su valoración global es unívoca ("El efecto de las mejoras introducidas se traduce en un importante aumento de la protección de este colectivo")» (FD 5.º, C).

- «La interpretación histórica de los preceptos examinados avala esta conclusión a que vamos llegando. Nos referimos a que el RDL 2/2024 sí que ha abordado de forma expresa y clara el problema que nos ocupa, explicitando que el subsidio para mayores de 52 años no se abre a las personas que hayan percibido o agotado la Renta Activa de Inserción [...], la prestación por cese de actividad regulada en el título V o el subsidio extraordinario por desempleo [...]. Es decir: cuando el ordenamiento ha querido alterar los presupuestos de acceso, no solo lo ha hecho de forma explícita sino que ha entendido que las referencias a "la prestación" del artículo 274.1 LGSS abarcan tanto la contributiva cuanto la asistencial, y que la RAI resultaba equiparable a esta segunda» (FD 5.º, D).

IX. Comentario

La STS 896/2025 reafirma una línea jurisprudencial consolidada, según la cual la RAI, aun presentando rasgos propios y una regulación específica, se integra en la acción protectora por desempleo. Esta afirmación no se apoya únicamente en consideraciones dogmáticas, sino en una interpretación sistemática y finalista del ordenamiento, que atiende tanto a la ubicación normativa de la RAI como a su función material de cobertura de situaciones de necesidad vinculadas al desempleo. El TS recuerda que la distinción entre niveles contributivo y asistencial no impide reconocer una identidad funcional suficiente para justificar la equiparación a efectos de acceso a otras prestaciones del sistema.

La Sala IV realiza un exhaustivo recorrido por las sentencias previas que se han pronunciado, directa o indirectamente, sobre la naturaleza jurídica de la RAI, concluyendo:

A) Que el régimen jurídico de la RAI sea diverso al del subsidio o de la prestación por desempleo no comporta que su naturaleza también sea diversa.

B) La RAI y el subsidio por desempleo atienden la misma situación de necesidad.

C) La RAI es una modalidad de la acción protectora por desempleo, añadida a la prestación y al subsidio.

D) Para resolver cuestiones concretas (cálculo de ingresos, forma de pago) la Sala Cuarta ha acudido a la regulación del desempleo, puesto que la RAI se integra en esa modalidad protectora.

E) En suma, se trata de una modalidad de la acción protectora por desempleo que presenta autonomía y que ha de abordarse en atención a los fines que le son propios.

Así las cosas, la Sala Cuarta considera que existen varias razones (históricas, sistemáticas, teleológicas...) que apuntalan la asimilación de la RAI a un subsidio por desempleo cuyo agotamiento exige la norma para optar al específico subsidio para mayores de 55 años.

Uno de los aspectos más relevantes de la sentencia es la interpretación que realiza del impacto del RDL 8/2019. Frente a la tesis sostenida por el SEPE y acogida por la sentencia recurrida, la Sala Cuarta niega que la reforma de 2019 tuviera como finalidad restringir el acceso al subsidio para mayores de 52 años. Antes al contrario, el análisis del preámbulo y de la lógica interna de la norma revela una clara voluntad expansiva y protectora, orientada a reforzar la cobertura de un colectivo especialmente vulnerable y a mejorar su proyección futura en términos de cotización para la jubilación. Desde esta óptica, la supresión de referencias expresas a la disyuntiva «prestación o subsidio» no puede interpretarse como una exclusión tácita de la RAI, máxime cuando el legislador no introduce una previsión expresa en tal sentido.

Especial interés reviste, asimismo, el uso del argumento histórico-legislativo. La Sala Cuarta subraya que solo con la aprobación del RDL 2/2024, el legislador ha optado por excluir de forma explícita la asimilación entre la RAI y las situaciones previstas en el artículo 274.1 LGSS. Esta constatación refuerza la conclusión de que, con anterioridad a dicha reforma, el marco normativo permitía —y exigía— una interpretación integradora conforme con la jurisprudencia previa. De este modo, la sentencia evita una aplicación retroactiva o extensiva de una norma restrictiva de derechos, en coherencia con los principios de seguridad jurídica y protección de la confianza legítima.

X. Apunte final

Desde una valoración crítica, la STS 896/2025 puede considerarse un ejemplo paradigmático de interpretación *pro beneficiario* en el ámbito de la Seguridad Social. Sin desbordar el tenor literal de la norma, el TS opta por una lectura coherente con el artículo 41 CE y con la finalidad estructural del sistema de protección por desempleo.

Al mismo tiempo, la resolución contribuye a clarificar el régimen transitorio aplicable entre la reforma de 2019 y la de 2024, evitando soluciones dispares que generarían desigualdad en la aplicación judicial del Derecho.

En conclusión, la sentencia comentada no solo resuelve un conflicto interpretativo concreto, sino que reafirma el papel de la jurisprudencia como instrumento de cohesión del sistema y como garante de una protección social efectiva. No es una resolución especialmente novedosa por cuanto confirma doctrina que ya habían fijado sentencias precedentes, pero es interesante porque viene a clarificar que el cambio legal operado por el RDL 8/2019 no afecta al mantenimiento de la jurisprudencia sobre acceso al subsidio para mayores de 52 años por quienes han agotado la RAI, precisando la conexión existente entre estos dos tipos de prestaciones en el Derecho español de la Seguridad Social.

§ 96 ¿Puede cuestionarse en casación unificada el «criterio de razonabilidad» que se maneja en la aquilatación de la indemnización por daño moral?

Ángel Arias Domínguez

Subdirector de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura

Resumen: A efectos de la estimación de la contradicción para la admisión a trámite del Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina en materia de determinación de la cuantía económica por causación de un daño moral, es determinante la apreciación del criterio de razonabilidad que se emplean en las resoluciones objeto de comparación, siendo indiferente, no obstante, la cuantía concreta que se impone en cada una de ellas.

Palabras clave: Indemnización económica por daño moral. Criterio de razonabilidad. Admisión a trámite del Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina. Comparación de sentencias.

Abstract: For the purposes of assessing inconsistency for the admissibility of the Appeal for the Unification of Jurisprudence regarding the determination of the monetary amount for the causation of moral damage, the evaluation of the reasonableness criterion applied in the decisions under comparison is decisive, while the specific amount imposed in each of them is irrelevant.

Keywords: Economic compensation for moral damage. Criterion of reasonableness. Admission for processing of the Appeal for Unification of Doctrine. Comparison of judgments.

DOI: https://doi.org/10.55104/RJL_00696

I. Introducción

El Tribunal Supremo no tiene definida con total precisión -para todas las situaciones, en cualquier contexto, etc.- una fórmula concreta de determinación de la cuantía indemnizatoria de los daños morales producidos por la lesión de los Derechos Fundamentales de la persona trabajadora. Evidentemente, la apreciación del presupuesto que requiere la indemnización reparadora -la constatación de que la lesión efectivamente se ha producido, con qué intensidad y con qué contenido- es una cuestión que corresponde, en exclusividad, a la jurisdicción ordinaria. Pero concretar con qué instrumento debe calibrarse esta indemnización y cuáles son los parámetros que deben manejarse para la imposición de una concreta cuantía es una cuestión, cuando menos, abierta a la discusión unificadora. Básicamente por dos razones. En primer lugar, porque carecemos de una normativa específica al respecto. Y, en segundo lugar, porque los Tribunales de instancia y suplicación han empleado varios mecanismos para dicha concreción, sin que tampoco se tenga del todo claro qué

elementos de hecho deben tenerse en consideración para aquilatar una mayor o menor indemnización: contexto laboral, tipo de contrato, duración de la contratación, salario percibido, entidad de la lesión, reincidencia del empleador, perspectiva de género, etc.

Que no se emplee un modelo concreto -bien legal, bien deducido de la apreciado en Unificación de Doctrina- facilita, en primer lugar, que en la práctica pueden válidamente emplearse cuantos baremos o parámetros enunciados en las normas que tengan acomodo (más o menos directo, más o menos forzado) en la lógica indemnizatoria -el de la LISOS, el de tráfico, el que relaciona la indemnización con el salario que se percibe, etc.- y, en segundo lugar, que la cuantía de las indemnizaciones que se imponen no se sujeten a una lógica homogeneizadora: a veces se tiene en consideración si hay varias lesiones para multiplicar la indemnización, otras veces, sin embargo, se parte del mínimo de la LISOS y no se acrisolan indemnizaciones superiores cuando acaecen diferentes tipos de lesiones (o una sola de mucha entidad), etc.

Carecemos de norma, y no manejamos un parámetro unificado. Lo que provoca, o al menos favorece, que abone el terreno por una casuística a la que todavía no se le ha «metido en cintura», propiciando que se evacuen en la práctica resoluciones jurisdiccionales diversas, incluso hasta contradictorias, que exponen disímiles parámetros de valoración, con cuantías diversas ante situaciones muy similares.

Sería deseable, en este sentido, que contásemos con parámetros más claros en lo que importa, al menos, a dos cuestiones esenciales en esta materia. En primer lugar, la norma o criterio aplicable para la deducción de la indemnización inicial, bien el mínimo de la LISOS, como suele ser muy habitual, o bien la cuantía salarial mensual que percibe el trabajador. Y, en segundo lugar, los parámetros claros que han de manejarse para refinar la cuantía de ésta. Esto último con una especial pretensión propositiva, pues no todas las indemnizaciones, por razones evidentes de justicia material del caso concreto, deben tener exactamente la misma indemnización, que es la consecuencia que se provoca con la ausencia de criterios que aquilaten el *quantum* indemnizatorio y se acuda la mayoría de las veces al mínimo de la LISOS.

El problema que subyace en toda esta problemática es que la configuración normativa del Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que no es un recurso jurisdiccional pleno, parece refractario a la organización de parámetros aplicables a todas las situaciones y para todos los momentos en esta materia. Es cierto, y no puede minusvalorarse su interés, que se han evacuado varias resoluciones unificadoras sobre estas cuestiones, pero las dos problemáticas que se han señalado (las dos más trascendentes, por otra parte) siguen encontrándose ayunas de resolución unificada. Probablemente, porque se entiende que tanto la elección de la norma o criterio para la imposición, como de los parámetros para su aquilatación concreta, forman parte del quehacer jurisdiccional ordinario.

La resolución objeto de comentario escora estas cuestiones y se refugia en la desestimación del recurso impetrado, dando a entender, de manera vehemente, que lo que debiera haber procedido en este caso era la inadmisión a trámite del recurso, pareciendo que quisiera cerrar la puerta a futuros intentos unificadores, recordando que «cualquier causa que pudiese motivar en su momento la inadmisión del recurso, una vez que se llega a la fase de sentencia queda transformada en causa de desestimación...»

Y, sin embargo, se insiste, parece conveniente que la Sala IV tome postura al respecto y aclare, al menos, los dos extremos apuntados.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala Cuarta.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 930/2025, de 15 de octubre.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUd núm. 1351/2024.

ECLI:ES:TS:2025:4503

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Félix V. Azón Villas.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

En el marco de una concreta medida de fomento de empleo la Delegación de Gobierno de Ceuta contrató, por una duración de seis meses (del 30 de diciembre de 2021 al 30 de junio de 2022), a 722 trabajadores mediante la fórmula de obra y servicio determinado a jornada completa. En los contratos de trabajo se especificaban las condiciones laborales, el grupo profesional el que se adscribían, el grupo de cotización y demás particularidades, haciendo constar, singularmente, el salario que se percibiría, desglosando cantidades y conceptos de manera detallada.

Estas cantidades eran distintas de las que se preveían en el IV Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado (Publicado por Resolución de 13 de mayo de 2019, de la Dirección General de Trabajo [BOE de 17 de mayo]), y a ellas no se les aplicó el incremento que para los empleados públicos previeron tres normas consecutivas en el período de tiempo que estuvo vigente el contrato de trabajo: el Real Decreto 2/2020, de 12 de enero, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales (BOE de 13 de enero) que preveía un incremento del 2% sobre las retribuciones del personal al servicio del sector público para el año 2020; el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptaron medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (BOE de 1 de abril) que incrementó en un 0,9% las retribuciones de los trabajadores públicos para el año 2021; y la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022 (BOE de 29 de diciembre) que implementó un incremento de 2% de las retribuciones del personal del sector público.

En definitiva, que los trabajadores contratados percibieron las prestaciones salariales que tenían fijadas en sus respectivos contratos de trabajo, y no las incrementadas que deberían haber percibido por efecto de las consecutivas normas aprobadas.

Intimada una demanda laboral por parte de tres trabajadores el Juzgado de lo Social núm. 1 de Ceuta dictó una sentencia en la que consideraba como hecho probado, entre otros, que «No se les ha aplicado el referido convenio respecto a ningunas de las mejoras de las condiciones laborales especificado en el mismo», por lo que estima «parcialmente la demanda interpuesta» por los tres trabajadores «contra la Delegación del Gobierno de Ceuta, declarando que la conducta de no aplicar el IV Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Administración General del Estado supone una vulneración del principio de igualdad de trato y no discriminación contenido en el artículo 14 de la CE, condenando a la entidad a abonar a cada uno de los demandantes, la cantidad de 7.504 euros en concepto de indemnización por los daños morales ocasionados».

La sentencia fue recurrida en suplicación, y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía estimó parcialmente el recurso revocando «parcialmente la sentencia impugnada en lo atinente a la indemnización que fija por daño moral, reconociendo el derecho de las actoras a percibir una indemnización por daños morales ascendente a 300 €, manteniéndose el resto de la sentencia en igual sentido».

La resolución, por tanto, entiende que efectivamente se ha producido una vulneración de Derechos Fundamentales, que ello ha conllevado un daño moral y que éste debe ser reparado mediante una indemnización económica. Pero aprecia, y esto es lo interesante en este caso, que no es razonable el criterio que emplea el Juzgado de lo Social para monetizar la cuantía de la indemnización económica reparadora, rebajando sustancialmente la cuantía de esta, hasta quedarla prácticamente en anecdótica. Es interesante destacar que el Juzgado de lo Social empleo para la determinación de la indemnización el criterio estándar de operar con la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, parámetro que ha sido desechado por la Sala de Suplicación.

El Juzgado de lo Social -se insiste- no se separa del parámetro usual de determinación de dicha cuantía, ni parece tener en consideración en el caso concreto ni el tipo de contrato laboral (temporal por obra o servicio determinado), ni su carácter breve (únicamente por seis meses) para aquilatar la indemnización. Entiende producido el daño moral, y asocia para la reparación de dicho daño el estándar usual que se emplea en el ámbito social, la cuantía mínima de la sanción por falta en la LISOS.

Se abren con ello, dos debates de no poca proyección práctica. En primer lugar, el alcance de la apreciación de suplicación que reduce la cuantía de la indemnización, es decir la razonabilidad de la reducción que opera y particularmente si ésta se ve inferida en atención al tipo de contrato, su duración, la remuneración total que se percibe y otras variables de la dinámica contractual.

Y, en segundo lugar, el rol que juega en la determinación de la cuantía indemnizatoria la casación unificada.

IV. Posición de las partes

Las demandas acumuladas en materia de tutela de derechos fundamentales se basan en la discriminación que dicen padecer las personas trabajadoras porque su retribución salarial durante la prestación laboral no alcanzó las cantidades previstas en el IV Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Administración General del Estado. Reclaman, en consecuencia, 3.165,60 € por lucro cesante, y 7.501€ por daño moral.

Tras la estimación parcial del recurso de Suplicación impetrado por la contraparte y la rebaja sustancial de la indemnización por daño moral, se intima por la representación letrada de las personas trabajadoras el Recurso de Casación por Unificación de Doctrina reiterando la pretensión procesal. El criterio de la Sala de Suplicación no ha sido muy florido, limitándose a señalar, expresamente que «la cantidad fijada en la sentencia por el daño moral de 7.501 €, debe considerarse a todas luces excesiva, aunque se justifique en la Ley de Infracciones y Sanciones del orden social, ya que en esta legislación hay infracciones leves, graves y muy graves y no parece que la actuación de la Ciudad Autónoma de Ceuta, constituya una infracción muy grave como declara la sentencia para cuantificar la indemnización por daño moral, siendo la cuantía adecuada, por resultar más proporcional la de 300 €, que es la que viene imponiendo la Sala en casos sustancialmente iguales al presente».

El recurso ha sido impugnado por la parte demandada, y el Ministerio Fiscal entiende que no se aprecia la necesaria contradicción y que debe ser inadmitido el recurso.

V. Normativa aplicable al caso

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

Artículo 182. Sentencia.

1. La sentencia declarará haber lugar o no al amparo judicial solicitado y, en caso de estimación de la demanda, según las pretensiones concretamente ejercitadas:

a) Declarará la existencia o no de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, así como el derecho o libertad infringidos, según su contenido constitucionalmente declarado, dentro de los límites del debate procesal y conforme a las normas y doctrina constitucionales aplicables al caso, hayan sido o no acertadamente invocadas por los litigantes.

b) Declarará la nulidad radical de la actuación del empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada.

c) Ordenará el cese inmediato de la actuación contraria a derechos fundamentales o a libertades públicas, o en su caso, la prohibición de interrumpir una conducta o la obligación de realizar una actividad omitida, cuando una u otra resulten exigibles según la naturaleza del derecho o libertad vulnerados.

d) Dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el artículo 183.

2. En la sentencia se dispondrá lo procedente sobre las medidas cautelares que se hubieran adoptado previamente.

Artículo 183. Indemnizaciones.

1. Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados.

2. El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño.

3. Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales.

4. Cuando se haya ejercitado la acción de daños y perjuicios derivada de delito o falta en un procedimiento penal no podrá reiterarse la petición indemnizatoria ante el orden jurisdiccional social, mientras no se desista del ejercicio de aquélla o quede sin resolverse por sobreseimiento o absolución en resolución penal firme, quedando mientras tanto interrumpido el plazo de prescripción de la acción en vía social.

VI. Doctrina básica

Para la apreciación de la contradicción entre resoluciones, a efectos de la admisión a trámite del recurso de casación para la unificación de doctrina en materia de determinación de la indemnización por daño moral, debe tenerse en consideración únicamente el 'criterio de razonabilidad' que emplean las resoluciones comparadas, sin que juegue papel relevante alguno la cuantía de la indemnización impuesta en las resoluciones comparadas.

VII. Parte dispositiva

Se desestima el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina impetrado, confirmándose la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de justicia de Andalucía recurrida.

VIII. Pasajes decisivos

«Ambas sentencias comparadas, aun cuando han llegado a resultados numéricos diferentes, aplican un criterio de razonabilidad de la cifra en que se cuantifica el daño moral y reducen el establecido por la sentencia recurrida, de modo que los pronunciamientos de ambas sentencias contenidos en el fallo son del mismo signo y coincidentes pues se reconoce la indemnización de daños morales en una cuantía rebajada ala solicitada y reconocida por los Juzgados de lo Social.

Ello implica que no existe la contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste, por lo que no debió ser admitido el recurso de casación para la unificación de doctrina en el trámite correspondiente, procediendo ahora su desestimación...»

IX. Comentario

El «criterio de razonabilidad» que emplea la Sala de Suplicación para rebajar la cuantía de la indemnización impuesta por el Juzgado de lo social no es excesivamente prolijo o detallado, ni siquiera consistente. Señala, concretamente, que «la cantidad fijada en la sentencia por el daño moral de 7.501 €, debe considerarse a todas luces excesiva», sin detallar por qué se considera «excesiva» ni en qué medidas el parámetro de «a todas luces» ha sido calibrado como método de mesuramiento de la cuantía indemnizatoria impuesta.

No alude, ni siquiera, al contexto laboral, al tipo de contrato, su duración, naturaleza o su vinculación con una medida de fomento de empleo. La «cantidad» debe «considerarse.../...excesiva», sin que se despliegue argumentación alguna que apoye la conclusión. Únicamente subraya, como argumento a mayor abundamiento, que «no parece que la actuación de la Ciudad Autónoma de Ceuta, constituya una infracción muy grave como declara la sentencia para cuantificar la indemnización por daño moral». Pero sin indicar por qué «no parece» lesiva la actuación del empleador. ¿No lo parece, por el tipo de contrato, por su duración, por la cuantía de las percepciones salariales que va a percibir la persona trabajadora, por el proceder del empleador, por las consecuencias de su decisión?, ¿Por qué 'no parece' lesiva dicha actuación? No lo indica la resolución. Puede deducirse con una dosis excesiva de imaginación jurídica, pero la resolución no muestra los elementos de valoración que han sido calibrados para entender que la sanción parece excesiva y que la actuación del empleador no parece lesiva.

Sí es cierto que en el momento de resolver el recurso y reducir la indemnización señala expresamente que «siendo la cuantía adecuada, por resultar más proporcional la de 300 €». ¿Más proporcional en relación con qué?, ¿Proporcional en relación con el salario percibido en toda la duración del contrato?, ¿Proporcional teniendo presente su duración temporal?, ¿Proporcional en relación a los días trabajados?

Pareciera como si la resolución de suplicación exigiese del lector un esfuerzo complementario para entender el 'criterio de razonabilidad' que maneja, dando por supuesto hechos (facticos) y circunstancias (contextuales) que no tienen que darse por tal. Con ello se evitan los quehaceres hermenéuticos pudiendo dar cabida a resoluciones parcialmente diferenciadas o incluso contradictorias. Recuerdo, incluso, al juicio de constitucional de las normas que emplea a menudo el Tribunal Constitucional cuando entiende que el resultado aplicativo de una norma «no es razonable».

Sin embargo, y este es el matiz que quiere subrayarse, la sentencia de contraste emplea un criterio de razonabilidad muy potente, con más matices y con elementos interpretativos que dotan de fisonomía al parámetro explicativo que maneja. Precisa,

en concreto, que el «Magistrado *a quo*.../...argumenta las razones por las cuales considera que procede conceder la cantidad solicitada (la antigüedad de siete años del trabajador en la Universidad y la frustración de sus expectativas profesionales como investigador; la persistencia de la lesión durante más de un año; el importe reclamado como indemnización equivale a la mitad del salario anual del trabajador; y los esfuerzos dedicados por el actor a defender sus derechos, inclusive ante la vía judicial, con los consiguientes costes que es obvio que ello genera)», lo que se trasluce en una concreción razonable de la indemnización impuesta. Y subraya, para que no quede duda alguna, que «la Sala considera correcta que existe una evidente desproporción entre la cantidad fijada y el alcance del daño producido, máxime por cuanto que la Universidad demandada se ha limitado a aplicar las normas vigentes, sin una voluntad discriminadora aunque, en efecto, exista la situación discriminadora, como pone de relieve el Fiscal en su informe. Por ello, el Tribunal entiende que debe fijarse la indemnización al importe mínimo fijado en el art. 8.12 de la LISOS, por lo que, con estimación parcial del presente recurso, se rebaja su importe a 7.501 euros».

Es decir, la Sala de Suplicación en este asunto tiene presente el criterio de razonabilidad empleado por el Juzgador de instancia, valora los elementos que se han manejado para la imposición de la indemnización -antigüedad en el empleo, persistencia de la lesión, proporción con el salario anual de la persona trabajadora, costes de la reclamación judicial- pero los entiende incorrectamente manejados, básicamente porque la cuantía final de la indemnización la considera desproporcionada, por dos razones. En primer lugar, porque el empleador no se ha conducido con un afán discriminatorio, y, en segundo lugar, porque la eventual lesión de los derechos fundamentales del trabajador se ha producido por la estricta aplicación de la norma que deben emplearse en estos casos.

Como bien puede apreciarse, se conduce por sendas más floridas que en la sentencia recurrida en la casación unificada que ahora se analiza. Por ello no es razonable entender, en definitiva, que estemos en presencia de dos resoluciones (la recurrida y la traída al juicio de contradicción) que manejan los mismos elementos a tener en consideración en el juicio de razonabilidad que despliegan.

Básicamente porque la resolución recurrida (ECLI:ES:TSJAND:2024:480) no esgrime parámetros equivalentes para acrisolar el resarcimiento. Su FJ 4, en su segundo párrafo, explora dos tipos de consideraciones.

En primer lugar, los que se relacionan con la competencia del Juez de instancia para fijar la indemnización y las dificultades que el reclamante experimenta en este quehacer. Así, precisa, que: «...la indemnización de daños morales abre la vía a la posibilidad de que sea el órgano judicial el que establezca prudencialmente su cuantía, sin que pueda exigirse al reclamante la aportación de bases más exactas y precisas para su determinación, en tanto que en esta materia se produce la "inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño [moral] esencialmente consiste..."» lo que conlleva «un mayor margen de discrecionalidad en la valoración», sin posibilidad de asirse «para el cálculo del *quantum* indemnizatorio» a parámetros objetivos, en la medida en que «los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados 'no tienen directa o secuencialmente una traducción económica'»

Y, en segundo lugar, concluyendo la consecuencia del razonamiento sin haber expuesto algún tipo de argumento que enlace las consideraciones anteriores con lo que decide el Tribunal. Remata afirmando, en definitiva, sin solución de continuidad, que «La aplicación de esta doctrina lleva a rechazar el argumento de la recurrente. Sin embargo, la cantidad fijada en la sentencia por el daño moral de 7.501 €, debe considerarse a todas luces excesiva, aunque se justifique en la Ley de Infracciones y Sanciones del orden social, ya que en esta legislación hay infracciones leves, graves y muy graves y no parece que la actuación de la Ciudad Autónoma de Ceuta, constituya una infracción muy grave como declara la sentencia para cuantificar la indemnización por daño moral, siendo la cuantía adecuada, por resultar más proporcional la de 300

€, que es la que viene imponiendo la Sala en casos sustancialmente iguales al presente».

En la sentencia recurrida hay, en definitiva, argumentaciones «a todas luces», en la de contraste se empleaban parámetros relaciones con el tipo de contrato, la antigüedad laboral y otras consideraciones contextuales relacionadas con el trabajo y el vínculo laboral. No puede deducirse, entonces, que los parámetros empleados en «el juicio de razonabilidad» sean idénticos, por lo que la contradicción debería haberse considerado acreditada, debiendo entrar a analizar el fondo del asunto, es decir, la idoneidad de los criterios que deben valorarse para imponer una indemnización que resarza el daño moral causado, incluyendo también la perspectiva tuitiva, no solamente la reparadora, como exige la norma.

X. Apunte final

El análisis de la cuestión de fondo, es decir, del tipo de elementos valorativos que tienen que utilizarse para imponer la indemnización por daño moral y su correcta calibración queda escorada en esta resolución, al no pasar el recurso el filtro de la contradicción.

Y, sin embargo, sigue siendo la cuestión más relevante en esta temática.

Para el correcto análisis de esta cuestión y poder extraer conclusiones prospectivas, debe partirse de varias premisas.

En primer lugar, que no existe norma expresa al efecto, lo que obliga a emplear alguna de las existentes.

Por eso se acude, en segundo lugar, al auxilio de la LISOS como norma básica para la concreción de la indemnización por daño moral.

Es conveniente, en tercer lugar, asumir que no todas las lesiones de Derechos Fundamentales y todos los daños morales que se asocian a éstas deben tener la misma reparación. Se hace necesario, en consecuencia, acometer en cada caso concreto un proceso de aquilatación individual de las indemnizaciones.

Y para ello, precisamente, en quinto lugar, se despliego el juicio de «razonabilidad», que tiene que manejar elementos atinentes a los casos desde una perspectiva general.

Entre ellos los dos siguientes. Los que tengan que ver con la lesión dañosa, y los que tengan en consideración los aspectos contextuales laborales.

Con respecto a los primeros, tenemos que analizar la entidad de la lesión acaecida, el volumen de daño desplegado, su intensidad, su reiteración, su incidencia en la persona trabajadora, especialmente si sobre el empleador lesionador pesa un deber de tutela singular (persona con discapacidades, menores de edad, mujeres embarazadas), su propósito lesivo (singularmente vulnerando estándares tuitivos clásicos en nuestro derecho moderno: lesiones discriminatorios por razón de sexo, género, homófobas, etc.), su pluri incidencia, etc. Es decir, deben apreciarse la lesión como acto lesionador en sí misma considerada.

Los aspectos contextuales laborales son aquellos que definen al sujeto paciente de la lesión, es decir, al trabajador en sus circunstancias laborales. Su antigüedad, el tipo de contrato, su duración, el salario que percibe, si estamos en presencia de una relación laboral de fomento de empleo, al servicio de una entidad pública, etc.

Con el primer parámetro se impondría la sanción mínima dentro de las permite la LISOS, y con el segundo nos moveríamos dentro de los límites de ésta, con el objetivo de aquilatar e individualizar la indemnización para cada asunto concreto. Con ello se tienen en cuenta todos los eventuales elementos que puedan apreciarse para la reparación del daño causa. Aquellos que se relacionan con el trabajador que padece el daño; los que tienen en consideración las circunstancias contextuales en que se

produce la lesión al Derecho Fundamental; y los que se centran en el agente productor del año y valoran la intensidad de su conducta y su gravedad intrínseca.

§ 97 El equilibrio en el establecimiento de servicios de seguridad y mantenimiento.

Francisco A. Vila Tierno

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga.

Resumen: *Derecho de huelga. Servicios de mantenimiento y seguridad (que no deben confundirse con los servicios mínimos). Necesidad de negociar con la representación sindical salvo supuestos excepcionales que no concurren en el caso. Imposición de servicios abusivos con vulneración del derecho de huelga. Fijación de indemnización. Aplicación orientativa de la LISOS para fijar la indemnización asociada a la vulneración del derecho. Confirmación del criterio de la sentencia recurrida, al mostrarse acorde con las circunstancias concurrentes.*

Palabras clave: *Huelga. Servicios de seguridad y mantenimiento. Indemnización.*

Abstract: *Diritto di sciopero. Servizi di manutenzione e sicurezza (da non confondere con i servizi minimi). Necessità di negoziare con la rappresentanza sindacale, salvo casi eccezionali che non ricorrono nel caso in esame. Imposizione di servizi abusivi con violazione del diritto di sciopero. Determinazione dell'indennizzo. Applicazione orientativa della LISOS per determinare l'indennizzo associato alla violazione del diritto. Conferma del criterio della sentenza impugnata, in quanto conforme alle circostanze concorrenti.*

Keywords: *Sciopero. Servizi di sicurezza e manutenzione. Indennizzo.*

DOI: https://doi.org/10.55104/RJL_00697

I. Introducción

El ejercicio del Derecho de Huelga, en tanto Derecho Fundamental, tiene que responder a una conformación que respete su contenido esencial y, por tanto, que pueda cumplir sus fines. Ello no impide, sin embargo, que se adopten medidas dirigidas a garantizar el equilibrio entre el desarrollo de la huelga y la necesidad de que esta interrupción temporal de la prestación laboral no suponga la imposibilidad de la continuidad de la actividad empresarial tras la medida de conflicto colectivo. A estos efectos, se plantean herramientas que, como los servicios de seguridad y mantenimiento, tienen como objeto la recuperación posterior del empleo, pero que, sin embargo, «no pueden privar, en ningún caso, de eficacia funcional a la huelga como «arma» de lucha capaz de ejercer su función de coacción psicológica colectiva, que es su razón de ser»^[1].

En este sentido, cuando la fijación o determinación de aquellos servicios resulta desproporcionada en cuanto a su objetivo, afecta al mismo Derecho Fundamental, reduciendo su alcance y efectos, hasta el punto de vaciarlo de contenido.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: STS-SOC núm. 967/2025, de 17 de octubre.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de casación para la unificación de doctrina, RCO núm. núm. 39/2024.

ECLI: ECLI:ES:TS:2025:4772

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excm. Sra. Dña. Luisa María Gómez Garrido.

Votos Particulares: No existe voto particular.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Se trata, en esta resolución judicial, de analizar, de una parte, cuando se produce un uso irregular de los servicios de seguridad y mantenimiento, ya que, en términos cuantitativos, rebasa la necesidad real en el conflicto. Y, de otra, cuando la fijación de aquellos servicios se ha hecho en ausencia de un proceso negocial, esto es, cuando se ha prescindido de un intento de acuerdo con la parte social y, en consecuencia, no se justifica la adopción de manera unilateral por la empresa de aquellos.

Los hechos que motivan el fallo de la sentencia se resumen en una serie de antecedentes que se pueden destacar como más significativos:

1.- En el marco de la empresa existe, desde el 17 de junio de 2005, un «Acuerdo de servicios mínimos» que regula los servicios de seguridad y mantenimiento en caso de huelga. La STSJ Asturias 12/2022, de 14 de junio, declaró extinguido tal acuerdo, frente a lo que se opuso recurso de casación.

2.- CCOO. presenta convocatoria de huelga en los centros de trabajo de Arcelormittal España situados en Avilés, Veriña y Aboño, de 24 horas entre los días 24 y 25 de abril de 2023 y de 16 horas entre los días 28 y 29 de abril. El motivo principal era respaldar las reivindicaciones sindicales dentro de la negociación del VIII Acuerdo Marco, que buscaba mejorar las condiciones económicas y sociales de la plantilla.

3.- El 19 de abril tuvo lugar un acto de mediación ante el Servicio Asturiano de Solución Extrajudicial de Conflictos (SASEC), al que asistieron representantes de CCOO y miembros del Comité de Huelga, así como varios responsables de Arcelormittal. En esa mediación, la parte sindical alegó la falta de avances en las negociaciones, mencionando múltiples reuniones infructuosas. Por su parte, la empresa sostuvo que se había convocado una nueva reunión para el 20 de abril, con el fin de continuar las conversaciones. La mediación concluyó con el acuerdo de que la parte social informaría a las asambleas de afiliados el 21 de abril, siempre que se produjeran progresos en la negociación del acuerdo marco. Ese mismo 21 de abril de 2023, las partes se volvieron a reunir en las instalaciones de la empresa para negociar los servicios de cara a la huelga. En la reunión participaron los mismos representantes de la mediación, junto con dos nuevas asistentes por parte de la empresa.

Durante la negociación, Arcelormittal explicó que no existía un acuerdo de servicios mínimos vigente, y propuso tomar como referencia el acuerdo de 2005, manteniendo la actividad productiva actual de ambos hornos, A y B. La empresa reconoció que el horno A se encontraba parado a causa de un incendio reciente, y que su reparación estaba en curso. Por ese motivo, consideraba esencial mantener en funcionamiento el horno B, ya que cualquier cambio en su ritmo productivo —como reducirlo o detenerlo — podía suponer un riesgo técnico importante, tanto para la estabilidad del horno como para las instalaciones en general. Además, argumentó que interrumpir la

reparación del horno A o modificar los procesos programados podría comprometer la seguridad y retrasar la puesta en marcha de la instalación.

En el curso de la reunión, CCOO cuestionó esta postura. Argumentó que, en otras ocasiones, cuando se habían realizado reparaciones o mantenimientos, o incluso en paradas industriales prolongadas el año anterior, se había procedido a detener el horno B sin mayores problemas. Por ello, el sindicato propuso detener completamente el horno B, las dos acerías y las plantas de sínter, para reducir la actividad durante los días de huelga.

La empresa, sin embargo, rechazó esta propuesta, insistiendo en que el contexto era distinto debido al reciente siniestro del horno A y a los riesgos derivados de someter el horno B a cambios bruscos en su operación. Además, explicó que ya se habían enviado cartas a determinados trabajadores notificando sus servicios mínimos, siguiendo los criterios del acuerdo de 2005. Según la empresa, este paso respondía a una cuestión organizativa y de tiempo, ya que hasta el 20 de abril por la tarde no se había confirmado la continuidad de las movilizaciones. Aun así, se comprometió a rectificar las cartas si se alcanzaba un acuerdo final sobre los servicios mínimos en la reunión.

En resumen, el horno A aún no estaba reparado al momento de la negociación del 21 de abril y permanecía parado por el incendio. Aunque ello no obsta a que históricamente se habían realizado paradas en este y el otro horno por tareas de mantenimiento o ajustes productivos, si bien, la empresa alegaba que, dadas las circunstancias excepcionales generadas por el incendio, no podía asumir nuevos riesgos ni detener el horno alto B durante los días de huelga.

IV. Posición de las partes

En los términos que hemos adelantado, el núcleo del desacuerdo radicaba en que CCOO exigía detener por completo la actividad industrial, incluyendo los dos hornos altos, las dos acerías y las dos plantas de sínter, mientras que la empresa rechazaba esta posibilidad alegando razones técnicas y de seguridad. La empresa, por su parte, sostuvo que debía aplicarse como referencia el antiguo «Acuerdo de Servicios Mínimos» de 2005, aunque este ya no estaba en vigor.

La mercantil justificó especialmente la imposibilidad de parar el horno B, debido a que el horno A se hallaba fuera de servicio desde el incendio del 22 de marzo de 2023, en proceso de reparación y con necesidades especiales de mantenimiento. Detener ambos hornos, alegó la empresa, podría poner en peligro la seguridad de las instalaciones y complicar la recuperación del horno siniestrado.

Finalmente, Arcelormittal aplicó sus propios servicios mínimos, sin incorporar ningún cambio derivado de la negociación. Estos servicios de mantenimiento y seguridad afectaron aproximadamente al 24% del total de la plantilla de la planta de Asturias, aunque la empresa reconoció haber enviado cartas de adscripción a los servicios antes de la reunión del 21 de abril, cubriendo inicialmente a un 13% de los trabajadores afectados.

CCOO consideró esa actuación una vulneración del derecho fundamental de huelga, denunciando que los servicios impuestos fueron abusivos, no negociados ni justificados. Por ello, el sindicato solicitó la nulidad de la actuación empresarial, el cese de la conducta antisindical y una indemnización por daños y perjuicios. La empresa, en cambio, negó haber vulnerado derechos, apoyándose en los riesgos técnicos derivados del incendio del horno A como justificación de sus decisiones.

V. Normativa aplicable al caso

Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo:

- Artículo 6.7: «El Comité de huelga habrá de garantizar durante la misma la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones,

materias primas y cualquier otra atención que fuese precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa. Corresponde al empresario la designación de los trabajadores que deban efectuar dichos servicios».

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que la STC 11/1981, de 8 de abril declara la inconstitucionalidad este apartado, precisamente, por atribuir manera exclusiva al empresario la facultad de designar los trabajadores que deban efectuar dichos servicios.

- Art. 10 (párrafo 2): «Cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurren circunstancias de especial gravedad, la Autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios. El Gobierno, asimismo, podrá adoptar a tales fines las medidas de intervención adecuadas».

Este precepto, que no resulta de aplicación, sí es necesario reproducir, a los efectos de distinguir entre servicios de seguridad y mantenimiento y servicios mínimos, que son los que se incluyen en este artículo.

VI. Doctrina básica

Como ya se ha advertido en la parte introductoria de este análisis, los servicios de mantenimiento y seguridad pueden entenderse como una limitación al derecho de huelga, lo que obliga, necesariamente, a una interpretación restrictiva de cuál va a ser su contenido y determinación, en su caso, lo estrictamente imprescindible o para evitar daños irreparables en el patrimonio de la empresa.

En cualquier caso, no son los mismo los servicios de mantenimiento y servicios de seguridad, entendiendo por los primeros los que incluyen las actividades cuya paralización durante el conflicto, supondría un evidente perjuicio a las instalaciones, locales, maquinarias y materias primas y que permita, una vez superada la huelga, retomar la actividad -entre otras, STS de 14 de noviembre de 2012 (rcud 283/2011)-.

Todo lo que exceda de esa finalidad y pretenda situar a la empresa en un escenario de normalidad, puede entenderse como una restricción ilegítima del derecho de huelga. A estos efectos, puede valorarse, de manera comparativa, si al margen del conflicto colectivo, puede interrumpirse la actividad que se pretende garantizar mediante este tipo de servicios o si ello no es técnicamente posible. Precisamente, en determinadas actividades de ciclo continuo, como Altos hornos, se ha entendido más complejo (v.gr. STS de 30 de enero de 1989).

En este orden, como se ha adelantado, la STC 11/1981, de 8 abril, ha entendido inconstitucional la atribución exclusiva al empresario de la designación de los concretos trabajadores que deben efectuar dichos servicios contenida en el art. 6.7 RDL 17/1977 «en la medida en que la designación hecha unilateralmente por el empresario priva a los trabajadores designados de un derecho que es de carácter fundamental...», por lo que en su designación debe participar también el comité de huelga. Solo si este se niega a negociar, vuelve la atribución a la empresa (con la posible revisión judicial posterior, STS de 23 de mayo de 2003).

Subsistía, no obstante, la duda de a quién corresponde la determinación de los servicios necesarios. Y es que no es lo mismo la fijación del porcentaje o nivel de actividad, que la designación concreta de los trabajadores afectados. Y, en consecuencia, la participación del reiterado comité de huelga podría venir vinculada a una o dos decisiones.

Tanto en la reciente STS 745/2025, de 18 de julio, como en la que ahora analizamos (y más claramente en la última), parece que se apuesta por una actuación de la órgano de representación social que actúe en todo momento, si bien, es cierto que lo que se debate y discute en las sentencias en la ausencia de participación en la

adopción de cualquier decisión al respecto, sin distinguir si es con relación a la especificación de las necesidades mínimas de la empresa para su mantenimiento, si se refiere la concreción exacta de los trabajadores, o a ambas cosas.

VII. Parte dispositiva

La sentencia comentada llega a una conclusión y es que «considerando la falta de una negociación adecuada, en los términos ya descritos, incluida la apreciable neutralización en cuanto a sus efectos de la huelga convocada en atención a la producción constatada, así como la reiteración de la empresa en la conducta reprochada, no apreciamos ningún factor que permita corregir el criterio de la resolución de la instancia, que se muestra proporcional y razonable.

Procede, por tanto, oído el Ministerio Fiscal, desestimar también en este punto el recurso considerado, con imposición de costas al amparo del art. 235 de la LRJS, y con pérdida del depósito y la consignación a tenor de los arts. 217 y 229 del mismo texto».

Atendiendo a lo anterior, concluye como Fallo:

«1. Desestimar el recurso de casación interpuesto por la mercantil "Arcelormittal España, S.A."

2. Confirmar y declarar la firmeza de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias 18/2023, dictada el 28 de noviembre de 2023, en procedimiento de tutela de derechos fundamentales 18/2023.

3. Imponer las costas al recurrente en cuantía de 1.500 €.

4. Ordenar la pérdida del depósito y de la consignación, a los que deberá darse el destino previsto en cada caso».

VIII. Pasajes decisivos

En la parte que hemos venido analizando y que concuerda con el motivo de censura jurídica, el fundamento jurídicos tercero comprende la parte esencial que motiva el fallo en este punto:

-«el debate que ahora resolvemos no es la fijación de los servicios mínimos a los que se refiere el art. 10.2 del RDL 17/1997 (...) Esta distinción se encuentra plenamente consagrada en nuestra jurisprudencia y, en este sentido ya hemos dicho que mediante la fijación de los servicios mínimos o esenciales "se pretende que la actividad productiva continúe limitadamente durante la huelga", mientras que con los servicios de mantenimiento y seguridad "aplicable a todas las empresas aunque no se trate de empresas encargadas de la prestación de servicios esenciales, tiende a posibilitar, además de la seguridad de las personas, que la actividad productiva pueda reanudarse al acabar la huelga"» (STS de 14 de noviembre de 2012 -rec. 283/2011-).

En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala III de este Tribunal (...): «cuando por la actividad de la empresa la huelga afecte a bienes de terceros constitutivos de derechos fundamentales o a la salud de la colectividad, la Administración está apoderada para fijar unos servicios mínimos, luego su intervención responde a la función de atender a los intereses generales (artículo 10.2 del Real Decreto-Ley 17/1977). Ahora bien, si se trata de proteger bienes e instalaciones para así garantizar la viabilidad de la actividad empresarial una vez finalizada la huelga, es aplicable el artículo 6.7 del Real Decreto-Ley 17/1977, luego un eventual conflicto se solventará en el ámbito de relaciones laborales» (STS Sala III 32/2024 de 11 Ene. 2024 -rec. 894/2023).

Sobre este aspecto, la sentencia de la Sala de instancia afirma que «la demanda niega y la empresa no alega que su situación se encuadre dentro de los servicios esenciales, por lo que debe acudir al artículo 6.7 del RD 17/1977». Y ese debe ser por tanto de manera necesaria el marco valorativo de nuestra decisión».

-«establece el art. 6.7 del RD 17/1997 (...) el transcrito precepto fue modalizado interpretativamente por la STC TC 11/1981, de 8 de abril, para señalar que “la adopción de las medidas de seguridad no compete de manera exclusiva al empresario, sino que en ellas participa el comité de huelga, que es quien las garantiza, con la inevitable secuela de que la huelga en que el comité no preste esta participación podrá ser considerada como ilícita por abusiva”».

(...) la fijación unilateral de los servicios por parte de la empresa, solo podrá producirse en casos excepcionales cuando, por ejemplo, el comité de huelga niegue toda colaboración.

(...) el establecimiento de los servicios de mantenimiento y seguridad no puede servir de excusa para limitar el derecho de huelga, en cuanto que «en la determinación de cuáles son los servicios mínimos esenciales para la comunidad, o cuáles son los servicios de seguridad y de mantenimiento requeridos, debe atenderse a ciertos límites, que impidan interpretaciones restrictivas del derecho fundamental» (SSTC33/2011 de 28 de marzo y 17/2017 de 2 de febrero).

Para hacer efectivo el equilibrio entre el mantenimiento de las instalaciones y la garantía de la seguridad de las personas y el ejercicio del derecho de huelga, hemos hecho notar igualmente que los servicios de mantenimiento y seguridad tienen un carácter marginal: «los “servicios de mantenimiento” son sólo los servicios marginales de aseguramiento de la reanudación productiva, como indica el propio término de “mantenimiento”, contrapuesto al de “funcionamiento”, con lo que, con la idea de reducción al mínimo, se trata sólo de mantener unos determinados servicios con el fin de evitar daños graves en el patrimonio de la empresa de las personas» (STS de 14 de noviembre de 2012 ya reseñada).

(...) resulta necesario que se acredite, al menos de forma indiciaria y con una mínima solidez o certidumbre, la realidad de aquellos riesgos.

(...) «Cuando se trata de valorar la necesidad de unos servicios de seguridad y mantenimiento, lo verdaderamente trascendente no son las incidencias realmente acontecidas durante la huelga, sino los riesgos potenciales que deben preverse, aunque luego no se materialicen» (STS de 28 de mayo de 2003 -rec. 5/2002-). Ahora bien, para que pueda tenerse como riesgos potenciales ciertos los que se afirman como concurrentes, es necesario, de nuevo, que los mismos consten con una mínima certidumbre y seriedad.

-«(...) no consta que la empresa proporcionara en el momento de las negociaciones la representación del sindicato CCOO accionante en el presente procedimiento, una información especificada tipo técnico de la que pudiera derivarse que, en efecto, la parada del horno B de manera adicional al A ya parado por el previo incendio, podía implicar riesgos adicionales».

«(...) la producción (...) había variado en un amplio abanico, desde un mínimo de (...) a un máximo de (...) y que, en algunos de los días de huelga la producción no bajó e incluso en algunos días alcanzó casi el máximo (...) por lo que respecta a las paradas, el horno A paró en programadas dos días, y en no programadas cinco días, más un periodo de varios meses de septiembre de 2022 a febrero de 2023 por el precio de la energía y el efecto de la inflación en el mercado, todo ello al margen de la parada tras el incendio. Mientras que el horno B paró en programadas nueve días, y en no programadas veintidós días (...)

(...) las paradas en el año considerado no fueron algo excepcional sino que se produjeron con cierta regularidad sin que consten incidentes específicos asociados a aquellas; es más, una de las paradas, la no programada de varios meses del horno A, se produjo por conveniencia económica de la empresa. Y, de otro lado, se constata igualmente que la producción presentó en el año oscilaciones más que significativas, sin que tampoco por ello se reporten problemas reseñables.

-«(...) la empresa quiso tomar como punto de referencia el previo acuerdo de 2005 que se había dejado sin efecto judicialmente previa presentación de demanda al efecto por el sindicato CCOO y, si bien podríamos admitir que los criterios de dicho acuerdo constituyeran un elemento a tener en cuenta en la negociación, no parece sin embargo admisible que, como acabó ocurriendo, se impusieran sin más cuando, como ya razonamos en nuestra sentencia de 25 de junio de 2024 antes reseñada «las circunstancias en las que se formalizó aquel pacto son absolutamente diferentes de las que acontecen en el momento de la presentación de la demanda y en la actualidad. Así... a lo largo de los años de vigencia del pacto, se han modificado sustancialmente, mediante sucesivos acuerdos las funciones de muchos de los puestos de trabajo, el número de trabajadores asignados a cada servicio, asignándose nuevas funciones a las plantillas de producción, se han creado nuevos puestos de trabajo y se han amortizado otros. Se han reorganizado las plantillas, disminuyendo operarios en determinados puestos y aumentando en otros; se han reorganizado plantillas y secciones enteras con reajustes de funciones. En muchos puestos de trabajo se han establecido pactos de polivalencia funcional... Es evidente que las circunstancias de la plantilla afectada, de su organización, y de la organización de la producción han variado totalmente de suerte que, a juicio de la Sala, resulta extraordinariamente difícil mantener la operatividad del acuerdo de 2005 casi veinte años después». Por lo demás, resulta igualmente significativo que, como acabamos de explicar, la producción no experimentara oscilaciones significativas a la baja en los días de huelga.

-«(...) no otorgamos relevancia significativa al hecho de que en la primera convocatoria considerada, la empresa mandara cartas a parte de los trabajadores afectados por los servicios de mantenimiento antes de que se supiera si había o no acuerdo, en cuanto que, en función de las circunstancias concurrentes, tal decisión podía suponer un mero adelantamiento por prudencia para llegar a tiempo, sin perjuicio de que, de haber existido acuerdo, se hubieran modificado aquellas designaciones».

-«(...) la empresa no afrontó la negociación de los servicios de mantenimiento y seguridad en las condiciones necesarias para permitir un acuerdo razonable, en cuanto, de un lado, intentó hacer prevalecer los criterios del Acuerdo de 2005, dejado sin efecto y relativo a una situación organizativa de la empresa completamente distinta a la actual y más reciente y, de otro lado, no proporcionó información técnica que apoyara sus pretensiones en cuanto a los servicios considerados (...) resulta significativo que (...) la producción en los días de huelga no presentara oscilaciones significativas, poniendo de manifiesto bien a las claras que los servicios de mantenimiento y seguridad tuvieron un alcance desmedido, insistimos, sin justificación técnica suficiente que nos convenza de que, por su propia naturaleza, el proceso productivo en cuestión no puede experimentar reducciones».

IX. Comentario

La resolución objeto de análisis trae otra vez a primera plana del debate las eventuales restricciones o limitaciones del derecho fundamental de huelga por la concurrencia de intereses empresariales que se conjugan, en este caso, con la continuidad posterior de la actividad productiva. Reproduce, en parte, lo ya resuelto en la citada STS 745/2025, de 18 de julio, en la que se señala que «Se trataba de actuaciones que no tenían como cometido garantizar la reanudación de la actividad (...) cuando finalizase la huelga, como exige la norma, sino que lo que perseguían era no alterar, en la medida de lo posible, el funcionamiento normal de tal departamento, debiendo realizar los actores las labores que habitualmente desarrollaban en su puesto de trabajo. Tal planteamiento, como declaró la STC 80/2005, de 4 de abril (rec 979/2003), no es constitucionalmente admisible, pues supone situar el derecho a la huelga del artículo 28.2 de la Constitución, que es un derecho fundamental, en un plano idéntico de protección constitucional al derecho al trabajo del artículo 35 de la Constitución y al derecho a la libertad de empresa del artículo 38 del citado texto constitucional, que no están configurados como derechos fundamentales, llegando,

incluso, a condicionar el lícito ejercicio del derecho de huelga a que el derecho al trabajo y el derecho a la libertad de empresa no resulten perjudicados.

Debe resaltarse, a estos efectos, que el contenido esencial del derecho de huelga es el cese en el trabajo, lo que produce una perturbación, en mayor o menor medida, en la actividad empresarial a la que afecta, de forma tal que si los trabajadores que secundan una huelga siguen realizando las labores propias de su actividad laboral o profesional, quedaría vacío de contenido el derecho de huelga, salvo en los supuestos de los servicios de seguridad y mantenimiento y de los servicios mínimos, en las circunstancias expresamente previstas, respectivamente, en los artículos 6.7 y 10.2 del Real Decreto ley 17/1977.

Aunque el ejercicio del derecho de huelga puede verse limitado a fin de que el trabajo pueda reanudarse sin dificultad cuando finalice la huelga, no cabe, sin embargo, que el derecho fundamental a la huelga de los trabajadores se restrinja o elimine con el objeto de que la actividad productiva no se perturbe durante su desarrollo, lo que queda fuera del ámbito del elemento teleológico de los servicios de seguridad y mantenimiento, a saber, la reanudación de la actividad empresarial, tras la huelga. En esta línea se pronunció la reseñada STC 80/2005, de 4 de abril (rec 979/2003)».

De este modo, debemos sacar unas conclusiones esenciales:

- No pueden fijarse, de manera unilateral, los servicios de seguridad y mantenimiento;
- Se entiende que se refieren a tareas concretas que permitan reanudar la actividad empresarial tras la huelga;
- Es preciso valorar si la actividad afectada por la designación tiene una repercusión distinta si se desarrolla o se paraliza fuera del conflicto colectivo;
- Hay que evaluar si la imposibilidad de realizar la parada de esas tareas tiene un componente técnico y ello debe probarse, al menos, indiciariamente;
- Debe existir un proceso de negociación real con el comité y solo la negativa de éste habilita en exclusiva a la empresa;
- La fijación de todas las medidas relativas a los servicios de seguridad, es objeto de negociación (STS de 11 de octubre de 2005)

X. Apunte final

Queda, por último, hacer un breve comentario sobre la indemnización por vulneración de derechos fundamentales. Y es respecto a la adecuación de la cuantía de 120.000 euros fijada por la sentencia de instancia. Como se recuerda en la sentencia de casación, la modificación o supresión de aquella indemnización, solo en el caso en el que se considere desorbitada, injusta o desproporcionada. Lo que no se da en este supuesto en el que la referencia al art. 8.10 LISOS, se considera acertada, por cuanto que este precepto sanciona el esquirolaje, se puede entender que la actuación de la empresa se puede entender equivalente a un acto de obstrucción del ejercicio del derecho de huelga. Todo ello al amparo de la interpretación de la STC 33/2011 de 28 de marzo.

Referencias:

1. ^ MONEREO PÉREZ, J.L. «La Huelga como derecho constitucional. La técnica específica de organización jurídico-constitucional de la huelga», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N.º 28, 1993, pág.96.

- § 98 El límite entre vigilar y escuchar: grabar lo que haces no es lo mismo que grabar lo que dices. El audio exige una información mucho más específica, no siendo suficiente con poner un cartel de videovigilancia.

Magdalena Nogueira Guastavino

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

Resumen: La Audiencia Nacional confirma la sanción de 6.000€ impuesta por la AEPD a una empresa que grababa imagen y voz a una trabajadora sin base jurídica suficiente. Mientras la videovigilancia puede ser legítima si se informa y es proporcional, la captación de audio es mucho más intrusiva y exige una justificación reforzada que en el caso no se cumplió.

Palabras clave: Protección de datos. Videovigilancia. Audio. Proporcionalidad. Control empresarial.

Abstract: The National High Court upholds the €6,000 fine imposed by the Spanish Data Protection Authority on a company that recorded both video and audio of a worker without a lawful basis. While video surveillance may be legitimate when properly notified and proportionate, audio recording is far more intrusive and requires a heightened justification, which was not met in this case.

Keywords: Data protection. Surveillance. Audio recording. Proportionality. Employer control.

DOI: https://doi.org/10.55104/RJL_00698

I. Introducción

La controversia reside en la legalidad del uso de un sistema de videovigilancia en el centro de trabajo que, además de imagen, incorpora captación de sonido. La empresa utilizó una de las grabaciones para proceder al despido de una trabajadora por criticar a la empresa en la conversación que mantuvo con una cliente. Al margen del tema laboral, la trabajadora denunció a la empresa, quien fue sancionada por la AEPD al considerar que la grabación de audio carecía de base jurídica suficiente y resultaba desproporcionada. Recurrida la resolución de la AEDP, la Audiencia Nacional confirma el criterio administrativo y subraya que la captación de voz implica una intromisión significativamente más intensa que la imagen, que exige, por ello, una justificación reforzada que en el caso no concurría.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Audiencia Nacional, Sala de lo contencioso administrativo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia de 29 de septiembre de 2025.

Tipo y número de recurso: recurso contencioso-administrativo núm. 1913/2022.

ECLI:ES:AN:2025:4102

Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Nieves Buisan García.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El objeto del litigio es la Resolución de la AEPD de 23 de agosto de 2022 por la que se impone a Elisa una multa de 6000 euros por infracción del art. 6 RGPD. Elisa es la responsable del sistema de videovigilancia instalado en su local sito en Gijón donde desarrolla su actividad económica. La sanción trae causa de la reclamación interpuesta ante la AEPD por quien fue empleada de Elisa en dicho local.

En el curso de la relación laboral, la empleadora Elisa entregó a la reclamante dos documentos informativos con los rótulos «Informar a los trabajadores sobre la instalación de cámaras (Control Laboral)» y «Manual informativo sobre el uso de sistemas de videovigilancia». En el primero, entregado el 06/06/2021, se comunica la instalación de la cámara de vigilancia «para las finalidades: garantizar la seguridad de los trabajadores, clientes, usuarios y todas aquellas personas que concurren al interior de las instalaciones de la empresa y para realizar un control de rendimiento laboral de los trabajadores de la empresa, durante el desarrollo de las funciones características de su puesto». Añadiendo que «la información obtenida y almacenada mediante sistema de grabación se utilizará exclusivamente para fines de prevención, seguridad, control de rendimiento laboral y protección de personas y bienes que se encuentren en el establecimiento o instalación sometida a protección». El documento «Manual informativo sobre el uso de sistemas de videovigilancia» firmado por la reclamante, incluía, entre otra, la información siguiente: «El uso de cámaras o videocámaras con fines de seguridad, implica en cualquier caso la captación, grabación y almacenamiento de imágenes que pueden contener datos de carácter personal. La captación o grabación *puede* consistir en un sistema de imágenes, asociado o no a la captación de voz. Tanto la imagen física como la voz de las personas constituyen datos de carácter personal...».

El sistema de videovigilancia disponía de captación de sonido, además de captación de imagen. Con ocasión de la grabación de una conversación mantenida por la reclamante con «la clientela», la empleadora entregó el 14/03/2022 carta de despido comunicándole la extinción de su relación laboral. Con independencia del proceso laboral, la trabajadora denunció a la empresa ante la AEPD por incumplimiento de la normativa en materia de protección de datos. La resolución dictada por la Directora de la Agencia de Protección de Datos impone a Elisa, por una infracción del artículo 6 del RGPD tipificada en el artículo 83.5 a) del RGPD, y calificada como muy grave a efectos de prescripción en el artículo 72.1 b) de la LOPDGDD, una multa de 6.000 euros (seis mil euros). Es esta resolución la que se impugna ahora en el presente proceso en vía contencioso-administrativa.

La SAN CA centra el objeto del litigio en determinar si la grabación de la imagen y de la voz de la trabajadora- denunciante, por parte del sistema de videovigilancia instalado en el local (imprensa) donde prestaba sus servicios, ha vulnerado o no su derecho a la protección de datos personales. Para ello parte de la base, no discutida por las partes, de que tanto la imagen como la voz constituyen datos de carácter personal (art. 4.1 RGPD y doctrina de la Sala en las SSAN de 19/12/2018, Rec. 286/2017, de 27/12/2019, Rec.786/2018 y de 9 de enero de 2023 Rec. 1716/2021) en la medida en que permite identificar a la persona afectada (con remisión a la STJUE de 11 de diciembre de 2014 en el asunto C-212/13). A partir de ahí la Sala procede a llevar a cabo una labor de ponderación entre las facultades de dirección y control del empresario, plasmadas en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, o bien los derechos fundamentales de la trabajadora, concretamente su derecho a la protección

de datos. A tal efecto, y tras transcribir el art. 20.3 ET y el art. 89 LOPDyGDD, procede a recordar la doctrina constitucional al respecto. En concreto, señala que la STC 119/2022 (licitud de prueba videográfica) establecía que, en el ámbito laboral, el tratamiento de datos personales puede entenderse implícitamente consentido si es necesario para la ejecución del contrato, pero que resaltaba que el deber de información seguía siendo esencial y debiera ser previo, claro y expreso, considerando la instalación de cámaras constitucional cuando se encuentre justificada por indicios de irregularidades, y resulte idónea, necesaria y proporcionada, y no se coloca en espacios de especial intimidad ni con uso generalizado. Asimismo, resume la doctrina de la STC 98/2000 como sentencia clave relativa a la grabación de audio, donde se afirma que tal medida solo es legítima si existe una necesidad empresarial acreditada y si no hay medios menos invasivos. En dicha sentencia, como se recordará, la captación de conversaciones de trabajadores y clientes se consideró desproporcionada y una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), en tanto afectaba a comunicaciones privadas irrelevantes para el control laboral, que impactaban en los derechos de intimidad de terceros (clientes) generando una vigilancia excesiva.

Aplicada la doctrina al caso enjuiciado, confirma la resolución de la AEPD. De este modo, considera que la trabajadora-denunciante si fue informada de la instalación de la cámara de vigilancia de grabación de imágenes para realizar control de rendimiento laboral durante el desarrollo de las funciones de su puesto. Sin entrar a valorar cada uno de los requisitos del test de proporcionalidad, resuelve que la grabación de imágenes considera que se cumplió con el test y demás garantías previstas en la jurisprudencia constitucional, por lo que se refiere a la captación de imágenes.

Pero no así en cuanto a la grabación de voz, de la que afirma que «al ser la misma más intrusiva que la mera captación de imágenes, requiere una mayor justificación debiendo ser especialmente valorada su necesidad, idoneidad y proporcionalidad, ya que en definitiva permite captar comentarios privados y conversaciones con clientes (tal y como aconteció en el supuesto enjuiciado)». Considera al respecto que «ni se informó de manera clara, precisa y concreta a la trabajadora de que se iba a grabar su voz, además de su imagen, a través del sistema de videovigilancia, ni tal medida era idónea y proporcionada para el fin perseguido consistente en el control de rendimiento laboral de la misma, sino que tal grabación de voz ha de considerarse excesiva y desproporcionada, vulneradora del derecho a la protección de datos de tal denunciante, en cuanto se permitió la escucha de conversaciones íntimas y personales que en el presente supuesto se materializó, al menos, en una conversación con una cliente», de todo lo cual concluye con la confirmación de la resolución y la infracción del artículo 6 del RGPD.

IV. Posición de las partes

1. De la parte empresarial recurrente

Sostiene que la captación de audio estaba justificada por fines de control en el centro de trabajo y solicita la anulación de la sanción impuesta por la AEPD.

2. De la Abogacía del Estado (en representación de la AEPD demandada)

Se interesa la desestimación de la demanda confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser ajustada a Derecho, con expresa condena en costas a la parte recurrente.

V. Normativa aplicable al caso

- RGPD Reglamento (UE) 2016/679 (RGPD): art. 5 (principios del tratamiento), art. 6 (licitud o base jurídica del tratamiento), art. 88 tratamiento de datos en el ámbito laboral interno.

- LO 3/2018 (LOPDGDD): art. 20 (tratamiento de datos con fines de videovigilancia), art. 89 (control laboral y videovigilancia), arts. 72 y 73 (sanciones graves)

- ET: art. 20.3

- Ley 39/2015 y Ley 40/2015 (procedimiento administrativo y régimen jurídico del sector público) aplicable al procedimiento sancionador.

VI. Doctrina básica

La Audiencia distingue entre videovigilancia con imagen (potencialmente legítima si existe información previa y proporcionalidad) y la captación de audio, que constituye un tratamiento mucho más intrusivo y exige una justificación reforzada y específica. La falta de base jurídica y de necesidad en la grabación de voz determina la confirmación de la sanción impuesta por la AEPD.

VII. Parte dispositiva

La Audiencia Nacional desestima el recurso contra la sanción impuesta por la AEPD y confirma que la resolución administrativa es conforme a Derecho, imponiendo costas a la parte actora.

VIII. Pasajes decisivos

- «Tanto la imagen como la voz constituyen datos de carácter personal (...) en la medida en que permite identificar a la persona afectada» FD 2

- (...) si bien la grabación de imágenes cumplió con dichos test de proporcionalidad y demás garantías previstas en la jurisprudencia constitucional anteriormente referida, no puede decirse lo mismo de la grabación de voz, pues al ser la misma más intrusiva que la mera captación de imágenes, requiere una mayor justificación debiendo ser especialmente valorada su necesidad, idoneidad y proporcionalidad, ya que en definitiva permite captar comentarios privados y conversaciones con clientes (tal y como aconteció en el supuesto enjuiciado). FD 4

- (...) ni se informó de manera clara, precisa y concreta a la trabajadora de que se iba a grabar su voz, además de su imagen, a través del sistema de videovigilancia, ni tal medida era idónea y proporcionada para el fin perseguido consistente en el control de rendimiento laboral de la misma, sino que tal grabación de voz ha de considerarse excesiva y desproporcionada, vulneradora del derecho a la protección de datos de tal denunciante, en cuanto se permitió la escucha de conversaciones íntimas y personales que en el presente supuesto se materializó, al menos, en una conversación con una cliente» FD 4.

IX. Comentario

La Sentencia SAN que ahora se comenta alcanza una solución coherente con la doctrina constitucional asentada y el marco protector del RGPD. Probablemente por ello, la sentencia no hace ni el mínimo esfuerzo en argumentar por qué en el caso concreto no se cumple el test de proporcionalidad. En este sentido, la motivación judicial carece de la solidez y rigor que serían de esperar de acuerdo, también, con la doctrina consolidada del TC en materia de tutela judicial efectiva. Un razonamiento más completo habría exigido justificar por qué la captación de audio no era necesaria frente a alternativas menos intrusivas, qué concreta finalidad empresarial pretendía alcanzar y por qué la afectación a las conversaciones privadas de trabajadora y terceros resulta constitucionalmente intolerable.

Como es sabido, el art. 89.3 LOPDyGDD prevé que la grabación de sonidos en el lugar de trabajo se admite «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 en los apartados

anteriores» (es decir, información previa, expresa, clara y concisa a trabajadores y, en su caso representantes, matizada cuando se capta la comisión flagrante de un acto ilícito bastando el cartel en el caso de las imágenes). No consta que concurriese una finalidad vinculada a la seguridad ni que se motivara dicha necesidad más allá de la referencia contenida en el documento informativo facilitado a la trabajadora. Esta ausencia de justificación explícita cuestiona la adecuación de la base jurídica inicialmente invocada para la grabación de voz y, en consecuencia, su legitimidad conforme al principio de minimización y al requisito de que el tratamiento responda a una finalidad determinada y suficientemente documentada (arts. 5.1.b y 6 RGPD). La falta de concreción podría además comprometer el requisito de transparencia del art. 13 RGPD, en la medida en que el personal afectado no habría sido informado de manera clara sobre la finalidad real del tratamiento. Frente a ello, la sentencia se limita a concluir que «ni se informó de manera clara, precisa y concreta a la trabajadora de que se iba a grabar su voz, además de su imagen, a través del sistema de videovigilancia» pese a que la documentación facilitada mencionaba expresamente esa posibilidad. De los datos que constan lo cierto es que bastaba con poner de manifiesto que la información proporcionada a la trabajadora era ambigua en tanto se señalaba que el sistema «puede» incluir audio, «asociado o no», lo que no permitía clara certeza sobre la captación de voz. De este modo, la ausencia de información inequívoca impediría considerar la medida lícita desde el inicio (arts. 5 y 13 RGPD, 89.1 LOPDyGDD)

Por otro lado, la sentencia se limita a concluir también que «ni tal medida era idónea y proporcionada para el fin perseguido consistente en el control de rendimiento laboral». En cuanto a la idoneidad se podría haber explicado por qué la grabación de voz no contribuye de forma relevante a la finalidad declarada (control del rendimiento laboral) por ejemplo señalando que la finalidad excede de la permitida por la norma; respecto a la necesidad de la medida se podía haber argumentado expresamente que la empresa no acreditó medios menos intrusivos, por ejemplo, sin grabación 24/7, tiempo, modo, lugar, o dejando claro que ya existían medidas menos agresivas como el control del rendimiento mediante imágenes sin audio o alternativas como la supervisión presencial o documental. Finalmente, en la proporcionalidad en sentido estricto se podía haber valorado más detalladamente el impacto de la grabación de voz sobre los derechos fundamentales en tanto la medida no solo controla actos visibles, sino también pensamientos, opiniones y comunicaciones privadas irrelevantes para la prestación laboral, generando un efecto inhibitorio permanente sobre la libertad de expresión de trabajadores y clientes, quienes también en las conversaciones grabadas pueden ver afectado su derecho a la intimidad. Frente a ello, el beneficio empresarial consistente en un mayor control o prevención de conflictos resulta marginal y no compensa la intensidad de la injerencia. La empresa ya tenía sistemas de control suficientes por lo que el audio actúa como vigilancia reforzada sin justificación,

Estos requisitos de la prueba de proporcionalidad fácilmente se cohonestan con los principios del RGPD y la LOPDyGDD. En particular, podía haberse explicitado la vulneración del principio de minimización de datos del artículo 5.1 c) RGPD, al tratar información no necesaria ni pertinente para la finalidad perseguida; la ausencia de una base jurídica específica en el artículo 6 RGPD para el tratamiento de sonido con fines disciplinarios; y el incumplimiento del principio de intervención mínima del artículo 89.3 LOPDyGDD, cuyo estándar es más exigente que el aplicable a la mera captación de imágenes. Finalmente, podría haber desarrollado la afectación a derechos e intereses de terceros (clientes) cuyos datos personales también fueron tratados sin información previa ni habilitación legal suficiente, así como la eventual obligación empresarial de realizar una evaluación de impacto conforme al artículo 35 RGPD, dada la naturaleza sistemática, continua e intrusiva de la captación de comunicaciones verbales.

La resolución impugnada de la AEPD pone de manifiesto otro dato relevante ausente en la sentencia, cual es la carencia de base jurídica específica para la captación de voz considerando que no es válido el art. 20.3 ET porque ignora sus límites (dignidad, proporcionalidad, finalidad), por lo que incluso si hubiera superado el

test de proporcionalidad, la medida incurriría en ilicitud por falta de base jurídica con la infracción del art. 6 RGPD que es por lo que se condena a la empresa y se ratifica la sanción en el contencioso.

Por otro lado, y desde la perspectiva laboral, la sentencia podría también cuestionar, siquiera de manera indirecta, la validez de la prueba recabada para fundamentar el despido disciplinario. Si la captación de la voz se considerase ilícita conforme a la normativa de protección de datos, dicha grabación podría ser calificada como prueba ilícita, lo que limitaría la capacidad del empleador para sustentar la medida disciplinaria adoptada, especialmente si constituía el único elemento probatorio disponible. Asimismo, la resolución de la AEPD aunque no contenida en la sentencia, presenta el interés de delimitar el alcance del poder de control del empresario previsto en el artículo 20.3 ET. Se recuerda que dicho poder no habilita cualquier forma de vigilancia, y menos aún aquellas que invaden contenidos comunicativos. Para la resolución, la distinción entre datos visuales y datos sonoros adquiere relevancia constitucional: el audio no solo identifica, sino que revela conversaciones, opiniones o contenidos privados, afectando de manera más vigorosa a derechos fundamentales y requiriendo un estándar de proporcionalidad más estricto. Por último, la resolución impugnada y la sentencia tienen implicaciones prácticas en *compliance* laboral y gestión de datos en sectores con atención al público, donde la tentación de grabar conversaciones puede justificarse genéricamente por motivos de seguridad o calidad del servicio. La AEPD, confirmada su resolución por la SAN, rechaza que la existencia de un riesgo general legitime la captación de audio y anticipa límites relevantes para tecnologías emergentes de monitorización, desde sistemas híbridos de grabación hasta herramientas de análisis de voz o supervisión algorítmica. De este modo, el fallo ratificando la resolución de la AEPD actúa como elemento modulador frente a escenarios de vigilancia excesiva y refuerza la necesidad de preservar un espacio mínimo de intimidad comunicativa en el trabajo.

§ 99 Despido colectivo. El caso del sindicato que acciona en contra de los intereses del personal afectado.

Eduardo Rojo Torrecilla

Catedrático (jubilado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona.

Resumen: El artículo analiza la sentencia dictada por la SAN-SOC el 15 de octubre, núm. 140/2025, que desestima la demanda interpuesta por un sindicato contra la parte empresarial y otros sindicatos que pactaron con la empresa el despido colectivo. Son cuestiones de indudable interés que se debaten en el caso litigioso los argumentos de la parte demandante sobre los posibles supuestos de discriminación que se habían dado a su parecer en la decisión empresarial hacia determinados colectivos, así como también, y no solo desde una perspectiva estrictamente jurídica, los argumentos para defender su actuación aun cuando fuera en contra, como así fue expresamente reconocido por aquella, de los intereses del personal afectado por el despido colectivo.

Palabras clave: Sentencia. Sindicato. Legitimación. Discriminación. Despido colectivo.

Abstract: The article analyses the ruling handed down by the SAN-SOC on 15 October, No. 140/2025, which dismisses the lawsuit filed by a trade union against the employer and other trade unions that agreed with the company on collective redundancies. The arguments of the plaintiff regarding the possible cases of discrimination that, in its opinion, had occurred in the company's decision towards certain groups are undoubtedly matters of interest in the case, as are the arguments to defend its actions, even when they were contrary to the interests of the staff affected by the collective dismissal, as expressly recognised by the plaintiff, and not only from a strictly legal perspective.

Keywords: Judgment. Trade union. Standing. Discrimination. Collective dismissal.

DOI: https://doi.org/10.55104/RJL_00699

I. Introducción

Es objeto de comentario en este artículo la sentencia dictada por la SAN-SOC el 15 de octubre, núm. 140/2025.

Ya adelanto que la resolución judicial desestima la demanda interpuesta por el sindicato Fuerza Independiente Sindical de Trabajadores (FIST) contra la empresa Concentrix Spain Business processing outsourcing, y los sindicatos UGT, CCOO, FETICO, y USO.

El interés de la sentencia es doble a mi parecer: de una parte, en el terreno estrictamente jurídico, los argumentos de la parte demandante sobre los posibles

supuestos de discriminación que se han dado en la decisión empresarial hacia determinados colectivos; de otra, en un terreno que vamos a denominar más social, los argumentos para defender su actuación aun cuando fuera en contra, como así fue expresamente reconocido por aquella, de los intereses del personal afectado por el despido colectivo.

Para situar más exactamente el segundo interés del caso, me permito reproducir como se define la parte demandante en su página web^[1].

«Fuerza independiente y sindical de trabajador@s es un sindicato de corte anarcosindicalista, de ámbito estatal, que nace con la intención de servir de plataforma para la defensa y reivindicación de los intereses de todos l@s trabajador@s.

FIST nace en el seno de la sección sindical de un sindicato de corte vertical, por parte de la mayoría de sus miembros, que hastiados y asqueados con ese modelo sindical, deciden crear un sindicato de trabajador@s para trabajador@s, asambleario, democrático y combativo, alejándose del sindicalismo amarillo, tan característico y común dentro del territorio español».

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Audiencia Nacional (Sala de lo Social).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 140/2025, de 15 de octubre.

Tipo y número recurso: Demanda de conflicto colectivo núm. 238/2025

ECLI:ES:AN:2025:4385

Fuente: CENDOJ

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Gallo Llanos.

Votos particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Conozcamos los términos del litigio, desde sus orígenes en sede empresarial, a partir de los hechos probados en la sentencia.

Se trata de una empresa que informa el 20 de mayo de 2025 a los comités de empresa de los centros de trabajo de Barcelona, Málaga y Valencia, de la intención de iniciar un proceso de despido colectivo, con afectación a 122 trabajadores y trabajadoras, con fundamentos, al amparo del art. 51.1 de la LET, en causas productivas y organizativas, que se concretan, según las distintas empresas a las que presta sus servicios, en pérdida de una contrata, y en la reducción del servicio en otras.

La constitución de la comisión negociadora se formalizó el día 28, con representación de las cuatro secciones sindicales presentes en la empresa, con 6 miembros de FETICO, 2 de FIST, 2 de UGT, y 1 de CCOO. En el hecho probado cuarto conocemos la documentación entregada por la empresa junto con la comunicación del inicio del período de consultas, y los criterios de selección del personal afectado en razón de la actividad prestada para diversas empresas.

En el hecho probado quinto se proporciona detallada información de las reuniones de la comisión negociadora y por tanto de las diferentes posiciones de las representaciones de la parte trabajadora hasta llegar a un acuerdo. Se reproducen las manifestaciones efectuadas por los miembros de la sección sindical de FIST las efectuadas en la cuarta sesión (12 de junio), de las que permito reproducir el primer párrafo:

«FIST denuncia que los demás sindicatos, parecen dispuestos a llegar a la firma de cualquier acuerdo, sin importarles lo más mínimo los aspectos formales y materiales de este despido colectivo. Parece que mientras puedan colocarse la medalla de haber conseguido los 33 días por año de indemnización y que las salidas sean voluntarias, todo lo demás se da por bueno o se mira hacia otro lado. FIST recuerda que fue la empresa la que de entrada ya ofrece los 33 días por año y desde entonces ningún sindicato, aparte de FIST, ha puesto en tela de juicio las causas del ERE y los aspectos formales del mismo. FIST no comparte esa postura ni va a asumir ese silencio cómplice. Piden subir las indemnizaciones a los voluntarios mínimo y máximo».

La comisión negociadora, con el voto en contra de los representantes de FIST, alcanzó un acuerdo el 20 de junio, con el voto a favor del 84.22 % de la representación laboral y con el 15,78 % en contra, cuyo extenso contenido se reproduce en el citado hecho probado, considerando como colectivos protegidos, a los que se abonaría una indemnización superior que al resto del personal si se acogieran voluntariamente a la extinción de sus contratos, a:

«Permiso de nacimiento de hijo a cargo. Familias Monoparentales previa acreditación documental de la aceptación del estatus de familia monoparental. Personas de una misma unidad familiar: en este caso, solo se podrá afectar a una persona. Se considerará protegida la persona trabajadora con mayor antigüedad, excepto que los interesados indiquen lo contrario. Cuidado de menor afectado por enfermedad grave. Personas con certificado de discapacidad comunicado a la empresa antes del 24 de junio de 2025. Permiso de lactancia. Víctimas de violencia de género. Reducción de jornada por guarda legal. Embarazadas».

En el hecho probado sexto conocemos muy extensamente cuál es la actividad de la empresa demandada, que en 2003 dispuso de una plantilla media de 4.193 trabajadores y trabajadoras, así como las decisiones de diversas empresas para las que aquella presta sus servicios y que implicaban reducción del personal adscrito a estos.

IV. Posición de las partes

Contra la decisión empresarial se interpuso demanda por FIST el 18 de julio, fijándose la fecha de celebración de los actos de conciliación y juicio el 7 de octubre, no alcanzándose acuerdo en el primero.

En el antecedente de hecho segundo conocemos las pretensiones de la parte demandante, ratificadas en el acto de juicio, siendo las de declaración de la nulidad del despido acordado en el período de consultas en la comisión negociadoras, así como la reposición de todo el personal afectado por aquel «en sus condiciones laborales previas al despido, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la efectiva readmisión».

¿Argumentos para sostener tales pretensiones? En primer lugar (véase antecedente de hecho tercero) la inexistencia de las razones productivas y organizativas alegadas por la empresa, y en segundo término, de manera más concreta, la discriminación operada con tal decisión hacia algunos colectivos: «se considera que el acuerdo con el que finalizó el periodo de consultas todas las extinciones voluntarias con 33 días por año como regla general y 35 días es nulo por fundarse en criterios discriminatorios cuales son la prohibición a afectar por el ERTE a mayores de 55 años. Se añade que se incentiva a que salgan colectivos especialmente vulnerables a los que se ofrece una indemnización mayor».

Por parte empresarial, se alegó primeramente una excepción procesal formal, la falta de legitimación *ad causam*, dado que a su parecer la parte demandante no actuaba «en beneficio de los trabajadores». Respecto a la cuestión sustantiva o de fondo debatida, sostuvo la plena conformidad a derecho de la decisión adoptada, y la inexistencia de discriminación y fraude. En los mismos términos se manifestaron los sindicatos codemandados, así como también el Ministerio Fiscal.

V. Normativa aplicable al caso

Estamos en presencia de un despido colectivo, por lo que es de aplicación el art. 51 de la LET y el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

Igualmente, en cuanto que será objeto de debate la legitimación del sindicato demandante, son de obligada mención los arts. 17.2 de la LRJS y 11bis, 1 de la LEC, si bien respecto al segundo cabe decir que no consta si algunas de las personas afectadas por el despido estaban afiliadas al sindicato demandante, y tampoco consta que dieran su autorización para accionar en vía judicial, por lo que no puede ser de aplicación.

VI. Doctrina básica

Al entrar en la resolución del litigio conocemos con mayor detalle aquello que he dado en llamar con anterioridad el interés social de la sentencia. En efecto, la alegación procesal formal de la empresa respecto a la falta de legitimación *ad causam* se basó en que la parte demandante había reconocido en su demanda que actuaba en contra de los intereses de los trabajadores, en cuanto que «... todos los afectados por el despido colectivo impugnado se han adscrito al mismo con carácter voluntario estimando beneficiosas las condiciones ofrecidas por la demandada, lo que de prosperar su pretensión se perjudicarían los derechos de los mismos».

En primer lugar, en defensa de su tesis desestimatoria de la citada excepción procesal formal, la SAN-SOC acude a las STS-SOC de 22 de mayo de 2024 (rec.159/2022), y de 11 de junio de 2024 (rec.14/2022)

Si nos atenemos a aquello que he expuesto con anterioridad sobre cómo se define el sindicato, y el art. 3 de sus Estatutos («El ámbito funcional de esta organización sindical será el de representar y defender los derechos e intereses de todos los trabajadores manuales o intelectuales, en activo o en desempleo y jubilados, así como los trabajadores autónomos que no tengan asalariados a su cargo. Su ámbito territorial de actuación es el correspondiente al territorio del estado español»), parece que la «defensa de la clase trabajadora» pueda legitimar la actuación de la parte demandante, aun cuando perjudique a quienes han sido despedidos, que se han acogido voluntariamente al ERE, y también a quienes han quedado protegidos en el acuerdo, por considerar que esa protección es discriminatoria (me pregunto a quién discrimina, y no alcanzo a responder).

Esta es en efecto la tesis de la sentencia, ya que cree, y así lo expone al desestimar la excepción alegada, que, acertadamente o no, el sindicato demandante pretende con su actuación, así lo sostiene este, «erradicar unas prácticas de empresa a su juicio ilícitas, y, por lo tanto, defender el interés abstracto de la clase trabajadora en general». Que ejerza su derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE) en su vertiente de actividad sindical (art. 2.2 d de la LOLS) con mayor o menor acierto es algo que le corresponde decidir al propio sindicato y no a la empresa o a los otros sindicatos codemandados, siendo pues el parecer de la Sala que deberá ser FIST «... el que pondere las consecuencias de la misma y hasta qué punto es conveniente la defensa de un interés colectivo en abstracto cuando la defensa del mismo pueda lesionar intereses concretos de trabajadores determinados».

En segundo término, y una vez desestimada la excepción procesal formal, la Sala procede a dar respuesta a las alegaciones de la parte demandante, conociendo en primer lugar de la citada discriminación a las y los mayores de 55 años, «ya que se impide la adscripción» (al ERE).

Para dar respuesta, desestimatoria, a la tesis de la parte demandante, la Sala acude primeramente a la jurisprudencia del TS, en concreto a la sentencia de 24 de enero de 2023 (rec. 2785/2021), que sigue fielmente a la del TC núm. 66/2015 de 13 de abril, de la que efectúa una amplia transcripción, con amplias menciones en la

misma a la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, en particular su art. 2, que incluye la prohibición por razón de edad, si bien en el apartado 2, y siguiendo la normativa comunitaria, permite aplicar excepciones si son objetivas y están debidamente justificadas.

Para la AN, y coincido con su tesis, la diferencia de trato, a favor de las personas trabajadoras mayores de 55 años, se encuentra justificada. Subraya que en el acuerdo alcanzado en el seno de la comisión negociadora se pretendió la exclusión de aquel colectivo (a salvo, añadido yo ahora a modo de recordatorio, que se adscribieran voluntariamente al ERE) por ser «... especialmente vulnerable ya que existe riesgo de que de verse afectados por el mismo, si quiera voluntariamente, se conviertan en parados de larga duración dada su más dificultosa empleabilidad», que ciertamente, por lo que respecta a su reincorporación al mercado de trabajo es especialmente difícil como lo acreditan los datos estadísticos sobre desempleo de larga duración.

A continuación, responde la Sala a la segunda alegación de discriminación defendida por la parte demandante, más concretamente en esta ocasión de una discriminación indirecta hacia los colectivos protegidos, mezclando diversas tesis para llegar a dicha conclusión, con apoyo en la Ley 15/2022. Para aquella, en el acuerdo alcanzado había «... por un lado una discriminación indirecta proscrita por la ley (por razón de sexo, o enfermedad), así como por asociación vinculada por estos motivos, y por otro, y un abuso de derecho o fraude al hacer inducir a trabajadores a renunciar a sus derechos civiles, cambio de una superior indemnización».

Rechaza de plano la Sala, con muy buen criterio a mi parecer, la existencia de tal discriminación, tras repasar qué implica jurídicamente una discriminación, y argumentando, inspirada sin duda a mi parecer este argumento en la jurisprudencia comunitaria, que el sindicato demandante hubiera debido acreditar, y no lo hizo, «... si quiera indiciariamente que a las medidas extintivas se han acogido un número considerable de las personas que se encuentren en las situaciones protegidas que proporcionalmente resulte mayor al resto de acogidos y nada se acredita al respecto más allá de meras especulaciones», apoyándose en la sentencia del TS de 10 de septiembre de 2024 (rec. 87/2022)

Más adelante, la AN rechaza la alegación de fraude o abuso de derecho, basada por la parte demandante, como ya he expuesto, en «el establecimiento de unas indemnizaciones altas para los colectivos vulnerables se estaría eludiendo el cumplimiento de las normas que tienden a su protección». Más allá de algo más que meramente dudas sobre ese hipotético fraude o abuso de derecho (fijar una indemnización más elevada que al resto del personal afectado, y siempre y cuando quien está incluido en los colectivos protegidos, ¿puede considerarse una discriminación, fraude o un abuso de derecho?), la Sala subraya acertadamente que la diferencia de dos días a su favor en la cuantía de la indemnización a percibir no parece que pueda considerarse en modo alguno un fraude, mucho más «máxime cuando se trata de indemnizaciones topadas en 15.000 euros para los no adscritos a proyectos no afectados por el despido colectivo».

En cuanto al cumplimiento de los requisitos requeridos por el art. 51. 2 de la LET y el art. 2 del RD 1483/2012 de 29 de octubre, FIST alegaba que no fue entregada por la parte empresarial «información suficiente» durante el período de consultas, lo que debería llevar a declarar la nulidad del acuerdo.

Para desestimar al argumento acude la Sala a la jurisprudencia del TS sobre la información que debe facilitarse en el período de consultas, y también durante su desarrollo, y la necesidad de que la parte que alegue tal incumplimiento deba acreditarlo. Se apoya, entre muchas de las sentencias que se han pronunciado al respecto desde la reforma del art. 51 de la LET operada primero por el Real Decreto Ley 3/2012 de 10 de febrero, y después por la Ley 3/2021 de 6 de julio, en la dictada por el TS el 15 de febrero de 2021 (195/2021)

La desestimación de la tesis de la parte demandante radica en que, siguiendo la Sala la tesis jurisprudencial del TS, no quedó acreditada la necesidad de la información solicitada, aportando estos tres argumentos, muy sólidos a mi parecer:

«en primer lugar, consideramos que desde el momento en que la totalidad de las extinciones requieren del consenso de los afectados desaparece o al menos se mitiga la necesidad de recolocación en terceras empresas pues existe una garantía tácita de reubicación en la misma empresa;

en segundo lugar, amén de no aportarse indicio alguno que haga al menos sospechar de que la empresa forma grupo laboral patológico con sociedades de su grupo mercantil, que resulta cuando menos sorprendente que esta cuestión se suscite en el presente procedimiento de despido colectivo, cuando las partes en el acto de la vista han reconocido haber desarrollado al menos 10 periodos de consultas referentes a la adopción de medidas de flexibilidad externa e interna desde el año 2.020.

También se aduce que la empresa no aportó plan de recolocación, pero lo cierto es que dicha falta de aportación no impidió que se llegase a un acuerdo, y en todo caso, consta que la empresa a posteriori ha facilitado medidas de recolocación a los trabajadores afectados a través de una empresa».

A continuación, se examina por la Sala el argumento de no existir las causas objetivas alegadas para proceder al ERE, ya que, siempre según el sindicato demandante, «la totalidad de los afectados deberían haberse subrogado en terceras empresas al socaire del art. 20 del Convenio colectivo del Contact center».

Responde la Sala recordando en primer lugar la jurisprudencia del TS sobre que la pérdida de una contrata puede constituir una causa productiva y justificar las extinciones contractuales «si la medida es razonable y proporcionada». Se apoya, entre otras, en la sentencia del TS de 20 de abril de 2022 (rec. 206/2021)

También enfatiza a continuación el valor reforzado del acuerdo alcanzado en el seno de la comisión negociadora, y más cuando el porcentaje a favor es superior al 82 %, con apoyo en la sentencia de 6 de mayo de 2025 (rec. 11/2025)

Para, más adelante, transcribir íntegramente el art. 20 del citado convenio colectivo, para concluir que, siempre partiendo de los datos fácticos disponibles,

«... la empresa ha acreditado en el acto de la vista la concurrencia de la causa productiva y que la misma resulta proporcional sin que ello quede enervado por una eventual obligación de subrogar de terceras expresas máxime: cuando no es que no hayan sido demandadas sino que ni siquiera han sido identificadas, ni se acredita la pervivencia de los servicios contratados, salvo aquellos en los hubo una efectiva subrogación Proyecto de Mango con la empresa DIGITEX-, sin que haya atisbo de que en caso de existir se hayan colmado con las obligaciones documentales que impone la subrogación convencional».

Por último, la Sala responde a la alegación de «Nulidad, subsidiaria declaración de no ajustarse a Derecho el despido por concurrencia de fraude y ejercicio antisocial y abusivo de derecho en la identificación de la causa y en la concertación del acuerdo extintivo con la representación de los trabajadores. Artículos 6.3, 6.4, 7.1 del Código Civil, 122, 124.2.c LRJS. Periodo de consultas viciado por la decisión de cierre patronal que coaccionó negativamente a los trabajadores. (sic)».

El contundente rechazo deriva de que «... ni en el cuerpo de la demanda ni en el acto del juicio se ha dicho cosa alguna referente a cierre patronal alguno, por lo que Sala no puede sino rechazar este motivo de impugnación».

VII. Parte dispositiva

Por todo lo anteriormente expuesto, la SAN-SOC, previa desestimación de la excepción de la falta de legitimación *ad causam* del demandante, desestima la

demanda, absuelve a los demandados y declara ajustada a derecho la decisión extintiva llevada a cabo por la parte empresarial.

VII. Comentario

Respecto a la aceptación de la legitimación del sindicato demandante, y siendo correcta a mi parecer la tesis de la Sala, me pregunto si en realidad la parte demandante estaba ejerciendo su derecho a la actividad sindical cuando una decisión estimatoria de su pretensión afectaría negativamente a todo el personal despedido y a todo aquel que estaba más protegido en el acuerdo alcanzado, en defensa de una hipotética, valga la redundancia, «defensa de la clase trabajadora», que la concreta la demandante en evitar una prácticas «ilícitas» y en el interés «abstracto y en general» de dicha clase.

¿Puede plantearse el ejercicio de la libertad sindical en estos términos? Desde luego, una interpretación amplia de los preceptos constitucional y legal referenciados, de acuerdo a la jurisprudencia del TC, parece avalarla, si bien creo que cuando menos la parte demandante hubiera debido concretar que entendía exactamente por perjuicio a la «clase trabajadora».

Me pregunto, siguiendo todo el hilo anterior de mi exposición, si unas hipotéticas «prácticas ilícitas» en una empresa afectan a ese «interés general» de la clase trabajadora, y desde luego tengo más de una y dos dudas, pero repito que la tesis de la sentencia se ajusta a amplia interpretación constitucional de los preceptos referenciados.

Sobre la aceptación de la diferencia de trato entre personas trabajadoras menores y mayores de 55 años, la Sala aporta un argumento que me suscita más dudas respecto a ser elemento de referencia para avalar su tesis, aun cuando ciertamente, y visto desde la perspectiva empresarial, pudiera ser un punto de apoyo para alcanzar el citado acuerdo. Para la Sala, si la finalidad de todo despido colectivo es «mejorar la viabilidad del proyecto empresarial» (¿es siempre así, me pregunto?), esta podría comprometerse, señala muy matizadamente la Sala, «desde un punto de vista abstracto... y parcialmente», si se aumentan los costes del despido «al generarse en el empleador la obligatoriedad de suscribir un Convenio Especial con la Seguridad Social». Puede aceptarse, insisto como hipótesis de trabajo», un incremento de costes, si bien habría que ponderarlo con el número de mayores de 55 años afectados y su porcentaje sobre el total de persona afectado por el despido colectivo.

Referencias:

1. [^] <https://www.fist.cat/sobre-nosotros/que-es-fist> (consulta: 12 de diciembre)

§ 100 No es necesario acreditar una conducta constitutiva de acoso laboral para que la baja médica de quien así lo vivencia pueda considerarse profesional.

Fermín Gallego Moya

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia.

Resumen: La resolución judicial comentada contiene una regla general de máxima relevancia: no es necesario constatar la realidad jurídica de una situación de acoso laboral para que un proceso de incapacidad temporal relacionado con los hechos acreditados de carácter laboral, y supuestamente constitutivos de aquel, pueda calificarse como accidente de trabajo. Más que si los hechos integran plenamente la figura de acoso, importa si la baja médica cuya contingencia pretende determinarse, tiene por causa exclusiva tales hechos acaecidos durante la ejecución del trabajo.

Palabras clave: Acoso Laboral. Determinación de contingencia. Causa exclusiva.

Abstract: The court ruling discussed contains a crucial general rule: it is not necessary to establish the legal reality of a situation of workplace harassment for a period of temporary incapacity related to the proven facts that allegedly constitute such harassment to be classified as a work-related accident. Rather than whether the facts fully constitute harassment, what matters is whether the medical leave, the cause of which is being investigated, is solely due to those facts.

Keywords: Workplace Harassment. Determination of contingency. Exclusive cause.

DOI: https://doi.org/10.55104/RJL_00700

I. Introducción

Debatiendo habitualmente en los procesos judiciales sobre acoso laboral, cuestiones como: ¿qué constituye y qué no, acoso laboral? ¿qué relevancia tiene la forma en que cada persona trabajadora vivencia unos mismos hechos? o ¿qué valor debe otorgarse a las referencias al acoso, por parte de la propia víctima, plasmadas en documentación médica oficial?, llega a nuestro conocimiento, de ahí el presente comentario, una resolución judicial que, de manera muy clara, viene a afirmar que no es necesario constatar la realidad de una situación de acoso laboral para que un proceso de incapacidad temporal relacionado con los hechos supuestamente constitutivos de este, pueda calificarse como accidente de trabajo.

No importa, pues, tanto, si los hechos acreditados se integran plenamente en dicha figura, como si la situación de baja médica cuya contingencia pretende determinarse, tiene por causa exclusiva tales hechos y, más concretamente, si los mismos han

generado una sintomatología en la persona trabajadora susceptible de cobertura a través de la incapacidad temporal.

La anterior afirmación, pese a que se ciña al ámbito de la cobertura prestacional (nunca alcanzaría tal «flexibilidad» a supuestos de despido disciplinario o extinción causal, en los que la calificación jurídica de la conducta en cuestión, como acoso, determinará tanto la procedencia o no del cese, como el éxito de la acción resolutoria), viene a simplificar enormemente el debate jurídico, en la medida en que se elimina, para la persona trabajadora, la necesidad de acreditar que, en la concreta conducta empresarial denunciada, concurren todos y cada uno de los requisitos que la doctrina laboralista ha venido exigiendo para considerar concurrente una situación de acoso moral en el ámbito laboral^[1].

De esta forma, una bronca del jefe ante los compañeros de trabajo, una sucesión de pequeñas desconsideraciones ante los clientes, o un insulto grave pero aislado, pueden no constituir propiamente acoso laboral, pero si se acredita que tales hechos fueron causa exclusiva del proceso de incapacidad temporal iniciado su raíz, la baja médica alcanzará una dimensión «profesional», con todas las consecuencias prestacionales que ello comporta.

La clave, desde este punto de vista, es la impertinencia de determinar si los hechos acaecidos con motivo de la ejecución laboral son o no constitutivos de acoso, pues lo relevante no es si existió una conducta ilícita de la empresa generadora del daño psíquico, sino si tal conducta actuó como causa laboral exclusiva de la enfermedad cubierta; todo ello, por ser el objeto de este proceso, única y exclusivamente, la determinación de contingencia.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias / Santa Cruz de Tenerife.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 665/2025, de 18 de septiembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de suplicación núm. 1236/2023.

ECLI: ES:TSJICAN:2025:3340.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Ramos Real.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. Los (únicos) hechos acreditados

Los hechos que, en síntesis, dan pie a la resolución comentada, son los siguientes: una trabajadora de 41 años y antigüedad de 2019 presta servicios como técnico de sala para la empresa «Bingo Siete Islas Canarias, S.A.», que tiene cubiertas las contingencias profesionales con la Entidad Colaboradora Fraternidad-Muprespa. El día 4-05-2021, encontrándose la trabajadora disfrutando de su día libre, tuvo que acudir a la empresa, ante la llamada del Director Gerente, manteniendo con este una conversación durante la que fue duramente recriminada por haberse afiliado a un sindicato, siendo advertida de que eso no la iba a salvar de perder su trabajo (conversación que fue grabada por la trabajadora)^[2]. Tres días después, el 7-05-2021, el Servicio Canario de Salud expide una baja médica, por contingencia común, por el diagnóstico de «Trastorno ansioso depresivo» por conflictividad laboral derivada de

dicho conflicto interpersonal grave y puntual con su superior jerárquico, el cual le causó incertidumbre y angustia por su futuro profesional. Iniciado tratamiento farmacológico, fue derivada a la Unidad de Salud Mental, donde el diagnóstico inicial tornó en el de depresión.

Incoado expediente de determinación de contingencia a instancias de la trabajadora, el Médico Inspector del INSS, concluyó «no poder constatar de forma fehaciente» el origen profesional del proceso, dado que no se aportó -a su juicio-^[3] documento en el que constase la existencia de evento laboral ni la existencia de una relación de causalidad única y exclusiva entre el trabajo y la clínica desarrollada».

Con base en tal informe, el INSS resolvió declarar contingencia común el proceso de baja médica iniciado el 7-05-2021.

Hace referencia el texto analizado a la existencia de un Informe Forense, fechado en 22-05-2023 (no consta dato alguno que explique su incorporación al proceso)^[4], según el cual, «en esta situación es de suma importancia conocer el estado anterior de D.^a Tania descartando antecedentes patológicos, lo que en nuestra situación no es posible...», concluyendo (tras valorar circunstancias como el estado de alarma durante el que se desarrolló la prestación laboral, o que «cronológicamente no hay una relación acreditada directa y exclusiva entre los motivos laborales aducidos y su estado ansioso depresivo»), que, «ante todos estos factores, se considera que su estado ansioso depresivo no es solo reactivo a los hechos laborales denunciados».

Consta igualmente aportado al proceso un informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social dando cuenta de un documento de Atención Primaria, en virtud del cual, la actora habría acudido el día 21-05-2021 presentando síntomas de ansiedad y depresión, según refiere por acoso laboral, todo ello relacionado -sigue indicando- con el hecho de que en la empresa donde está trabajando desde hace dos años, su jefe la insulta y tiene comportamientos despectivos hacia ella. Según dicho informe, presenta llanto fácil, anhedonia, clinofilia, sentimientos de desesperanza, por lo que se remite a Salud Mental que, con fecha 25-08-2021, diagnostica «episodios depresivos». Según la Inspección, todo comenzó cuando empezó a trabajar en la empresa en 2019, recibiendo un trato diferente, siendo obligada a doblar turnos, y sin ser capaz nunca de contestar a insultos y vejaciones.

Ninguno de los hechos indicados en los dos informes recién referidos, fue incorporado al relato fáctico por el Juez de instancia.

2. Calificación profesional en la instancia

La decisión administrativa fue impugnada por la actora, obteniendo Sentencia estimatoria del Juzgado de lo Social núm. 3 de Santa Cruz de Tenerife, dictada en fecha 7-09-2023 (proceso 262/2022); resolución de instancia que afirma el carácter profesional del proceso de incapacidad temporal discutido, a la vista de unos hechos, cuya carga correspondía a la demandante, y que ofrecen al Magistrado un panorama fáctico suficiente para determinar, a diferencia de lo resuelto por la Entidad Gestora, que dicha baja deriva de accidente de trabajo.

IV. Posición de las partes

Frente a la Sentencia del órgano unipersonal tinerfeño se alzan tanto la empleadora como la Entidad colaboradora responsable del abono de la prestación anudada a la baja médica.

La primera ataca la resolución de instancia de una manera formalmente «torpe», en la medida en que, tras instar la revisión de los hechos probados (para incorporar las conclusiones del Informe Forense), se olvida de acompañar el preceptivo motivo de censura jurídica. Esto último habría sido suficiente para desestimar el recurso, no obstante lo cual, también aprecia la Sala la irrelevancia de la modificación fáctica propuesta, decayendo con ello cualquier posibilidad de éxito para el primer recurrente.

La Entidad Colaboradora ataca el pronunciamiento de instancia de manera formalmente correcta; en primer término, reproduciendo la pretensión revisora intentada por su «partner», pretende incorporar al relato fáctico el contenido del Informe Forense, solicitud que la Sala descarta por dos motivos: a) porque, sin necesidad de entrar en el análisis de la veracidad de los datos que se pretenden incorporar, los mismos resultan intrascendentes para resolver la cuestión que nos ocupa y en nada afectarían al sentido de la presente resolución, como veremos seguidamente; y b) porque existiendo varias pruebas periciales que arrojan resultados divergentes (en referencia al Informe de la Inspección del INSS, los informes médicos de la actora emitidos por los facultativos del Servicio Canario de Salud, y el Informe Médico Forense), han de prevalecer las conclusiones a las que la juzgadora ha llegado en la valoración global de tales pruebas, no pudiendo pretender la Mutua recurrente que se lleve a cabo una nueva valoración en bloque de la documentación médica obrante en las actuaciones más favorable a sus intereses.

En cuanto a la censura jurídica, Fraternidad-Muprespa denuncia la aplicación indebida del art. 156.2.e ET, y de la «Jurisprudencia» -dice- sentada por el TSJ País Vasco, en su sentencia de 23-02-2016^[5]. Y es que, no quedando acreditada la existencia de una situación de acoso moral respecto de la actora por parte de su superior jerárquico inmediato, ni la relación de causalidad directa entre el estado psicológico de la misma y la situación de conflicto laboral existente con anterioridad a la baja, no cabe la menor duda de que la contingencia de la que deriva ésta es la de enfermedad común y no la de accidente de trabajo.

V. Normativa aplicable al caso

En contra de lo que se podría presumir, y pese a que la Sala hace referencia directa a los mismos, no serán ni los preceptos ni la doctrina judicial relativos al acoso laboral los que adquieran relevancia en la resolución del caso; al contrario, el conflicto se resolverá en esta alzada aplicando una norma de carácter general: el art. 156.2.e TRLGSS.

En efecto, y pese a que no la utilizará luego para resolver el caso, el TSJ toma «prestada» la definición legal que nos ofrece la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, sobre medidas fiscales, administrativas y de orden social, según la cual, el acoso moral en el trabajo puede definirse como «aquella conducta o conductas reiteradas en un periodo de tiempo más o menos prolongado en las que, por medio de agresiones verbales, aislamiento social, difusión de críticas o rumores sobre el trabajador, se crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para quien es objeto de la misma, con la consiguiente lesión de su dignidad e integridad moral»^[6]. Considera el órgano de suplicación, como elementos esenciales del acoso moral: a) la existencia de comportamientos hostiles hacia el trabajador; b) su reiteración o sucesión a lo largo de un periodo más o menos largo de tiempo (dependiendo de las circunstancias concretas del caso y de la intensidad de la conducta); y c) la producción de un efecto lesivo de la integridad moral de la persona y degradante de su ambiente u otras condiciones de trabajo.

El debate, por tanto, se ha de resolver acudiendo a la norma citada en primer término, el art. 156.2.e TRLGSS, según el cual, tendrán la consideración de accidentes de trabajo «las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución de este».

Como ejemplo de aplicación jurisprudencial del precepto, el TSJ canario extracta varios pasajes de la conocida Sentencia que, en 18-10-2005, dictara el Tribunal Supremo, en relación a la calificación profesional de la incapacidad temporal de un ertzaina causada por un trastorno adaptativo con alteración mixta de las emociones y las conductas, derivada de las presiones, amenazas, insultos y agresiones que recibía «por su condición de ertzaina», en atención a que la causa única de su trastorno era la conducta que soportaba por dicha concreta condición, ante lo que era irrelevante que no derivase de actos suyos realizados en el desempeño de su profesión. Afirmó allí el

Alto Tribunal que es sin duda el ejercicio ininterrumpido de sus funciones comoertzaina lo que ha dado lugar a los insultos, agresiones y amenazas sufridas por el demandante, que, a su vez, fueron causa del deterioro de la salud de éste y de su baja por incapacidad, sin que ninguna otra causa aparezca en el relato fáctico como explicativa o fundamentadora de tales hechos.

VI. Doctrina básica

A efectos de calificar una incapacidad temporal psíquica como accidente de trabajo, resulta irrelevante que los hechos que la provocan constituyan o no acoso moral o incumplimiento empresarial, bastando con que se acredite de forma suficiente y coherente que las consecuencias dañinas para la salud mental traen causa exclusiva de la conflictividad o de la tensión generadas en el ámbito laboral, siendo este el verdadero hecho causante de la prestación.

La doctrina básica extraíble de la sentencia analizada podría conjugar, por tanto, las siguientes reglas: a) una desvinculación entre el accidente laboral y el acoso moral efectivo (en la medida en que aquel puede concurrir ante una conducta que no alcance un reproche tal que acarree tal calificación); b) la causa de la enfermedad, y no la ilicitud de la conducta, se convierte en el eje central; de modo que la dimensión «laboral» del conflicto solo interesa en la medida en que actúa como fuente de la alteración de la salud; c) en los procesos de determinación de contingencia no se enjuicia el acoso en sí mismo, sino la citada relación causal entre hecho y patología, regla que, desde luego, no concurrirá en procedimientos en los que se accione por despido disciplinario del acosador o se inste la resolución causal del contrato, al amparo del art. 50 ET; d) dicho lo anterior, incluso en estos procesos en el ámbito de la Seguridad Social debe garantizarse una actividad probatoria solvente, esto es, que las consecuencias sobre la salud estén acreditadas, que tengan una entidad suficiente como para generar un proceso de incapacidad temporal y, por último, que sean atribuibles, de manera «exclusiva» al ámbito laboral, sin interferencia de concausas ajenas al trabajo que rompan el nexo causal.

VII. Parte dispositiva

El Tribunal Superior de Justicia desestima los recursos de suplicación interpuestos, tanto por la Mutua Colaboradora «Fraternidad-Muprespa», como por la empresa «Bingo Siete Islas Canarias, S.A.», contra la sentencia de fecha 27-9-2023, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de los de Santa Cruz de Tenerife, en los autos de juicio 262/2022, la cual confirma íntegramente, avalando el carácter profesional del proceso de incapacidad temporal.

VIII. Pasajes decisivos

El Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia contiene el pasaje decisivo de la resolución comentada, el cual extractamos literalmente en la medida en que contiene una síntesis difícilmente mejorable de la doctrina declarada por el Tribunal:

«De lo anteriormente expuesto se deduce que no es necesario vincular la existencia del accidente de trabajo a una situación de acoso moral efectivo o de estar sufriendo conductas constitutivas de incumplimientos laborales, ya que no es necesario incumplimiento alguno para que pueda atribuirse a accidente de trabajo una baja laboral derivada de la tensión que se vive en la realización de una actividad laboral. Por tanto, la calificación de si los hechos acaecidos en el seno de la relación laboral son o no constitutivos de acoso moral es impertinente, pues lo fundamental no es en modo alguno si existió una conducta ilícita de la empresa generadora del daño psíquico, sino que basta con delimitar la causa de la enfermedad, resultando que la misma puede tener una causa laboral incluso si no se aprecia conducta ilícita de la empleadora, ya que el objeto de este proceso es única y exclusivamente la determinación de la contingencia. Y es que son las consecuencias dañinas para la salud psíquica derivadas de una conflictividad laboral las que constituyen el hecho causante de la prestación y no el problema laboral en sí mismo. Nos encontramos

pues, ante la necesidad de que las consecuencias dañosas han de ser constatadas, en su realidad y seriedad, y han de atribuirse exclusivamente al ámbito laboral».

IX. Comentario

Llama la atención cómo el esfuerzo probatorio de las partes del proceso se ha ligado a la demostración o negación de una efectiva situación de acoso moral cuando, como hemos comprobado, lo relevante no es constatar la concurrencia de tal conducta ilícita, por la integración de sus elementos definitorios, sino demostrar la existencia de una causa «laboral» que, sin interferencias, determine la sintomatología protegida por la incapacidad temporal.

Motivo por el que la Sala no da el valor pretendido por los recurrentes a unos documentos, por ellos considerados «de peso», tales como el propio Informe de la Inspección del INSS o el Informe del Médico Forense que concluyen, al alimón, que no es demostrable la situación de acoso laboral, ni, derivadamente, que aquella opere como causa exclusiva de la enfermedad.

Con todo, la resolución judicial comentada no es, en absoluto, voluntarista, sino que, con los elementos fácticos a su disposición -es cierto que algunos meramente referenciados, construye un relato de hechos, no incontestable, pero sí «suficiente» para sustentar la decisión final (siendo esta enumeración la que puede tener utilidad para el operador jurídico).

En efecto, la sentencia: a) constata la conflictividad laboral denunciada por la trabajadora, concretada en las condiciones laborales insoportables y lesivas de su dignidad a las que fue sometida (si bien no su reiteración en el tiempo), la actividad laboral que desarrollaba y como afectaron aquellas a ésta^[7]; b) destaca cómo la actora ofrece en la vista oral su versión sobre lo ocurrido, aportando la grabación de la conversación mantenida con el Gerente de la empresa, así como informes periciales que corroboran la realidad de los hechos; c) consta, además, para determinar la existencia de relación de causalidad entre el estado psicológico de la actora y su situación laboral, que la demandante acudió a partir del día 7-05-2021 a las sucesivas consultas médicas que ha tenido en la Unidad de Salud Mental, siendo valorada con el diagnóstico de «depresión», y sin que conste en autos la finalización del proceso de incapacidad temporal; d) existe, asimismo, una denuncia de la actora ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y, poco después ésta, el inicio del proceso de incapacidad temporal por «trastorno ansioso depresivo» derivado de una situación de conflictividad laboral que finalmente deriva en una depresión; y e), por último, no se ha acreditado que en fechas anteriores existieran otras bajas motivadas por patologías similares referidas a estados de ansiedad, depresiones o similares, ajenas al trabajo.

Todo lo anterior permite al Juez de instancia, primero, y a la Sala después, manifestar que «sólo se observan factores de tipo laboral como los desencadenantes de la patología de la actora».

X. Apunte final

La Sentencia comentada adquiere mayor relevancia al constatar que no es idéntica la sensibilidad que, ante esta cuestión jurídica, muestran otros tribunales.

Precisamente la sentencia del TSJ País Vasco que la Entidad Colaboradora citaba en su recurso, y a la que la Sala de lo Social del TSJ Canario no ha prestado atención (ciertamente, no se trata de jurisprudencia, ni puede vincular su decisión), reflexiona en el terreno del debate de manera ciertamente opuesta. En efecto, considera el citado tribunal que «para que el trabajo pueda ser el desencadenante de la enfermedad, se requiere que haya existido un elemento que sea de suficiente relevancia o entidad para producir el deterioro de la salud, pues distinta de la enfermedad ocasionada con motivo y causa del trabajo es aquella que se padece por un determinado estado anímico de la trabajadora, que determinará un estado vivencial de una determinada situación, con una reacción corporal sobre ello». Afirma, así, que «lo relevante es si lo sucedido, no la vivencia, se puede considerar... suficiente para desencadenar, en

parámetros ordinarios, una situación de Incapacidad Temporal». Por tanto, para que una enfermedad contraída exclusivamente por causa del trabajo se considere, en este contexto, profesional, precisa, según la Sala vasca, de «un hecho, de varios, o de conductas o avatares que no sean simples aconteceres, sino que sean situaciones generadas de entidad suficiente para que actúen en el sujeto; y que causalicen efectivamente, no solo porque así se percibe, el padecimiento».

Comprobamos, pues, que, con mucha mayor rigidez que el TSJ canario, otras salas exigen que la fuerza lesiva sea en el accidente la causa de la enfermedad, «sin que baste con que el trabajo esté relacionado con esta». Insistiendo en esta línea el TSJ vasco en que «la determinación del trabajo como factor desencadenante requiere eso, que sea el trabajo el desencadenante, no el que se percibe como tal por el beneficiario, sino su realidad impulsora»^[8].

Pese a las limitaciones que la contradicción entre sentencias genera para poder acceder a casación, hay, desde el punto de vista material, una cuestión compleja e interesante susceptible de unificación. Quedamos atentos.

Referencias:

1. [^] Valga como muestra la STSJ Madrid 9-12-2008, Rec. 5447/2008, según la cual, «no es suficiente con la existencia de un acto aislado de carácter abusivo, aunque sea grave y lesivo de la dignidad del trabajador, pues ... ni siquiera, con todo lo repudiable que pueda ser, manifestaciones de maltrato esporádico, de sometimiento a inadecuadas condiciones laborales o de otro tipo de violencias en el desarrollo de la relación de trabajo son equiparables al propio y verdadero acoso moral (...) La reiteración o continuidad sigue siendo definitiva para definir el acoso, de manera que las conductas aisladas o esporádicas, por graves que sean, no merecen la calificación de acoso». O, en idéntico sentido, la STSJ Andalucía/Granada 1-03-2018, Rec. 2160/2017, para la cual «no se han producido intencionales conductas relevantes, objetivamente humillantes o vejatorias, reiteradas en el tiempo durante un tiempo prolongado buscando crear finalísticamente un ambiente hostil de trabajo o denigratorio, preordenado a causar un mal al trabajador y que causalmente explique el daño psicológico padecido al trabajador.
2. [^] Debemos reprochar a la sentencia comentada que, teniendo a su disposición la grabación actora, y siendo un dato muy relevante para contextualizar la relación entre este hecho y la baja médica, saber qué ocurrió el día en que se produce el único y aislado hecho determinante de la baja médica, no efectúe una transcripción de sus pasajes más relevantes o dote de un contenido mínimo a la afirmada «dura recriminación».
3. [^] No tuvieron, pues, el impacto pretendido, ni la grabación aportada ni la denuncia registrada ante la Inspección de Trabajo (esta última, es cierto que, en ese momento, sin contestación).
4. [^] Desconocemos si se solicita como diligencia final (dado que la sentencia de instancia es de fecha 27-09-2023), o si se obtuvo en un procedimiento judicial independiente.
5. [^] No hace referencia la Sala, ni siquiera sucintamente, al contenido de esta resolución judicial, por lo que hemos accedido a la misma, a través de una base de datos, comprobando que se trata de la STSJ País Vasco 23-02-2026, Rec. 83231/2016, ECLI:ES:TSJPV:2016:507.

6. *^ Pronto nos damos cuenta de que este precepto no sustentará la decisión final, dado que se echan en falta varios de los elementos señalados para que la conducta acreditada pueda encajar en la definición legal.*
7. *^ Que es lo que requiere el art. 156.2.e ET.*
8. *^ La sentencia cuenta con un Voto particular que, en la línea del TSJ canario, considera que la situación de incapacidad temporal analizada «tiene por causa exclusiva su falta de adaptación psíquica a los cambios experimentados en su relación laboral desde octubre de 2013, reaccionando a ellos patológicamente, de lo que deriva que deba atribuirse a accidente laboral, tal y como lo demandaba con pleno amparo jurídico».*

ÍNDICE DE ÓRGANOS JUDICIALES

I. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- §11. STEDH (Sección Primera) de 13 de febrero de 2025 (Demanda núm. 56310/15). El TEDH, la libertad de expresión, y los códigos morales normativizados destinados a disciplinar el desarrollo de una actividad profesional. *Luisa María Gómez Garrido*.
- §91. STEDH de 6 de noviembre de 2025 (c. Guyvan c. Ucrania) (demanda núm. 46704/16). Los datos de ubicación de telefonía móvil también son datos personales, aunque la línea sea propiedad de la empresa. *Pilar Rivas Vallejo*.

II. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- §1. STJUE (Sala Séptima) de 19 de diciembre de 2024 (C-531/23). La justicia europea declara que también es obligatorio registrar la jornada diaria del personal al servicio del hogar familiar. *Faustino Cavas Martínez*.
- §21. STJUE (Sala Primera) de 27 de febrero de 2025 (C-203/22). Ponderación de la protección de datos personales y la propiedad intelectual y secreto comercial en la aplicación del derecho a conocer la lógica del algoritmo. *María Pilar Rivas Vallejo*.
- §31. STJUE (Sala Quinta) de 20 de marzo de 2025 (C 365/23). El aspirante a trabajar como «consumidor». *Antonio V. Sempere Navarro*.
- §32. STJUE (Sala Sexta) de 10 de abril de 2025 (C-584/23). No discrimina a la mujer trabajadora calcular su pensión de incapacidad permanente por accidente laboral computando el salario correspondiente a la reducción de jornada por cuidado de hijo percibido al tiempo de sufrirlo. *Fermín Gallego Moya*.
- §41. STJUE (Sala Décima) de 15 de mayo de 2025 (C-623/23). El complemento de brecha de género también es discriminatorio. *José Fernando Lousada Arochena*.
- §51. STJUE (Sala Décima) de 12 de junio de 2025 (C-219/24). Riesgo biológico y obligación de vacunación en el Derecho de la protección de la seguridad y salud de los trabajadores: una controversia de principio. *José Luis Monereo Pérez*.
- §61. STJUE (Sala Décima) de 3 de julio de 2025 (C-268/24). Nuevas manifestaciones de la igualdad en vínculos temporales (Crédito formativo). *Antonio V. Sempere Navarro*.
- §71. STJUE (Sala Primera) de 11 de septiembre de 2025 (C-38/24). Prohibición de discriminación indirecta por discapacidad: discriminación «por asociación» del cuidador de una persona discapacitada y «ajustes razonables». *José Luis Monereo Pérez*.

- §81. STJUE (Sala Sexta) de 9 de octubre de 2025 (C-110/24). El TJUE, la reiterativa definición del tiempo de trabajo efectivo en los casos de desplazamientos al lugar de trabajo, y alguna sorpresa adicional. *Luisa María Gómez Garrido*.
- §92. STJUE (Sala Primera) de 13 de noviembre de 2025 (C-272/24). Compensación por excesos de «jornada» (o carga de trabajo) en la actividad judicial: entre la retribución y el descanso. *Juan Martínez Moya*.

III. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- §2. STC (Pleno) 140/2024, de 6 de noviembre. Derecho de las madres biológicas de familias monoparentales a la ampliación del permiso por nacimiento y cuidado de menor para poder disfrutar del que le hubiera correspondido al otro progenitor. *Belén García Romero*.
- §33. STC (Sala Segunda) 55/2025, de 10 de marzo. El Tribunal Constitucional ante las implicaciones latentes y no explicadas de la obligación de aportar la carta de despido junto con la demanda. *Luisa María Gómez Garrido*.
- §82. STC (Pleno) 148/2025, de 9 de septiembre de 2025. La STC 148/2025. De los actos razonables a los cauces participativos: la expansión constitucional de la garantía de indemnidad y la necesidad de diferenciar las nulidades objetivas de las nulidades radicales. *Magdalena Nogueira Guastavino*.

IV. TRIBUNAL SUPREMO (SALA PRIMERA)

- §34. STS-CIV 383/2025, de 13 de marzo. Condena a un despacho jurídico por vulneración del derecho a la intimidad por exposición accesible en una carpeta digital compartida de una demanda laboral de una de sus trabajadoras. *Juan Martínez Moya*.
- §52. STS-CIV 976/2025, de 18 de junio. El honor de empresarios y particulares incluidos en ficheros por su morosidad. *Antonio V. Sempere Navarro*.

V. TRIBUNAL SUPREMO (SALA SEGUNDA)

- §3. STS-PEN 1115/2024, de 4 de diciembre. Cómputo restrictivo de la cuantía defraudada a la Seguridad Social. *Antonio V. Sempere Navarro*.
- §12. STS-PEN 101/2025, de 6 de febrero. La valoración del hecho global en la calificación del acoso laboral penalmente relevante. *Juan Martínez Moya*.
- §13. STS-PEN 121/2025, de 13 de febrero. ¿Cómo castigar la conducta delictiva en materia de prevención de riesgos que desemboca en lesiones? *Antonio V. Sempere Navarro*.

- §93. STS-PEN 807/2025, de 2 de octubre. ¿Es delictivo confeccionar un falso parte de baja médica? *Antonio V. Sempere Navarro*.
- §83. STS-PEN 870/2025, de 23 de octubre. Ocultación del matrimonio religioso e incompatible con pensión de viudedad. *Antonio V. Sempere Navarro*.

VI. TRIBUNAL SUPREMO (SALA TERCERA)

- §14. STS-CON 28/2025, de 16 de enero. Los servicios mínimos fijados en una huelga de transporte aéreo son «máximos» para la empresa. Inexistencia de indemnización automática derivada de la lesión del derecho fundamental de huelga. *Magdalena Nogueira Guastavino*.
- §15. STS-CON 29/2025, de 16 de enero. El concepto tiempo de trabajo no alcanza a las guardias no presenciales sin efectiva prestación del servicio de un empleado del cuerpo de bomberos. *Susana Rodríguez Escanciano*.
- §22. STS-CON 1707/2024, de 30 de octubre. ¿Desde cuándo obliga la presencia equilibrada a los Colegios Profesionales? *Antonio V. Sempere Navarro*.
- §42. STS-CON 478/2025, de 24 de abril. ¿A qué orden jurisdiccional corresponde conocer de la impugnación de la resolución administrativa que admite la denuncia por acoso en el trabajo contra un funcionario, formulada por personal a su cargo, cualquiera que sea la naturaleza de la relación que le vincule con la Administración empleadora? Doctrina general y su discutible aplicación al caso. *Emilio Palomo Balda*.
- §43. STS-CON 579/2025, de 19 de mayo. El fuero en las elecciones de los Cuerpos de Seguridad Autonómicos. *Antonio V. Sempere Navarro*.
- §53. STS-CON 583/2025, de 20 de mayo. Permiso de lactancia y empleo público a tiempo parcial: cómo calcular los días de acumulación. Jurisprudencias social y contencioso-administrativa: dos enfoques sobre la misma cuestión. *Juan Martínez Moya*.
- §54. STS-CON 763/2025, de 16 de junio. Sujeto obligado a recibir notificaciones a través de la Sede Electrónica de la Seguridad Social que autoriza a otro a través del Sistema Autorizado RED. En tal caso, ¿la notificación electrónica de la resolución desestimatoria de un recurso de alzada debe dirigirse únicamente al sujeto obligado o también al autorizado RED? *María Areta Martínez*.
- §62. STS-CON 851/2025, de 26 de junio. ¿El periodo de formación sanitaria especializada computa a efectos de la carrera profesional del personal estatutario de los servicios de salud? *María Areta Martínez*.
- §72. STS-CON 1015/2025, de 3 de julio. El derecho de los representantes de las personas funcionarias a conocer la concesión de prórrogas de comisiones de servicios bajo la técnica de la «seudonimización». *Susana Rodríguez Escanciano*.

- §73. STS-CON 1096/2025, de 23 de julio. Cotización por contingencia profesional: ¿atendiendo a la actividad de la empresa o a la de cada persona? *Antonio V. Sempere Navarro*.
- §74. STS-CON 941/2025, de 10 de julio. ¿Es equiparable el SMI a la habitualidad a efectos del alta en el RETA?: el Alto Tribunal resuelve recurso de casación para la formación de jurisprudencia. *Inmaculada Ballester Pastor*.
- §75. STS-CON 1086/2025, de 21 de julio. La revisión de oficio por la Tesorería General de la Seguridad Social de actos de declarativos de encuadramiento: la sombra alargada del artículo 146.1 y 2 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. *Juan Martínez Moya*.
- §84. STS-CON 1119/2025, de 11 de septiembre. El derecho de acceso a la información pública en caso de decisiones automatizadas incluye el acceso al código fuente. *Pilar Rivas Vallejo*.

VII. TRIBUNAL SUPREMO (SALA CUARTA)

- §4. STS-SOC (Pleno) 1246/2024, de 14 de noviembre. La vulneración del derecho fundamental de huelga en los supuestos de pluralidad de empleadores vinculados: Externalización y grupos de empresas y alcance de la responsabilidad indemnizatoria por daños y perjuicios. *José Luis Monereo Pérez*.
- §5. STS-SOC (Pleno) 1250/2024, de 18 de noviembre. El empresario debe escuchar al trabajador antes de proceder a su despido disciplinario: un inesperado giro jurisprudencial y un aluvión de incógnitas por despejar. *Emilio Palomo Balda*.
- §6. STS-SOC 1302/2024, de 21 de noviembre. Acceso a las direcciones de correo electrónico de la plantilla por la representación del personal y derecho a la protección de datos. *Pilar Rivas Vallejo*.
- §7. STS-SOC 1303/2024, de 27 de noviembre. Pueden compatibilizarse dos pensiones de IPT sucesivas generadas en Regímenes diferentes y usando cotizaciones del otro Régimen siempre que las cuotas no se superpongan. *Inmaculada Ballester Pastor*.
- §8. STS-SOC 1308/2024, de 3 de diciembre. Derecho a prestación económica por cuidado de menor afectado de enfermedad grave. Interpretación finalista del requisito de ingreso hospitalario. *Eduardo Rojo Torrecilla*.
- §16. STS-SOC 37/2025, de 16 de enero. Recurso de Casación por unificación de doctrina y despido disciplinario: los límites del (relativamente nuevo) «interés casacional objetivo». *Ángel Arias Domínguez*.
- §17. STS-SOC 48/2025, de 23 de enero. ¿Ha cambiado la jurisprudencia en orden a la responsabilidad por recargo de prestaciones de la empresa principal en el marco de una contrata de servicios? *José Fernando Lousada Arochena*.

- §18. STS-SOC (Pleno) 49/2025, de 23 de enero. Procedimiento de despido y nulidad alegada en la demanda y no en conciliación. *Francisco A. Vila Tierno*.
- §19. STS-SOC (Pleno) 85/2025, de 3 de febrero. La presunción de laboralidad del art. 156.3 LGSS no «protege» la crisis cardíaca si los síntomas del infarto de miocardio se localizan en momento previo al desarrollo de un trabajo que no se considera factor desencadenante. *Fermín Gallego Moya*.
- §23. STS-SOC 23/2025, de 14 de enero. Deber de información del uso de dispositivos de vigilancia y sistema de garantías de los derechos a la protección de datos personales y derechos digitales. De nuevo sobre la prueba de videovigilancia. *José Luis Monereo Pérez*.
- §24. STS-SOC 102/2025, de 5 de febrero. Nulidad del acuerdo por el que se admite el voto telemático en las elecciones a representantes de los trabajadores. *Faustino Cavas Martínez*.
- §25. STS-SOC 114/2025, de 18 de febrero. La parábola del ojo de la aguja y el motivo de revisión de sentencias laborales firmes previsto en el art. 86.3 LRJS. *Emilio Palomo Balda*.
- §26. STS-SOC (Pleno) 120/2025, de 19 de febrero. Inexistencia de despido colectivo. Falta de acción al no producirse extinción de contratos. *Eduardo Rojo Torrecilla*.
- §27. STS-SOC 160/2025, de 27 de febrero. Subsidio por riesgo durante la lactancia natural. ¿Cuál es la fecha de efectos económicos cuando la trabajadora se acoge a permisos y vacaciones mientras reclama judicialmente frente a la denegación del derecho por parte de la Mutua, y finalmente este es reconocido? *Belén García Romero*.
- §35. STS-SOC 189/2025, de 12 de marzo. Calificación como accidente de trabajo de una dolencia preexistente que se agrava como consecuencia de la lesión sufrida en tiempo y lugar de trabajo. *Faustino Cavas Martínez*.
- §36. STS-SOC 201/2025, de 25 de marzo. Ingreso Mínimo Vital. Límite de ingresos para causar derecho: problemática del cómputo de las pensiones de alimentos. Requisitos de orden público procesal del escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina. *José Luis Monereo Pérez*.
- §37. STS-SOC 267/2025, de 2 de abril. ¿Qué se puede poner, y qué no, en un acuerdo de teletrabajo? *José Fernando Lousada Arochena*.
- §44. STS-SOC (Pleno) 290/2025, de 8 de abril. Complemento de pensiones por aportación demográfica solicitado por un varón que fue inicialmente denegado. No procede el abono de intereses moratorios sustantivos. *Belén García Romero*.

- §45. STS-SOC (Pleno) 365/2025, de 24 de abril. El dilema de la persona teletrabajadora: ¿Dónde demandar? Centro de trabajo adscrito vs. lugar real de prestación de la actividad. *Magdalena Nogueira Guastavino*.
- §46. STS-SOC (Pleno) 359/2025, de 23 de abril. Pensión de viudedad de pareja de hecho. Estimación del recurso de revisión en aplicación de jurisprudencia del TEDH. *Eduardo Rojo Torrecilla*.
- §47. STS-SOC 383/2025, de 6 de mayo. Libertad de empresa: no ampara decisiones unilaterales discriminatorias o contrarias a derechos fundamentales y legales. ¿Está realmente afectado el derecho fundamental a la libertad de empresa? *María Emilia Casas Baamonde*.
- §55. STS-SOC (Pleno) 386/2025, de 7 de mayo. Las problemáticas implicaciones de la negociación colectiva en el ámbito profesional del trabajo en el hogar familiar. *Luisa María Gómez Garrido*.
- §56. STS-SOC 402/2025, de 7 de mayo. Licitud de la prueba de investigación privada para el seguimiento de uso indebido de crédito horario sindical. *Pilar Rivas Vallejo*.
- §57. STS-SOC 414/2025, de 8 de mayo. La obligación de pago de intereses moratorios. *Francisco A. Vila Tierno*.
- §58. STS-SOC 439/2025, de 20 de mayo. Aplicación del cupo de reserva del 7 por 100 para personas con discapacidad en la oferta de empleo público de RTVE. *Susana Rodríguez Escanciano*.
- §63. STS-SOC 466/2025, de 27 de mayo. Al personal de una ETT en misión se le aplica la mejora de IT contemplada en el convenio colectivo de la EU: cambio jurisprudencial. *José Fernando Lousada Arochena*.
- §64. STS-SOC 522/2025, de 2 de junio. ¿Constituye accidente de trabajo in itinere la caída por resbalón al salir del domicilio para dirigirse al puesto de trabajo? *Belén García Romero*.
- §65. STS-SOC 559/2025, de 10 de junio. La imposición de sanciones por el empresario en el ámbito laboral; tipicidad y benevolencia. *Luisa María Gómez Garrido*.
- §66. STS-SOC 593/2025, de 4 de junio. La determinación de la indemnización por daños morales derivados de la vulneración de derechos fundamentales: una tarea esencial para garantizar el adecuado resarcimiento de la víctima y disuadir a la empresa de incurrir en el futuro en actuaciones anticonstitucionales que no siempre cumple con los objetivos asignados. *Emilio Palomo Balda*.
- §67. STS-SOC 597/2025, de 17 de junio. De nuevo sobre la concurrencia de convenios colectivos en situación de prórroga o ultraactividad. *Francisco A. Vila Tierno*.

- §76. STS-SOC 682/2025, de 2 de julio. Inclusión de las dietas por embarque en alta mar en la retribución de las vacaciones. *Elena Lasaosa Irigoyen*.
- §68. STS-SOC (Pleno) 736/2025, de 16 de julio. La indemnización legal por despido improcedente y su adecuación a la reparación del daño: exclusión de indemnizaciones de responsabilidad civil complementarias o adicionales. *María Emilia Casas Baamonde*.
- §77. STS-SOC (Pleno) 748/2025, de 23 de julio. El profesorado a tiempo parcial tiene derecho a someter a evaluación su actividad docente. *Eduardo Rojo Torrecilla*.
- §85. STS-SOC 760/2025, de 10 de septiembre. Teletrabajo regular y derecho a la prevención de riesgos laborales. ¿Y el principio de igualdad de derechos de teletrabajadores y trabajadores presenciales y la prohibición de perjuicio en las condiciones de trabajo por su prestación a distancia? La silla ergonómica. *María Emilia Casas Baamonde*.
- §86. STS-SOC 808/2025, de 23 de septiembre. La franja de una hora dedicada a la comida no es tiempo de trabajo si queda garantizada la posibilidad de desconexión total de la persona trabajadora. *Susana Rodríguez Escanciano*.
- §87. STS-SOC 831/2025, de 25 de septiembre. Determinación del hecho causante de la prestación por nacimiento y cuidado de menor solicitada por el padre cuya filiación biológica no matrimonial ha sido declarada por sentencia judicial firme. *Belén García Romero*.
- §88. STS-SOC 846/2025, de 1 de octubre. Comunicación escrita de sanción disciplinaria por falta muy grave. ¿La empresa debe concretar en la comunicación la fecha de efectos (cumplimiento) de la sanción? *María Areta Martínez*.
- §89. STS-SOC 877/2025, de 2 de octubre. Riesgo durante la lactancia natural y trabajadora especialmente sensible. Fernando *Lousada Arochena*.
- §94. STS-SOC 885/2025, de 14 de octubre. Incompetencia del orden social en la reclamación indemnizatoria contra la Administración, por accidente de trabajo debido al mal funcionamiento de los servicios públicos. *Elena Lasaosa Irigoyen*.
- §95. STS-SOC 896/2025, de 14 de octubre. Acceso al subsidio de desempleo para mayores de 52 años tras agotamiento de la renta activa de inserción. *Faustino Cavas Martínez*.
- §96. STS-SOC 930/2025, de 15 de octubre. ¿Puede cuestionarse en casación unificada el «criterio de razonabilidad» que se maneja en la aquilatación de la indemnización por daño moral? *Ángel Arias Domínguez*.

- §97. STS-SOC 967/2025, de 17 de octubre. El equilibrio en el establecimiento de servicios de seguridad y mantenimiento. *Francisco A. Vila Tierno*.

VIII. AUDIENCIA NACIONAL (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO)

- §98. SAN-CONT de 29 de septiembre de 2025 (rec. núm. 1913/2022). El límite entre vigilar y escuchar: grabar lo que haces no es lo mismo que grabar lo que dices. El audio exige una información mucho más específica, no siendo suficiente con poner un cartel de videovigilancia. *Magdalena Nogueira Guastavino*.

IX. AUDIENCIA NACIONAL (SALA DE LO SOCIAL)

- §9. SAN-SOC 160/2024, de 29 de noviembre. Aplicación al contrato a tiempo parcial de las cláusulas convencionales que limitan el trabajo en fines de semana y festivos. *Elena Lasaosa Irigoyen*.
- §10. SAN-SOC 168/2024, de 9 de diciembre. ¿Los representantes legales de los trabajadores pueden acceder al registro de jornada en cualquier momento y de manera inmediata? *María Areta Martínez*.
- §20. SAN-SOC 15/2025, de 31 de enero. El permiso retribuido por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización de un familiar [artículo 37.3.b) ET]. ¿La persona trabajadora debe acreditar su condición de conviviente o de cuidador efectivo del familiar para poder disfrutar del permiso? *María Areta Martínez*.
- §28. SAN-SOC 23/2025, de 13 de febrero. Variación unilateral por la empresa del porcentaje de teletrabajo y modificación sustancial de condiciones de trabajo. *Elena Lasaosa Irigoyen*.
- §38. SAN-SOC 45/2025, de 25 de marzo. La negociación del convenio colectivo de franja y el margen de libertad para las partes negociadoras. *Francisco A. Vila Tierno*.
- §39. SAN-SOC 49/2025, de 4 de abril. ¿Hay algún caso en que el disfrute acumulado del permiso por cuidado de lactante continúe supeditado a los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo individual alcanzado con la empresa? *María Areta Martínez*.
- §59. SAN-SOC núm. 78/2025, de 3 de junio. Incidencia de los periodos de suspensión por incapacidad temporal en la cuantía del bonus anual. *Elena Lasaosa Irigoyen*.
- §69. SAN-SOC 101/2025, de 4 de julio. Algoritmos opacos, sindicatos desarmados: la libertad sindical frente a la asignación automatizada de turnos. *Magdalena Nogueira Guastavino*.

- §78. SAN-SOC 101/2025, de 4 de julio. No informar a los representantes sindicales sobre los algoritmos utilizados en la empresa para fijar determinadas condiciones de trabajo vulnera el derecho a la libertad sindical. *Faustino Cavas Martínez*.
- §99. SAN-SOC 140/2025, de 15 de octubre. Despido colectivo. El caso del sindicato que acciona en contra de los intereses del personal afectado. *Eduardo Rojo Torrecilla*.

X. TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA (SALA DE LO SOCIAL)

- §29. STSJ-SOC Baleares 21/2025, de 23 de enero. Discriminación por enfermedad y nulidad del despido. En caso de desistimiento empresarial del periodo de prueba. *María Emilia Casas Baamonde*.
- §30. STSJ-SOC Navarra 78/2025, de 20 de febrero. Cabe reconocer el desempleo a las empleadas de hogar que no cotizaron por impedirlo la normativa discriminatoria anterior al RD-ley 16/2022 gracias a la aplicación directa por los Tribunales de la STJUE de 24 de febrero de 2022. *Inmaculada Ballester Pastor*.
- §40. STSJ-SOC Cataluña 1661/2025, de 25 de marzo. La modificación del relato del relato de hechos probados en procedimientos de incapacidad permanente y la literosuficiencia de los documentos públicos aportados. *Ángel Arias Domínguez*.
- §49. STSJ-SOC Canarias 169/2025, de 28 de febrero. ¿Movilidad funcional torpe o modificación sustancial dirigida a lesionar derechos fundamentales? Extraplimitación en la dirección empresarial constitutiva de acoso laboral. *Fermín Gallego Moya*.
- §79. STSJ-SOC Madrid 316/2025, de 24 de abril. ¿Qué calificación merece el despido disciplinario basado en única prueba que es ilícita? A propósito de la prueba de registro de taquilla obtenida con vulneración del derecho fundamental a la intimidad. *María Areta Martínez*.
- §50. STSJ-SOC Castilla y León 737/2025, de 28 de abril. Proceso de incapacidad temporal por enfermedad común que, tras agotar el plazo de duración de 365 días, finaliza por alta de la inspección médica del INSS. ¿Quién es competente para emitir una nueva baja médica dentro de los 180 días naturales posteriores? Depende, ¿de qué depende? De si la nueva baja médica está causada o no por la misma o similar patología, ¿y cómo determinar si la patología es o no la misma o similar? *María Areta Martínez*.
- §60. STSJ-SOC Asturias 844/2025, de 13 de mayo. Despido y comisión de delito leve de estafa por uso indebido de datos personales: es procedente aún sin la audiencia previa obligada por el art. 7.º del Convenio n.º 158 OIT. *Inmaculada Ballester Pastor*.

- §70. STSJ-SOC Madrid 566/2025, de 6 de junio. Despido por ineptitud sobrevinida basado en el informe de vigilancia de la salud emitido por el Servicio de prevención ajeno. Requisitos de validez y límites en el tratamiento empresarial de los datos personales. *Fermín Gallego Moya*.
- §80. STSJ-SOC Baleares 344/2025, de 13 de julio. El control funcional de la suplicación en el despido disciplinario: el margen de apreciación judicial como límite entre los hechos probados y la calificación jurídica. *María Emilia Casas Baamonde*.
- §90. STSJ-SOC Extremadura 540/2025, de 1 de septiembre. ¿Vulnera el derecho fundamental a la integridad física y moral el empresario que incumple las obligaciones que le competen en materia de prevención de riesgos psicosociales lo que tiene como consecuencia un notable deterioro del estado de salud del trabajador? La cuestionable respuesta del TSJ de Extremadura y una pregunta clave de haber sido otro el resultado. *Emilio Palomo Balda*.
- §100. STSJ-SOC Canarias 665/2025, de 18 de septiembre. No es necesario acreditar una conducta constitutiva de acoso laboral para que la baja médica de quien así lo vivencia pueda considerarse profesional. *Fermín Gallego Moya*.

XI. JUZGADOS DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

- §48. SJCON-ADM núm. 4 Murcia 76/2025, de 25 de marzo. Nuevo pronunciamiento sobre retribución del permiso parental en el marco del empleo público. *Susana Rodríguez Escanciano*.

ÍNDICE DE AUTORES

ARETA MARTÍNEZ, MARÍA

§10, §20, §39, §50, §54, §62, §79 y §88.

ARIAS DOMÍNGUEZ, ÁNGEL

§16, §40 y §96.

BALLESTER PASTOR, INMACULADA

§7, §30, §60 y §74.

CASAS BAAMONDE, MARÍA EMILIA

§29, §47, §68, §80 y §85.

CAVAS MARTÍNEZ, FAUSTINO

§1, §24, §35, §78 y §95.

GALLEGO MOYA, FERMÍN.

§19, §32, §49, §70 y §100.

GARCÍA ROMERO, BELÉN

§2, §27, §44, §64 y §87.

GÓMEZ GARRIDO, MARÍA LUISA

§11, §33, §55, §65 y §81.

LASAOSA IRIGOYEN, ELENA

§9, §28, §59, §76 y §94.

LOUSADA AROCHENA, JOSÉ FERNANDO

§17, §37, §41, §63 y §89.

MARTÍNEZ MOYA, JUAN

§12, §34, §53, §75 y §92.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS

§4, §23, §36, §51 y §71.

NOGUEIRA GUASTAVINO, MAGDALENA

§14, §45, §69, §82 y §98.

PALOMO BALDA, EMILIO

§5, §25, §42, §66 y §90.

RIVAS VALLEJO, PILAR

§6, §21, §56, §84 y §91.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, SUSANA

§15, §48, §58, §72 y §86.

ROJO TORRECILLA, EDUARDO

§8, §26, §46, §77 y §99.

SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V.

§3, §13, §22, §31, §43, §52, §61, §73, §83 y §93.

VILA TIERNO, FRANCISCO A.

§18, §38, §57, §67 y §97.

ÍNDICE DE CONCEPTOS

ACTOS DE ENCUADRAMIENTO

- Revisión de oficio por el TGSS de... en el RETA: §75.

ACUERDO DE TELETRABAJO

- Menciones que pueden incorporarse: §37.

ACCIDENTE DE TRABAJO

- Crisis cardíaca y factor desencadenante: §19.
- Dolencia preexistentes agravadas por lesión acaecida en tiempo y lugar de trabajo: §35.
- En misión en ETT: §63.
- *In itinere*: en el propio domicilio: §64.

ACOSO LABORAL

- Contra funcionario:
 - * Orden jurisdiccional competente: §42.
- Perspectiva penal: valoración para calificación del hecho en su conjunto: §12.
- No es necesaria la trascendencia penal para considerarlo de carácter profesional a efectos de baja: §100.

AJUSTES RAZONABLES

- Para evitar la discriminación por asociación de trabajador a cargo de discapacitado: §71.

ALGORITMO

- Derecho a conocer el...: §21.
- Información a representantes de los trabajadores del... utilizado en la determinación de condiciones de trabajo: §69, y §78.

APORTACIÓN DEMOGRÁFICA

- Complemento de...:
 - * Intereses moratorios: §44.

AUDIENCIA

- Al trabajador previa al despido: §5.
- No... previa al despido: §60.

BRECHA SALARIAL

- Complemento de brecha de género:
 - * Discriminatorio: perspectiva del Derecho de la UE: §41.

CARTA DE DESPIDO

- Obligación de aportarla a la demanda: perspectiva constitucional: §33.

CASACIÓN

- Para la unificación de doctrina: interés casacional objetivo: §16.

CÓDIGO FUENTE

- Derecho de acceso al... en información públicas automatizadas: §84.

COLEGIOS PROFESIONALES

- Presencia equilibrada: §22.

COMISIÓN DE SERVICIOS

- Prórroga a funcionario y técnica de «seudonimización»: §72.

COMPATIBILIDAD

- De dos prestaciones de IPT sucesivas generadas en Regímenes diferentes: §7.

CONDICIONES DE TRABAJO

- Fijada por algoritmo: comunicación a representantes: §78.

CONGRUENCIA

- Entre papeleta de conciliación y demanda: §18.

CONSUMIDOR

- Concepto comunitario: en relación con menor que quiere emplearse como deportista: §31.

CONTINGENCIAS PROFESIONALES

- Cotización por actividad de la empresa o del trabajador: §73.

CONTRATA

- Y recargo de prestaciones: §17.

CONTRATO A TIEMPO PARCIAL

- Cláusulas convencionales limitando el trabajo en fines de semana y festivos: §9.

CONTRATACIÓN TEMPORAL

- Y principio de igualdad: §61.

CONVENIO COLECTIVO

- Cláusulas limitativas del trabajo en fines de semana y festivos para contratos a tiempo parcial: §9.
- Concurrencia:
 - * En ultraactividad: §67.
- Franja: libertad negociadora: §38.

CONVIVIENTE

- Acreditación de la condición de... para permisos retribuidos: §20.

CORREO ELECTRÓNICO

- Acceso a... por representantes de los trabajadores y protección de datos: §6.

COTIZACIÓN

- Por contingencias profesionales: según actividad de la empresa o del trabajador: §73.

CRÉDITO HORARIO

- Uso de prueba privada para control del... sindical: §56.

CUIDADOR

- Acreditación de la condición de... para permisos retribuidos: §20.

DAÑO MORAL

- Indemnización resarcitoria por...: §66.
- Criterio de razonabilidad y contradicción para RCUD: §96.

DATOS PERSONALES

- En informe del servicio de prevención que justificó despido objetivo: §70.
- Y derechos digitales: §23.
- Y algoritmo: §21.

DELITO

- Leve de estafa y despido: §60.
- Por acoso laboral: §12.
- Por defraudación a la Seguridad Social: §3, y §83.
- Por incumplimiento de prevención de riesgos laborales: §13.

DEMANDA

- Que alega despido nulo sin haberlo hecho constar en conciliación: §18.
- Que no aporta carta de despido: perspectiva constitucional: §33.

DEPORTISTA

- Menor que quiere emplearse como...: consideración comunitaria como consumidor: §31.

DERECHO FUNDAMENTAL

- Lesión:
 - * Encubierta en decisión unilateral del empresario discriminatoria: §47.
 - * Indemnización automática: §14.
 - * Lesión por registro de taquilla: §79.

DESEMPLEO

- A personas trabajadoras empleadas de hogar sin cotización previa: §30.

DESPIDO

- Colectivo:
 - * Inexistente al no producirse la extinción de los contratos: §26.
 - * Sindicato accionante frente a intereses del personal afectado: §99.
- Disciplinario:
 - * Apreciación en suplicación: márgenes jurisdiccionales: §80.

- * Audiencia previa al trabajador: §5.
 - Sin audiencia en delito leve de estafa: §60.
- * Por comisión de un delito de estafa por uso indebido de datos personales: §60.
- * Tras registro de taquilla con vulneración del derecho fundamental a la intimidad: §79.
- Improcedente:
 - * Indemnización y reparación del daño causado: exclusión de la responsabilidad civil: §68.
- Nulo:
 - * ^ En periodo de prueba por enfermedad: §29.
- Objetivo:
 - * Por ineptitud sobrevenida: apreciada por informe del servicio de prevención ajeno §70.
- Procedimiento de...:
 - * Nulidad alegada en demanda, no en conciliación: §18.

DESPLAZAMIENTO

- Al lugar de trabajo: consideración como tiempo de trabajo: §81.

DIETAS

- De embarque en alta mar: inclusión en la retribución de las vacaciones: §76.

DISCAPACIDAD

- Discriminación indirecta por...: §71.
- Reserva de porcentaje del empleo público para personas con...: §58.

DISCRIMINACIÓN

- Indirecta del cuidador de persona discapacitada: §71.
- Existe:
 - * Por enfermedad en período de prueba: §29.
 - * En decisión unilateral del empresario: §46.
- No existe:
 - * Mujer trabajadora con reducción de jornada por motivos familiares: cálculo de prestación de Incapacidad permanente en relación con el salario reducido: §32.

ELECCIONES SINDICALES

- Competencia jurisdiccional:
 - * Cuerpos de seguridad autonómicos: §43.

EMPLEO DOMÉSTICO

- Obligatoriedad del registro de Jornada: §1.
- Protección por desempleo sin cotización previa: §30.

EMPLEO PÚBLICO

- Reserva de cupo para personas con discapacidad: §58.

EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL

- Accidente en misión en... y mejora de IT prevista en Convenio Colectivo: §63.

ENFERMEDAD

- Despido nulo por... en período de prueba: §29.

ENFERMEDAD

- Accidente de trabajo estando en misión: §63.

EVALUACIÓN DE ACTIVIDAD

- De la actividad docente del profesorado a tiempo parcial: §77.

FAMILIA MONOPARENTAL

- De madres biológicas: ampliación del permiso por nacimiento: §2.

FILIACIÓN

- Biológica no matrimonial declarada por sentencia: concreción del hecho causante para la prestación de nacimiento: §87.

FORMACIÓN

- Sanitaria especializada: cómputo a efectos de la carrera profesional: §62.

FUNCIONARIOS PÚBLICOS

- Orden jurisdiccional competente para enjuiciamiento de acoso practica por...: §42.

GEOLOCALIZACIÓN

- Teléfono móvil suministrado por la empresa: con matices: §91.

GRUPO DE EMPRESAS

- Ejercicio del derecho de huelga en...: §4.

GUARDIA

- Tiempo de... y tiempo de trabajo en empleo de bombero: §15.

HECHOS PROBADOS

- Y aportación literosuficiente de documentos de expedientes de Incapacidad Permanente: §40.

HOGAR

- Negociación colectiva en el ámbito del trabajo en el...: §55.

HONOR

- Vulneración por inclusión en ficheros informáticos por morosidad: §52.

HUELGA

- En grupo de empresas: vulneración del derecho fundamental y alcance de la responsabilidad indemnizatoria por daños y perjuicios: §4.
- Servicios mínimos: fijación en el sector del transporte aéreo: §14.
- Servicios de seguridad y mantenimiento: fijación: §97.

INDEMNIDAD

- Garantía de...: diferenciación entre nulidades objetivas y nulidades radicales: §82.

INDEMNIZACIÓN

- Por despido improcedente: adecuación al daño causado: exclusión de indemnización por responsabilidad civil: §68.
- Por lesión de derechos fundamentales: no automática: §14.
- Mecanismo resarcitorio y disuasorio: §66.

INFORMACIÓN

- Acceso a... pública en casos de decisiones automatizadas: derecho de acceso al código fuente: §84.
- Derecho a la... sobre implantación de sistema de videovigilancia: §23.

INGRESO HOSPITALARIO

- Interpretación finalista del requisito de... en prestación de cuidado de menor afectado de enfermedad grave: §8.

INGRESO MÍNIMO VITAL

- Cómputo de ingresos:
 - * Pensiones alimenticias: §36.

INTERÉS CASACIONAL OBJETIVO

- En unificación de doctrina social: §16.

INTERESES MORATORIOS

- En complemento demográfico incorrectamente denegado: §44.
- Obligación de abono: §57.

INTIMIDAD

- Vulneración:
 - * Inclusión en ficheros por morosidad: §52.
 - * Por exposición accesible de carpeta digital con datos personales de la persona trabajadora: §34.
 - * Registro de taquilla: §79.

JORNADA

- Exceso de... de servidores judiciales: compensación con descanso: §92.

JURISDICCIÓN COMPETENTE

- Acoso contra funcionario: §42.
- Territorialmente:
 - * Teletrabajadores: §45.

LACTANCIA

- Permiso de...:
 - * En el empleo público a tiempo parcial:
 - Cálculo de la acumulación de días: §53.

LESIONES

- Que sufre el trabajador por incumplimiento de medidas de prevención de riesgos laborales: §13.

LIBERTAD DE EMPRESA

- No ampara decisiones discriminatorias lesivas de Derechos Fundamentales: §47.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN

- Y códigos morales en la empresa: §11.

LIBERTAD NEGOCIADORA

- De convenio colectivo de franja: §38.

LIBERTAD SINDICAL

- Lesión: por no información a los representantes del algoritmo que utiliza la empresa: §78.

LITEROSUFICIENCIA

- De documentos determinantes de la Incapacidad Permanente: §40.

MATRIMONIO

- Ocultación de segundo... y percibo indebido de prestación de viudedad: consecuencias penales: §83.

MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

- Por alteración unilateral por la empresa del porcentaje de teletrabajo: §28.
- Frontera con movilidad funcional: §49.

MOROSIDAD

- Lesión del Derecho al Honor por inclusión en ficheros por morosidad: §52.

MOVILIDAD FUNCIONAL

- Frontera con modificación sustancial de condiciones de trabajo: §49.

NACIMIENTO (prestación por)

- Madres biológicas en familias monoparentales: ampliación del permiso: §2.

NEGOCIACIÓN COLECTIVA

- En el ámbito del empleo en el hogar familiar: §55.

NOTIFICACIÓN

- Mediante el sistema RED:
 - * Autorización a sujeto distinto al obligado a recibir notificaciones: §54.

PAREJA DE HECHO

- Pensión de viudedad: §46.

PARTE DE BAJA

- Falsificador por el trabajador: §93.

PENSION ALIMENTICIA

- Cómputo a efectos de Ingreso Mínimo Vital: §36.

PERIODO DE PRUEBA

- Nulidad del despido en... por enfermedad: §29.

PERMISOS LABORALES

- Por accidente o enfermedad grave:
 - * Acreditación de la condición de conviviente o cuidador: §20.
- Por cuidado de lactante:
 - * Utilización acumulada: §39.
- Por lactancia:
 - * En el empleo público a tiempo parcial
 - Cálculo de la acumulación de días: §53.
- Por nacimiento:
 - * Familias monoparentales de madres biológicas:
 - Ampliación del permiso que le hubiera correspondido al otro progenitor: §2.
- Parental:
 - * Remunerado: §48.

PERSONAL AL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR

- Registro de jornada: es necesario: §1.

PRESUNCIÓN

- De accidente laboral: §19.

PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

- Incumplimiento empresarial de obligaciones y deterioro de salud: consecuencias: §90.
- Informe del servicio de prevención ajeno: despido por ineptitud: §70.
- Perspectiva penal: §13.
- Uso de silla ergonómica para teletrabajadores: §85.
- Vacuna obligatoria: §51.

PROCESO SOCIAL

- Incompetencia del orden social:
 - * Accidentes del trabajo por mal funcionamiento de los servicios públicos: §94.
- Recurso de suplicación: márgenes de apreciación jurisdiccional: §80.

PROFESORADO

- Evaluación docente del... a tiempo parcial: §77.

PROPIEDAD INTELECTUAL

- Y algoritmo: §21.

PROTECCIÓN DE DATOS

- Acceso a direcciones de correo electrónico de la plantilla por representantes del personal: §6.
- Y algoritmo: §21.

PRUEBA

- De investigación privada para control del uso indebido del crédito sindical: §56.

RECARGO DE PRESTACIONES

- De la empresa principal en el marco de una contrata de servicios: §17.

RECURSO

- Casación por unificación de doctrina: interés casacional objetivo: §16.
- Revisión de sentencias: §25; y §46.
- Suplicación: márgenes de apreciación jurisdiccional en despido disciplinario: §80.

RED

- Notificación mediante el sistema...:
 - * A sujeto distinto al obligado: §54.

REGISTRO DE JORNADA

- Acceso de representantes de trabajadores en cualquier momento: §10.
- Del personal al servicio del hogar familiar: es necesario: §1.

REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

- Acceso a dirección de correo electrónico de la plantilla y protección de datos: §6.
- Acceso, en cualquier momento, al registro de jornada: §10.
- Orden jurisdiccional competente para conocer de problemas electorales:
 - * Cuerpos de seguridad autonómicos: §43.
- Voto telemático en elecciones a...: §24.

RETA

- Revisión de oficio por la TGSS de actos de encuadramiento en el...: §75.

RETRIBUCIÓN

- Del permiso parental: §48
- Vacaciones: inclusión de las dietas de embarque en alta mar: §76.

REVISIÓN DE SENTENCIAS

- Recurso de...: §25.

SANCIONES

- Comunicación con obligada referencia al momento de comienzo de su cumplimiento: §88.
- En el ámbito laboral: principio de tipicidad: §65.

SALARIO

- Bonus salariales: incidencia de los períodos de IT en su percibo: §59.

SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL

- Equiparable a la habitualidad para el alta en el RETA: §74.

SALUD LABORAL

- Deterioro por incumplimiento empresarial de las medidas preventivas: consecuencias: §90.

SEGURIDAD SOCIAL

- Defraudación:
 - * Cómputo restrictivo de la cuantía defraudada: §3.
- Encuadramiento: revisión de oficio de actos de...: §75.
- Prestaciones:
 - * IT: agotamiento y nueva prestación tras 365 días: §50.
 - * IT: Incidencia de estos períodos en el percibo de bonus salariales: §59.
 - * IP: forma de cálculo de prestación para mujer con reducción de jornada por motivos familiares: §32.
 - * IPT: Compatibilidad de dos pensiones sucesivas generadas en Regímenes diferentes: §7.
 - * Cuidado de menor afectado de enfermedad grave: Interpretación finalista del requisito de ingreso hospitalario: §8.
 - * Desempleo:
 - Sin cotización previa a personas trabajadoras empleadas de hogar: §30.
 - Acceso al... para mayores de 52 años desde la renta activa de inserción: §95
 - * Nacimiento: determinación del hecho causante para progenitor declarado por sentencia: §87.
 - * Riesgo durante la lactancia natural:
 - Fecha de efectos económicos: §27.
 - Trabajadora especialmente sensible: §89.
 - * Viudedad:
 - Pareja de hecho: estimación del recurso de revisión: §46.
 - Prestación de... irregularmente mantenida: segundo matrimonio oculto: §83.
- Reta: alta en Seguridad Social: SMI equiparable a habitualidad: §74,

SERVICIOS MÍNIMOS

- Fijados por la empresa: §14.

SEUDONIMIZACIÓN

- Técnica de... para nominar a funcionarios en prórroga de comisión de servicios: §72.

SILLA ERGONÓMICA

- Uso por teletrabajadores: §85.

SUBSIDIO

- Por cuidado de menor enfermo: §8.
- Por riesgo durante la lactancia: §27.

TAQUILLA

- Registro de...: lesión de DF a la intimidad: calificación del despido: §79.

TELÉFONO MÓVIL

- Geolocalización a través del... suministrado por la empresa: §91.

TELETRABAJO

- Menciones que pueden incorporarse al acuerdo de...: §37.
- Modificación sustancial de condiciones de trabajo por variación unilateral de porcentaje de...: §28.
- Órgano jurisdiccional territorialmente competente: §45.
- Prevención de riesgos laborales: uso de silla ergonómica: §85.

TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- Revisión de oficio de actos de encuadramiento: §75.

TIEMPO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

- En prestación de guardia de un empleado del cuerpo de bomberos: §15.

TIEMPO DE TRABAJO

- Desplazamiento al lugar de trabajo: §81.
- No lo es la hora dedicada a la comida si existe real desconexión laboral: §86.

TIEMPO PARCIAL

- Aplicación de cláusulas convencionales en contratos a... que limitan el trabajo en fines de semanas y festivos: §9.

TRABAJADOR

- Concepto desde el punto de vista comunitario: §31

ULTRAActividad

- Concurrencia de convenios en...: §67.

VACACIONES

- Retribución:
 - * Inclusión en la... de las dietas por embarque en alta mar: §76.

VACUNA

- Obligatoria en cumplimiento de normas de prevención: §51.

VIDEOVIGILANCIA

- Deber de información sobre uso de sistemas de...: §23.
- Con control de voz: información específica a los trabajadores: §98.

VOTO TELEMÁTICO

- En elección de representantes de los trabajadores: §24.

La *Revista de Jurisprudencia Laboral* (RJL) es una publicación digital, periódica, independiente, alojada en la web de la AEBOE, accesible en abierto y dedicada al estudio de la doctrina judicial y de la jurisprudencia reciente en el ámbito de las relaciones sociolaborales.

Este *Anuario de Jurisprudencia Laboral 2025* reúne y sistematiza los comentarios aparecidos en todos los números de la RJL correspondientes al año natural indicado en su título. Aparece ahora publicado como libro autónomo de la Colección de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo tanto, en versiones digital y soporte papel.

El *Anuario-2025* contiene cien estudios de otras tantas resoluciones judiciales coetáneas, procedentes de diversos órganos: Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2), Tribunal de Justicia de la Unión Europea (10), Tribunal Constitucional (3), Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (2), Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (5), Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (13), Sala de lo Social del Tribunal Supremo (42), Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (1), Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (10), Sala de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia (11), Juzgados de lo Contencioso-Administrativo (1).

La obra, que viene citándose anualmente con la comunidad laboralista, obedece a una estructura interna común en cada uno de sus apartados, lo que facilita su consulta. Viene acompañada, además, de índices analíticos, sistemáticos y onomásticos.