

DOCUMENTOS E INFORMES

EL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA EN 2024

Por

SECCIÓN JUVENIL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y
DE LA SEGURIDAD SOCIAL ¹

fgomg@unileon.es

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 70 (2025)

RESUMEN: En su undécima edición, el Informe “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en España” ofrece una síntesis de los principales hitos por los que ha transitado el iuslaboralismo a lo largo del último año. En las páginas que siguen, los expertos, integrantes de la Sección Juvenil de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AEDTSS), analizan para usted los principales pronunciamientos judiciales y novedades legislativas en torno cuestiones que abarcan una temática muy variada. En primer lugar, aparece el estudio de las cuestiones relativas a la contratación y el empleo, con especial referencia a la valoración de los tres años de aplicación de la reforma laboral de 2021 en materia de contratos y el nuevo marco jurídico de la UE en materia de transparencia. El análisis prosigue abordando supuestos en los que se dilucida acerca de los derechos laborales inespecíficos, como la protección frente a la discriminación por identidad

¹ Han participado en la elaboración del presente Informe: Francisco Xabiere GÓMEZ GARCÍA (coordinador del Informe); María Carmen ARANDA MARTÍNEZ (coordinadora de la sección de Contratación y empleo), Elena CASTRO SURÍS, Francisco Manuel EXTREMERA MENÉDEZ, Delyana MILENOVA KOSEVA, Rubén PARRÉS MIRALLES, Jaime PIQUERAS GARCÍA, Esther SANCHEZ GARCÍA-NIETO, Tania SERRANO GARCÍA; Francisca BERNAL SANTAMARÍA (Coordinadora de la sección de Derechos fundamentales inespecíficos), Juan ROLDÁN CONESA, José María RUZ LÓPEZ; María GORROCHATEGUI POLO (coordinadora de la sección de Vicisitudes del contrato de trabajo); Guillermo ALONSO CUEVA; Ángel ARES Y GARCÍA; Miriam Judit GÓMEZ ROMERO; Ángel GUILLÉN PAJUELO; Rosa María RODRÍGUEZ ROMERO, Beatriz SÁNCHEZ-GIRÓN MARTÍNEZ; Cristina ROLDÁN MALENO (coordinadora de la sección de Derecho colectivo), Ana GARCÍA GARCÍA, Gratiela-Florentina MORARU, José Enrique RUIZ SAURA, Álex SANS DALMAU; Catalina SMINTINICA (coordinadora de la sección de Protección social), Ana CASTRO FRANCO, Francisco Xabiere GÓMEZ GARCÍA, Irene MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Alicia MORENO NUÑEZ, Francisco Miguel ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE, José Manuel PAZÓ ARGIBAY, Aránzazu ROLDÁN MARTÍNEZ, Andrés URBANO MEDINA; Laura CASANOVA MARTÍN (coordinadora de la sección de Corresponsabilidad), Javier CARBALLO DE JESÚS, Ana DOMÍNGUEZ MORALES, Mónica RICO CASAL; Cristina GONZÁLEZ VIDALES (coordinadora de la sección de Prevención de riesgos laborales), Uxue DEL RÍO ILINCHETA, Florencia JENSEN GARCÍA, Marta NAVAS-PAREJO ALONSO; Julia DORMIDO ABRIL (coordinadora de la sección de Procesal, solución extrajudicial y administración laboral), Manuela ABELEIRA COLAO, María Desamparados BOHÍGUES ESPARZA, Raúl LÓPEZ BAELO, José Alberto RIVAS MORENO y Víctor SÁNCHEZ DEL OLMO.

de género, por edad y por discapacidad. En materia de vicisitudes de las relaciones de trabajo, son atendidas materias como el tiempo de trabajo, las modificaciones sustanciales o la movilidad geográfica. En lo que al derecho colectivo se refiere, son analizados temas recurrentes como el derecho de huelga o la ultraactividad, a la vez que otros más novedosos, como la tensión entre el derecho de información de la representación de las personas trabajadoras y la normativa de protección de datos o la implantación de ciertos protocolos sin negociar con la RLPT. Por su parte, en la sección relativa a la protección social, destaca el estudio de las novedades en materia de cotización y sobre la reforma de los subsidios de desempleo. En materia de corresponsabilidad, poca duda cabe que el tema estrella ha sido el debate a tres bandas sobre el permiso por nacimiento y cuidado del menor en familias monoparentales. Con relación a la prevención de riesgos laborales, los expertos analizan la principal jurisprudencia sobre temas como los recargos de prestaciones, las enfermedades profesionales y los accidentes de trabajo, destacando los causados por situaciones de acoso laboral, además de la considerable nueva normativa, tanto estatal como internacionales, en materia preventiva. Finalmente, los investigadores en materia de derecho procesal abordan, entre otras cuestiones, las novedades jurisprudenciales con relación al impacto de las tecnologías digitales en la prueba del proceso laboral, el registro de los planes de igualdad y, como no, el trámite de audiencia previa en el despido disciplinario.

PALABRAS CLAVE: jurisprudencia; legislación, derecho del trabajo; derecho de la seguridad social; derechos fundamentales; prevención de riesgos laborales; empleo; modalidades contractuales; derecho sindical; corresponsabilidad; prevención de riesgos; derecho procesal.

SUMARIO: I. Contratación y empleo.- II. Derechos fundamentales inespecíficos.- III. Vicisitudes del contrato de trabajo.- IV. Derecho colectivo.- V. Protección social.- VI. Corresponsabilidad.- VII. Prevención de riesgos laborales.- VIII. Procesal, solución extrajudicial y administración laboral.

LABOUR AND SOCIAL SECURITY LAW IN SPAIN IN 2024

ABSTRACT: In its eleventh edition, the Report 'Labour and Social Security Law in Spain' offers a summary of the main milestones in labour law over the last year. In the following pages, the experts, members of the Youth Section of the Spanish Association of Labour and Social Security Law (AEDTSS), analyse for you the main judicial pronouncements and legislative developments in a wide range of issues. Firstly, there is a study of issues relating to recruitment and employment, with special reference to the assessment of the three years of application of the 2021 labour reform on contracts and the new EU legal framework on transparency. The analysis goes on to address cases in which non-specific employment rights, such as protection against gender identity, age and disability discrimination, are discussed. Regarding the changes in employment relations, issues such as working time, substantial modifications and geographic mobility are dealt with. Regarding collective law, recurring issues such as the right to strike or ultra-activity are analysed, as well as other more novel issues, such as the tension between the right to information of workers' representatives and data protection regulations, or the implementation of certain protocols without negotiating with the Employee Representation. The section on social protection includes a study of new developments in contributions and the reform of unemployment benefits. In the area of co-responsibility, there can be little doubt that the star topic has been the three-way debate on childbirth and childcare leave in single-parent families. With regard to the prevention of occupational risks, the experts analyse the main case law on issues such as benefit surcharges, occupational illnesses and accidents at work, highlighting those caused by harassment at work, as well as the considerable new regulations, both national and international, in preventive matters. Finally, researchers in the field of procedural law address, among other issues, new jurisprudential developments in relation to the impact of digital technologies on evidence in labour proceedings, the registration of equality plans and, of course, the prior hearing procedure in disciplinary dismissals.

KEYWORDS: case law; legislation; labour law; social security law; fundamental rights; occupational risk prevention; employment; contractual modalities; trade union law; co-responsibility; occupational risk prevention; procedural law.

SUMMARY: I. Contracts and employment.- II Unspecific fundamental rights.- III. Variation of the employment relationship.- IV. Collective Labour Law.- V. Social Security Law.- VI. Coresponsability.-

VII. Occupational Risk Prevention.- VIII. Procedural Law, alternative dispute resolution and labour administration.

I. CONTRATACIÓN Y EMPLEO ²

1. Introducción

Los diferentes temas que se abordan en este apartado comienzan con la valoración jurídica de los tres años de aplicación de la reforma laboral de 2021 en materia de contratos. Pues bien, una vez transcurrido este periodo desde la entrada en vigor del RDL 32/2021 es posible tener una perspectiva global de cómo ha influido esta norma en el mercado de trabajo. Se obtienen datos relevantes que no tienen que ver exclusivamente con el uso de los contratos temporales, sino también con las modalidades de contratación. Para ello se aportan posibles propuestas que permitan mantener los estándares de estabilidad en el empleo indefinido.

Asimismo, son destacables los importantes cambios se están realizando para la configuración de un nuevo marco jurídico-comunitario en materia de transparencia, con grandes expectativas hacia un mercado de empleo más justo y eficiente. Sobre cuestiones de información y transparencia en el contrato de trabajo y en el mercado del empleo, se analiza la importancia de la Directiva 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles; la Directiva 2023/970, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento; y la recientemente aprobada Directiva 2024/2831, relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas. Un marco innovador que viene a reforzar nuestro ordenamiento laboral en materia de transparencia enfocado a una renovación más justa y eficiente del mercado de trabajo.

Imperiosa es la necesidad del estudio sobre las novedades en torno a la incapacidad permanente y sus efectos sobre el contrato de trabajo. En este apartado se aborda, de forma única y completa, la problemática planteada tras el pronunciamiento del TJUE en el asunto *Ca Na Negreta*, donde se pone de manifiesto el conflicto normativo entre dos preceptos fundamentales: por un lado, el art. 49.1.e) ET, que regula los supuestos de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez como causas de extinción del contrato de trabajo; y, por otro lado, el art. 5 de la Directiva 2000/78/CE, relativa al

² Han colaborado en la redacción de este apartado: María Carmen ARANDA MARTÍNEZ (coordinadora), Elena CASTRO SURÍS, Francisco Manuel EXTREMERA MENÉDEZ, Delyana MILENOVA KOSEVA, Rubén PARRÉS MIRALLES, Jaime PIQUERAS GARCÍA, Esther SANCHÉZ GARCÍA-NIETO y Tania SERRANO GARCÍA.

establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Insta el TJUE al régimen jurídico interno, en relación con la extinción del contrato por incapacidad permanente, a que configure previamente la obligación del empresario de realizar o, en su caso, mantener los denominados “ajustes razonables”. De igual modo, es analizada la repercusión de esta nueva situación respecto a la Seguridad Social (art. 198.2 LGSS), así como la extinción del contrato de trabajo en los supuestos de incapacidad permanente que, en la actualidad, ha sido aprobada por el Proyecto de Ley de 13 de septiembre de 2024, por el que se pretende llevar a cabo una modificación del art. 49.1.e) ET.

Igualmente, encontramos nuevas sentencias de los órganos judiciales relevantes en relación con la contratación y el empleo, como es el caso de aquellos relativos al régimen jurídico del trabajo a distancia, y más concretamente del teletrabajo, donde los pronunciamientos del TS y de la AN están realizando una ingente labor de interpretación sobre el articulado de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (LTD), en lo relativo a la formalización de los acuerdos individuales de trabajo, así como a las cláusulas en las que debe verse reflejado su contenido mínimo, para evitar así el riesgo de una posible arbitrariedad empresarial, asegurando los órganos judiciales que las garantías mínimas de la ley son efectivamente alcanzadas en la práctica.

El estudio de la STS 13 marzo 2024 (rec. 74/2022) aborda la posibilidad de extender el disfrute de las vacaciones del año natural a la semana de Reyes del año posterior, lo cual es una mejora que se incorpora al acervo de derechos de los trabajadores, constituyendo su supresión una modificación sustancial de condiciones de trabajo. Por su parte, la STSJ Cantabria 26 enero 2024 (rec. 867/2023) entra en el debate jurídico sobre si en el cómputo del período de prueba deben tenerse en cuenta los días naturales o los días laborales. Bajo el criterio jurídico solvente que se expone, la sentencia merece una valoración positiva, sin perjuicio de que pueda plantearse cierta problemática respecto a la validez de una cláusula contractual que establezca que el periodo de prueba sea de “30 días de trabajo efectivo”, sobre la cual podría plantearse su nulidad por establecer condiciones menos favorables que las establecidas en el convenio colectivo aplicable.

En cuanto a las novedades en materia de despido individual, se realiza un detallado estudio respecto a varios supuestos de relevante actualidad. En primer lugar, sobre la obligación de realizar ajustes razonables antes de despedir; en segundo lugar, la necesidad o no de la audiencia previa como nuevo requisito formal del despido; en tercer lugar, las novedades en materia indemnizatoria en atención a lo establecido en el Convenio nº 158 OIT y la Carta Social Europea y, en cuarto lugar, otros pronunciamientos en torno a la nulidad e improcedencia del despido individual.

2. Tres años de aplicación de la reforma laboral de 2021 en materia de contratos

Como es conocido, nuestro mercado laboral ha estado marcado históricamente por un elevado recurso a la contratación temporal. Sin embargo, a partir de la entrada en vigor del RDL 32/2021 comienzan a observarse cambios significativos en las tendencias relacionadas con las modalidades de contratación. Los datos más recientes evidencian un descenso en el uso de contratos temporales, acompañado por un incremento en los contratos indefinidos.

Asimismo, las cifras actuales muestran un crecimiento en la utilización de contratos indefinidos fijos discontinuos y un aumento en la rotación dentro del empleo indefinido. Se observa, además, un alza en las relaciones laborales indefinidas de corta duración, aquellas que no superan los 12 meses, así como en los casos de no superación del periodo de prueba y las bajas voluntarias. Aunque algunas de estas dinámicas pueden sugerir que ciertos elementos de inestabilidad propios de la contratación temporal se han trasladado al ámbito de la contratación indefinida, estas circunstancias parecen preferibles frente a la persistencia del empleo temporal de la situación anterior a la reforma. Por otro lado, el auge del empleo fijo discontinuo no parece comprometer la estabilidad en el empleo que caracteriza a la contratación indefinida en comparación con la contratación temporal.

De esta forma, observamos una reducción de la contratación temporal, que se encontraba en un 23-25% con anterioridad a la reforma, pasando a situarse en un 12% en 2024³. Por tanto, las medidas introducidas por el RDL 32/2021 parece que están colaborando a reducir el uso de los contratos temporales, aumentando la contratación indefinida. Aun así, este crecimiento en el empleo indefinido ha generado mayores niveles de rotación en el propio empleo indefinido; aunque el índice de rotación general, el cual incluye la contratación temporal e indefinida, se ha reducido de un 2,72 en 2021 a un 2,26 en 2023⁴, el índice de rotación específico para el empleo indefinido ha aumentado tras la reforma, pasando de un 1,08 a un 1,32 tras su aprobación⁵.

Sobre esta evolución en los contratos de trabajo caben destacar ciertos datos de interés. Aunque parte del aumento de la contratación indefinida es de carácter fijo discontinuo, el empleo indefinido ordinario o permanente ha crecido en gran medida y se mantiene como el contrato predominante dentro del empleo indefinido⁶.

³ Según la EPA (INE) para “Asalariados del sector privado por tipo de contrato o relación laboral, sexo y grupo de edad” del primer trimestre del año, en el periodo de 2002 a 2024.

⁴ Según el informe de 2022 y 2023 sobre el mercado de trabajo elaborado por el SEPE.

⁵ Según el informe de 2023 sobre el mercado de trabajo elaborado por el SEPE.

⁶ Según la EPA del INE en “Asalariados del sector privado por tipo de contrato o relación laboral, sexo y grupo de edad” para el periodo de 2019 a 2024.

A su vez, aunque haya más empleo indefinido existe mayor probabilidad de perder este tipo de empleo, como refleja el aumento del índice de rotación. Parte de la inestabilidad inherente a la contratación temporal se ha transmitido a la contratación indefinida. Esta mayor probabilidad de perder el empleo indefinido se produce principalmente por tres causas: aumentos en la no superación de periodos de prueba, aumento de las bajas voluntarias y un mayor número de relaciones laborales indefinidas con duración inferior al año. Así, observamos que la no superación de periodos de prueba ha pasado de suponer el 3,43% en 2021, a un 18,72% en 2024, del total de las extinciones⁷. De igual forma, las bajas voluntarias, que suponían un 24,28% en 2021, son ahora el 35,49% de los motivos de extinción⁸. El aumento de las bajas voluntarias puede asociarse a una decisión del trabajador en mejorar su situación laboral, entre otros motivos. Por último, observamos que las relaciones laborales con una duración inferior al año han pasado de representar un 4,58% en 2021 a un 11,07% en 2024⁹.

Para mantener los estándares de estabilidad en el empleo indefinido y colaborar en que la rotación artificial en el trabajo no aumente, parece que sería deseable reformular las cuestiones sobre el periodo de prueba, sobre todo la autonomía con la que cuenta la negociación colectiva para ampliar los plazos máximos de dicho periodo. La reforma del despido, a la luz de la Carta Social Europea (revisada), también resulta una oportunidad para reparar de forma adecuada al trabajador con poca antigüedad extinguido de forma antijurídica.

3. Nuevo marco jurídico-comunitario en materia de transparencia: hacia un mercado de empleo más justo y eficiente

La transparencia constituye uno de los pilares fundamentales de cualquier relación de trabajo. Por ende, la garantía de un adecuado nivel de información a la persona trabajadora se convierte en eficaz herramienta contra la inseguridad y precariedad laboral, hacia la mejora de la calidad del empleo. Así parece entenderlo nuestro ordenamiento laboral, al incluir entre el catálogo de obligaciones empresariales el deber de “informar por escrito al trabajador (...) sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral” (art. 8.5 ET). Una exigencia de

⁷ Según los datos de la Base de Datos Estadísticos de la TGSS para “Bajar medias en el Régimen general por causa de baja y tipo de contrato”.

⁸ Según los datos de la Base de Datos Estadísticos de la TGSS para “Bajar medias en el Régimen general por causa de baja y tipo de contrato”.

⁹ Según la EPA del INE para “Asalariados con contrato indefinido por tiempo que llevan trabajando en el empleo actual, sexo y tiempo desde el comienzo o renovación del contrato”, en el periodo de 2017 a 2024.

transparencia e información adecuada que se acentúa ante el surgimiento de nuevas formas de empleo, como el trabajo desarrollado a través de plataformas digitales, en el cual el uso de algoritmos y sistemas de IA determina en buena medida la organización del trabajo.

Consciente de ello, la UE ha elaborado en los últimos años distintas directivas donde incide en el deber de cumplir con unas exigencias de transparencia mínimas en aras a la mejora de las condiciones laborales. Aparece así un renovado marco innovador jurídico-comunitario, dentro del cual encontramos: la Directiva 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles; la Directiva 2023/970, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento; y la, recientemente aprobada, Directiva 2024/2831, relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas.

3.1. Condiciones de trabajo transparentes y previsibles: Directiva (UE) 2019/1152

En febrero de este 2024 fue adoptado el Proyecto de Ley para la transposición de la Directiva 2019/1152, como último de una trilogía de propuestas transpositivas fallidas, en virtud de las cuales ha resultado imposible incorporar a nuestro ordenamiento las garantías de transparencia y previsibilidad previstas por la norma europea. La Directiva, cuyo objetivo se identifica con la mejora de las condiciones de trabajo “mediante la promoción de un empleo que ofrezca una transparencia y una previsibilidad mayores” (art. 1.1), refuerza considerablemente las exigencias empresariales de información. En este sentido, incorpora el deber de la empresa de “informar a los trabajadores sobre los elementos esenciales de su relación laboral” (art. 4.1.), en aras a garantizar una seguridad jurídica mínima.

Un deber cuyo canon de transparencia se ve considerablemente engrosado con la inclusión de nuevas exigencias, como el deber de informar sobre: “la duración y las condiciones del periodo de prueba” (art. 4.2.g) o “el derecho a la formación proporcionada por el empleador” (art. 4.2.h). A su vez, en materia de tiempos de trabajo, se diferencia entre aquellos empleos que presentan un patrón de trabajo “total o mayoritariamente previsible” y los de uno “total o mayoritariamente imprevisible” (arts. 4.2.l y m). En este segundo caso, la información otorgada es más compleja, debiéndose informar sobre: “i) el principio de que el calendario de trabajo es variable, la cantidad de horas pagadas garantizadas y la remuneración del trabajo realizado fuera de las horas garantizadas; ii) las horas y los días de referencia en los cuales se puede exigir al trabajador que trabaje; iii) el período mínimo de preaviso a que tiene derecho el trabajador antes del comienzo de la tarea y, en su caso, el plazo para la cancelación”.

Otros requisitos informativos ya previstos son reforzados, como la exigencia de informar también sobre “la fecha de finalización” del contrato temporal (art. 4.2.e); “de forma separada” sobre los componentes de la retribución, y “el método de pago” (art. 4.2.k); o sobre “el procedimiento, que deben respetar el empleador y el trabajador, incluidos los requisitos formales” en caso de extinción del contrato (art. 4.2.j). De igual modo, se reducen los plazos en los que esta información debe ser proporcionada, en caso de que no figure en el contrato de trabajo. Aquella más significativa, deberá trasladarse “durante el período comprendido entre el primer día de trabajo y, a más tardar, el séptimo día natural”, mientras que el resto, “en un plazo de un mes desde el primer día de trabajo” (art. 5). En cuanto a los medios de información, “el empleador proporcionará por escrito a cada trabajador la información exigida” (art. 3), “en forma de uno o más documentos” (art. 5).

A la espera de su transposición definitiva al ordenamiento español, cuyo plazo máximo finalizó en agosto de 2022, los distintos proyectos de ley adoptados hasta la fecha traen consigo novedades importantes en materia de transparencia, de acuerdo con el contenido de esta Directiva. Buen ejemplo de ello es el reconocimiento del derecho de la persona trabajadora “a conocer por escrito los aspectos esenciales de su relación laboral y a que sus condiciones de trabajo sean previsibles” (art. 4.2.h ET). Por su parte, las distintas exigencias de información contenidas en la norma europea son trasladadas al RD 1659/1998, encargado del desarrollo reglamentario del deber del art. 8.5 ET en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo. Así ocurre respecto de los distintos extremos acerca de los cuales debe informarse a la persona trabajadora (art. 2.2 RD 1659/1998), como respecto de las exigencias acerca del deber de informar por escrito y el momento en el cual se ha de trasladar esta información (arts. 5 y 6 RD 1659/1998), con la excepción del Proyecto de Ley de 2024, el cual se limita a reflejar una habilitación normativa al gobierno en tal sentido.

3.2. *Transparencia en el trabajo en plataformas: Directiva (UE) 2024/2831*

Con posterioridad, en noviembre, tuvo lugar la publicación en el DOUE de la Directiva 2024/2831, relativa a las condiciones de trabajo en plataformas. En esta modalidad de trabajo la transparencia adquiere especial relevancia, pues la mayoría de personas trabajadoras “no tienen acceso a la información sobre el funcionamiento de los algoritmos” (considerando 8), con las consecuencias en términos de precariedad laboral que ello conlleva. En este sentido, la norma señala que las plataformas deberán estar sujetas a obligaciones específicas “en materia de transparencia e información” en relación con el uso de sistemas automatizados empleados para adoptar o respaldar decisiones que afecten a las personas que realizan trabajo en plataformas, gracias a las cuales se eleve

el nivel de transparencia previsto por el Reglamento 2016/679, relativo a la protección de las personas físicas (considerando 44).

Esta necesidad de una mayor información queda expresamente reflejada en el objetivo de la Directiva, identificado con la mejora de “las condiciones laborales y la protección de los datos personales en el ámbito del trabajo en plataformas” mediante, entre otras acciones, “la promoción de la transparencia” (art. 1.1). A tal efecto, la norma reserva su Capítulo III a incorporar garantías en materia de gestión algorítmica, las cuales permitan mitigar la posición de excesiva vulnerabilidad de la persona trabajadora frente al tratamiento por sistemas automatizados de sus datos personales y la toma de decisiones que afecten a sus condiciones laborales. En este sentido, la Directiva señala qué información ha de ser proporcionada y de qué forma, junto con el momento en que debe trasladarse, obligando así a las plataformas a informar sobre el funcionamiento del algoritmo, y cómo su comportamiento afecta a las decisiones tomadas por este (art. 9).

Junto con el deber de informar acerca de la “utilización de sistemas automatizados de seguimiento o (...) de toma de decisiones”, la norma incorpora diversas exigencias informativas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y la organización del trabajo por sistemas automatizados (art. 9.1). Al respecto de lo primero, señala el deber de informar acerca de aspectos como: “las categorías de datos” tratados por sistemas automatizados de supervisión o toma de decisiones; sus “destinatarios o categorías de destinatarios”; “toda transmisión o transferencia de dichos datos personales”; e incluso “la forma en que los datos personales (...) influyen en las decisiones”. En relación con la gestión del trabajo, se ha de informar sobre “los tipos de decisiones respaldadas o adoptadas”; las acciones a través de las cuales los datos de rendimiento son “controlados, supervisados o evaluados”; los parámetros analizados y su peso “en la toma de decisiones automatizada” o incluso “el objetivo del sistema de supervisión y el modo en que el sistema debe lograr dicho objetivo”. Asimismo, se deberán trasladar los motivos de las decisiones “de restringir, suspender o cancelar la cuenta, de denegarle el pago por el trabajo realizado”, así como de todas aquellas que versen “sobre su situación contractual” o tengan “efectos equivalentes o perjudiciales”.

España, al igual que el resto de Estados Miembros, dispone hasta el 2 de diciembre de 2026 para trasponer su contenido a nuestro ordenamiento jurídico laboral (art. 29). Corresponde ahora al legislador español adoptar, a la mayor brevedad, propuestas adecuadas para la trasposición de las distintas garantías previstas por la Directiva 2024/2831 en materia de transparencia, al objeto de que los millones de personas que desarrollan su actividad en plataformas dentro de nuestras fronteras puedan beneficiarse de las mismas.

3.3. *Transparencia retributiva: Directiva (UE) 2023/970 y STS 21 noviembre 2024 (rec. 1302/2024)*

La UE ha centrado su atención en el refuerzo del principio de igualdad retributiva a través del fomento de una mayor transparencia, con la adopción de la Directiva 2023/970, relativa a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres. La norma parte de la premisa de que la falta de transparencia perpetúa la discriminación retributiva por razón del género (considerando 16), mientras que una mayor información facilitará la identificación de sesgos y discriminaciones en las empresas (considerando 11). En este sentido, su objetivo se identifica con el refuerzo de la aplicación del principio de igualdad de retribución por un mismo trabajo o de igual valor, así como la prohibición de discriminación mediante “la transparencia retributiva y el refuerzo de los mecanismos para su cumplimiento” (art. 1).

Su Capítulo II es el encargado de acoger las disposiciones en materia de transparencia retributiva. En él figuran, entre otros, el deber de facilitar a las personas trabajadoras “los criterios que se utilizan para determinar la retribución de los trabajadores, los niveles retributivos y la progresión retributiva”, que deberán ser neutros respecto al género (art. 6); el derecho de las personas trabajadoras a solicitar y recibir información “sobre su nivel retributivo individual y sobre los niveles retributivos medios, desglosados por sexo, para las categorías de trabajadores que realicen el mismo trabajo o un trabajo de igual valor al suyo” (art. 7); o el deber de facilitar a la autoridad competente información relativa a la brecha retributiva por razón del género (art. 9). Unas garantías de transparencia que se extienden de igual modo a los solicitantes de empleo, los cuales podrán recibir informaciones sobre “la retribución inicial o la banda retributiva inicial, basadas en criterios objetivos y neutros con respecto al género, correspondientes al puesto al que aspiran” (art. 5).

España ha sido pionera en la regulación de esta materia gracias a normativa como la LO 3/2007, al art. 28 ET o los RD 901/2020 y 920/2020, si bien la transposición de la Directiva 2023/970 traerá cambios importantes en la gestión de la política retributiva de las empresas en aras a una mayor transparencia. El Gobierno español declaró la incorporación de sus disposiciones a nuestro ordenamiento como una de sus prioridades, con el Plan Anual Normativo de 2024 previendo la adopción del RD encargado de su transposición, pero sin que este haya llegado finalmente a materializarse. En cualquier caso, España cuenta aún con margen hasta el 7 de junio de 2026 para dar cumplimiento a la Directiva 2023/970 (art. 34).

Recientemente, el TS se ha pronunciado al respecto de la obligación de transparencia en el registro salarial y su relación con la protección de datos personales de las personas

trabajadoras en la STS 21 noviembre 2024 (rec. 1302/2024). En ella, declara la inexigibilidad del conocimiento de las retribuciones individuales en los registros salariales, ex. arts. 28.3 ET y 5 RD 902/2020, pues “no existe en el derecho vigente una norma con rango de ley que claramente obligue a incluir en el registro salarial datos que permitan identificar la retribución individualizada de una persona trabajadora”. Para que ello fuese posible, apunta el fallo, así debería “desprenderse de manera inequívoca de la previsión legal”, cosa que actualmente no ocurre. El pronunciamiento debe necesariamente ser puesto en relación con la Directiva 2023/970, a donde el propio TS acude para fundamentar su posición. Sin embargo, ya hay posiciones doctrinales que también se han apoyado en su contenido para debilitar la argumentación del TS, tomando como base la posibilidad de que la representación legal de los trabajadores conozca las retribuciones concretas de las personas trabajadoras (art. 12.3) o de recibir datos individuales (art. 7). En cualquier caso, parece que, debido a la futura transposición de la Directiva 2023/970, se trata de un fallo destinado a tener escaso recorrido pues, cuando esta se produzca, las obligaciones en materia de transparencia retributiva e igualdad deberán ajustarse a un marco normativo actualizado.

3.4. Conclusiones

Como podemos observar, asistimos a la paulatina construcción de un nuevo e innovador marco jurídico-comunitario en materia de transparencia, conducente al refuerzo de los derechos de información de las personas trabajadoras y sus representantes, en lucha contra la precariedad laboral y la discriminación en materia retributiva por motivos de género. Su transposición, aún pendiente en el caso de las tres normas analizadas, incorporará a nuestro ordenamiento laboral un nuevo marco normativo en materia de transparencia, el cual traerá consigo un paradigma de contratación-transparencia renovado hacia un mercado de empleo más justo y eficiente.

4. Novedades en torno a la incapacidad permanente de la persona trabajadora y sus efectos sobre el contrato de trabajo

Como es sabido, uno de los temas candentes en la actualidad, tanto a nivel jurisprudencial, como en el ámbito de la doctrina judicial y científica, ha sido el relativo a la extinción del contrato de trabajo en los supuestos de incapacidad permanente de la persona trabajadora. Tanto es así que la configuración interna de la incapacidad permanente como causa de terminación de la relación laboral, cuya base normativa permanecía inalterable desde la entrada en vigor del ET/1980, ha quedado en tela de juicio. Por ello, en las siguientes líneas, se pretende llevar a cabo una breve recopilación

de los principales hitos que han ido aflorando a lo largo del año, en torno al régimen jurídico de la incapacidad permanente como causa extintiva.

En primer lugar, es necesario partir de la STJUE 18 enero 2024 (C-631/22) *Ca Na Negreta*, acaecida tras la presentación de una cuestión prejudicial por el TSJ Baleares. Esta sentencia del TJUE ha constituido el detonante a partir del cual se ha puesto de manifiesto el conflicto normativo habido entre dos preceptos fundamentales: por un lado, el art. 49.1.e) ET, donde se regulan los supuestos de IP total, absoluta o gran invalidez como causas de extinción del contrato de trabajo; y, por otro lado, el art. 5 Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, donde se consagra el derecho a los ajustes razonables para las personas con discapacidad, con el objeto de otorgar la debida protección a este colectivo de personas en el marco del mantenimiento del empleo.

En concreto, la problemática que se ha planteado en dicha sentencia radica en determinar si el citado precepto del ordenamiento jurídico interno tiene o no encaje en el conjunto de la normativa, tanto internacional, como europea e interna, sobre protección de la discapacidad en el ámbito del mantenimiento del empleo ordinario. En este contexto, el TJUE ha declarado de forma definitiva que la regulación jurídica que ostenta la IP como causa de extinción de la relación laboral, en virtud del art. 49.1.e) ET contraviene lo dispuesto en el art. 5 Directiva 2000/78/CE, el cual debe ser interpretado a la luz de los arts. 2 y 27 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, así como de los arts. 21 y 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁰, ya que dicho precepto interno permite la aplicación automática de los efectos extintivos del contrato de trabajo por el empresario, tras haberse declarado formalmente la situación de IP de la persona trabajadora por el órgano competente para ello. En este sentido, únicamente eran necesarios tres requisitos: en primer lugar, la voluntad unilateral del empresario de proceder a la rescisión del contrato de trabajo; en segundo lugar, el carácter definitivo de la resolución del INSS, por la que se reconoce la situación de incapacidad permanente o, el carácter firme de la sentencia, si dicha resolución se hubiera impugnado judicialmente; y, en tercer lugar, que no se prevea la revisión del grado por posible mejoría de la capacidad laboral. Por otra parte, el TJUE ha entendido implícitamente que el citado precepto del Derecho interno, interpretado en el

¹⁰ En este sentido, no solo se entiende vulnerado el art. 5 Directiva 2000/78/CE, sino también el conjunto normativo que regula la protección de la discapacidad en el marco del mantenimiento del empleo. Cabe destacar así, en el plano internacional, la Convención de Naciones Unidas, de 13 de diciembre de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad; en relación con el acervo comunitario, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 10 de marzo de 2010, junto con la Directiva 2000/78/CE; finalmente, en el ámbito del Derecho interno, el RDLeg 1/2013, de 29 de noviembre, sobre los derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, así como la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

sentido citado, se considera además discriminatorio por razón de la discapacidad, ya que supone una vulneración del principio a la igualdad de oportunidades y no discriminación por razón de la discapacidad¹¹.

En cuanto a las razones que han conducido al Tribunal a resolver la polémica cuestión en el sentido que ha sido expuesto, cabe destacar principalmente tres pilares fundamentales: en primer lugar, ha considerado que los supuestos de IP previstos en el sistema español de protección social se encuentran comprendidos en el concepto de “persona con discapacidad”, entendido en el sentido de la Directiva 2000/78/CE; en segundo lugar, la anterior equiparación justifica necesariamente la aplicación a esas situaciones de todo el acervo normativo que tutela la discapacidad en el ámbito del mantenimiento del empleo, surgiendo así la necesidad de que el régimen jurídico interno de extinción del contrato por IP configure la obligación del empresario consistente en la realización o, en su caso, el mantenimiento de los denominados “ajustes razonables” para este colectivo de personas, que deberá operar como un requisito previo a la terminación de la relación laboral; finalmente, el TJUE recuerda la existencia de una salvedad, consistente en que la obligación del empresario de realizar o mantener estas medidas de ajuste, no debe suponerle en caso alguno la existencia de una “carga excesiva”, ya que, en este último supuesto, se entendería conforme a Derecho, la decisión empresarial de proceder a la extinción del contrato de trabajo.

En definitiva, sin ánimo de ahondar en cada una de las complejas cuestiones que han emanado de la citada sentencia, dado el carácter reducido del presente informe, es posible afirmar que ha surgido la ineludible necesidad de proceder a la revisión y adecuación del régimen jurídico de la IP como causa extintiva de la relación laboral, especialmente, con el objeto de excluir o suprimir la posible automaticidad en la extinción del contrato de trabajo, tras el reconocimiento a la persona trabajadora de una de estas situaciones, lo que venía operando de forma habitual en la práctica, siendo además respaldado por los Tribunales nacionales, con apoyo en el art. 49.1.e) ET. En este sentido, resulta necesario

¹¹ En atención al fallo de la sentencia objeto de análisis, el TJUE recoge el siguiente tenor literal: “El artículo 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, interpretado a la luz de los artículos 21 y 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de los artículos 2 y 27 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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece que el empresario puede poner fin al contrato de trabajo por hallarse el trabajador en situación de incapacidad permanente para ejecutar las tareas que le incumben en virtud de dicho contrato debido a una discapacidad sobrevenida durante la relación laboral, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables con el fin de permitir a dicho trabajador conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirían una carga excesiva”.

establecer determinados límites a la voluntad rescisoria unilateral del empresario, implementando en la norma la obligación empresarial de realizar y/o mantener los ajustes razonables como un requisito previo o, al menos, de acreditar la existencia de una carga excesiva, si se llevara a cabo la ejecución o el mantenimiento de aquellos.

En este contexto de confusión e incertidumbre, ha tenido lugar con posterioridad la STS 11 abril 2024 (rec. 197/2023), como segundo hito más relevante habido en torno a la materia. En ella se ha dilucidado la cuestión relativa a la compatibilidad o no entre la pensión contributiva por IP derivada del sistema de protección social y el ejercicio de una prestación de trabajo; concretamente, en los supuestos de IP absoluta y gran invalidez de la persona trabajadora.

Como es conocido, la normativa de Seguridad Social reconoce la compatibilidad entre la IP absoluta o la gran invalidez y el ejercicio simultáneo de ciertas “actividades”, ya sean de carácter retribuido o no, en virtud del art. 198.2 LGSS. En este sentido, se puede observar de nuevo un problema en la interpretación del citado precepto, que consiste en determinar si se admite por el legislador la compatibilidad entre estas situaciones de IP reconocida y el ejercicio de actividades laborales o si, por el contrario, se refiere a actividades de distinta naturaleza.

En respuesta a esta problemática, el TS se ha pronunciado mediante la unificación de doctrina, declarando la clara y manifiesta incompatibilidad entre los supuestos de IP absoluta y/o gran invalidez y el ejercicio concurrente de trabajos que excedan del ámbito “residual, marginal o accesorio”, lo que se traduce en la posibilidad de la persona beneficiaria de dichas prestaciones económicas de realizar ciertas actividades o tareas de carácter laboral, siempre y cuando las mismas no den lugar a su inclusión en el régimen jurídico de la SS. De esta manera, el actual criterio jurisprudencial que versa sobre la interpretación del art. 198.2 LGSS, se encuentra marcado por un carácter especialmente restrictivo, lo que ha supuesto un retorno a la interpretación primigenia del TS, abandonando por tanto el anterior criterio, más flexible y protector, el cual se orientaba hacia la reinserción socio-laboral de las personas trabajadoras afectadas por una discapacidad sobrevenida durante la vigencia del contrato de trabajo, siendo este último la postura mantenida en su jurisprudencia desde el 2008 hasta el 2024.

En definitiva, tras este cambio de doctrina, las personas declaradas en situación de IP absoluta o gran invalidez, por el órgano competente para ello y mediante el procedimiento correspondiente, de conformidad con la normativa de la SS, no podrán percibir, al mismo tiempo que la pensión, determinadas rentas o salarios que deriven del ejercicio de un trabajo de naturaleza “no accesorio, secundaria o esporádica”, ya que, en palabras del TS, “si no existe esa pérdida de rentas del trabajo porque la situación incapacitante no implica la imposibilidad de obtener las mismas, la prestación no nace porque no concurre situación

de necesidad específica que precise de protección y del esfuerzo social del resto de ciudadanos para la acumulación de ingresos que permitan atender dicha situación de necesidad” (FD 4.2.d.).

Finalmente, como se ha podido observar a lo largo del presente epígrafe, la extinción del contrato de trabajo en los supuestos de IP total, absoluta o gran invalidez, con base en el art. 49.1.e) ET, se encuentra actualmente en fase de cambios, tanto en el ámbito legislativo, como en el plano de la jurisprudencia y doctrina, especialmente tras los últimos pronunciamientos que han sido traídos a colación en el presente trabajo. Tal es así que, en la actualidad, ha tenido lugar recientemente la aprobación del Proyecto de Ley de 13 de septiembre de 2024¹², por el que se pretende llevar a cabo una modificación del citado artículo.

En efecto, el citado Proyecto de Ley se encuentra actualmente en fase de tramitación ante las Cortes Generales, y, entre las principales medidas que se contienen en el mismo, cabe destacar las siguientes: de un lado, la incorporación de una nueva letra n) en el art. 49.1 ET, donde se encontraría recogida la IP como causa de extinción del contrato de trabajo, separando la misma, por tanto, de la causa extintiva por muerte de la persona trabajadora; de otro lado, se sustituye la denominación de gran invalidez por el término “reconocimiento del complemento de asistencia de tercera persona”; en tercer lugar, la configuración del ajuste razonable como una condición necesaria previa a la extinción de la relación laboral o, en su caso, la necesaria acreditación de que ello constituye una “carga excesiva” para la empresa; finalmente, se prevé el establecimiento de un plazo máximo de tres meses, a contar desde la fecha de la notificación del reconocimiento de la situación de IP al empresario, en el cual este último podrá estudiar la viabilidad de llevar a cabo o, en su caso, mantener las medidas de ajuste razonable, o, en caso contrario, decidir finalmente poner fin a la relación laboral en caso de existir una carga excesiva, lo que a juicio de cierta doctrina puede ser calificado como prudente, apropiado y positivo, ya que supone una mayor seguridad jurídica y dota de certeza al cumplimiento efectivo de dicha obligación empresarial.

5. Sentencias de los órganos judiciales relevantes analizadas en relación con la contratación y el empleo

Son analizados a continuación ciertos pronunciamientos sobre trabajo a distancia, vacaciones y el periodo de prueba.

¹² En este sentido, el contenido de este Proyecto de Ley puede consultarse en https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/A/BOCG-15-A-33-1.PDF.

5.1. *En torno al régimen jurídico del trabajo a distancia*

Durante el año 2024 la regulación sobre el trabajo a distancia y, en concreto, del teletrabajo, ha continuado siendo objeto de análisis por la doctrina jurisprudencial. En este sentido, en materia de complementos retributivos se han sucedido sentencias del TS en relación con los habituales debates en torno al vale de comida (STS 19 marzo 2024, rec. 271/2021) o el plus de transporte (STS 11 enero 2024, rec. 344/2021), entre otros. Ahora bien, en lo que respecta propiamente a la regulación del teletrabajo, son principalmente las sentencias de la Audiencia Nacional las que han continuado interpretando el articulado de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, en lo relativo a la formalización de los acuerdos individuales de trabajo, así como a las cláusulas en las que debe verse reflejado su contenido mínimo, sobre los cuales el TS ha tenido también ocasión de pronunciarse al respecto en su STS 26 junio 2024 (rec. 9/2023).

Son estas últimas resoluciones las que se analizan en el presente apartado, dada su relevancia en la regulación del régimen jurídico del teletrabajo manifestado en los acuerdos individuales, en cuya redacción y formalización, a pesar de la respuesta dada por la LTD, permanece un resquicio de riesgo de arbitrariedad empresarial sobre el cual los tribunales deben mantener la mirada, garantizando que las garantías teóricas de la ley son efectivamente alcanzadas en la práctica.

5.1.1. Los acuerdos individuales de trabajo a distancia en la Audiencia Nacional

Las resoluciones analizadas a continuación se centran en la verificación de algunos de los pilares fundamentales de la regulación de la LTD en el desarrollo de los acuerdos de trabajo a distancia, como son el principio de igualdad (art. 4) y la preservación de la voluntariedad entre ambas partes (art. 5).

Sobre el primero, cabe mencionar la SAN 28 junio 2024 (rec. 137/2024), dictada en un supuesto en el que las personas trabajadoras que se encuentran en el ámbito de aplicación del convenio colectivo de la empresa cuentan con unas condiciones de teletrabajo diferentes a las de aquellas enmarcadas fuera del ámbito del convenio. La AN, analizadas las circunstancias concurrentes, considera acreditada la justificación objetiva y razonable de la alegada desigualdad, negando el carácter absoluto del principio de igualdad en materia de teletrabajo y subrayando su necesaria interpretación a la luz de la doctrina constitucional del principio de igualdad del art. 14 CE.

Ahora bien, entre los pilares fundamentales de la regulación del trabajo a distancia, ocupa una posición preponderante la garantía de voluntariedad en la prestación de servicios en esta modalidad, la cual se manifiesta en la obligatoriedad de formalización de los acuerdos individuales de trabajo a distancia. Sobre ello incide la SAN 23 enero 2024

(rec. 287/2023), la cual tiene origen en la demanda de conflicto colectivo interpuesta por Federación de Servicios de CCOO, a la que se adhiere la CGT, contra la empresa *Enterprise Solutions Outsourcing España S.L.U.*, perteneciente al grupo mercantil *DXC Technology*, en la cual toda la plantilla presta servicios a distancia sin que existan acuerdos individuales al respecto. En su lugar, la empresa había adoptado en abril de 2022 un “Modelo de Trabajo Flexible” y, tras requerimientos de la ITSS, formalizado en junio de 2023 un “Acuerdo sobre prestación en materia de trabajo flexible” con la UGT, sindicato minoritario en la empresa.

Tal incumplimiento manifiesto de la LTD respecto a la ausencia de acuerdos individuales promueve la apreciación de la AN relativa a que “el empresario se ha negado [...] a denominar la actividad regulada como trabajo a distancia, empleando el término trabajo flexible, con el objetivo quizá de eludir la aplicación de la normativa adecuada” (FJ 4). Por este motivo, la AN se detiene a analizar la definición dada por la empresa al “trabajo flexible”, concluyendo su inclusión en el ámbito de aplicación de la citada ley, dada su consideración como desarrollo de la prestación de servicios (i) desde el domicilio de la persona trabajadora y (ii) la utilización para ello de las tecnologías de la información.

Aclarada la normativa aplicable, pasa a analizar la falta de formalización de acuerdos individuales. En este sentido, recuerda su doctrina relativa al acuerdo de trabajo a distancia como un “genuino y específico contrato de trabajo” (SAN 10 noviembre 2022, rec. 269/2022, entre otras), rechazando la sustitución del consentimiento expreso por un acuerdo con un sindicato minoritario “que carece de eficacia general y no constituye ni convenio ni acuerdo de empresa de los indicados en la DA 1ª LTD” (FJ 5). Ahora bien, incluso considerándolo parte de la negociación colectiva admitida legalmente, rechaza su virtualidad frente al acuerdo individual, pues tales sujetos colectivos “no disponen en ningún caso de la libre voluntad individual de cada trabajador de prestar servicios bajo esta subespecie contractual” (FJ 5). De este modo, la voluntariedad consagrada en el art. 5 LTD parece no admitir excepciones, salvo las anunciadas por el propio precepto en su apartado primero en relación con “el derecho al trabajo a distancia que pueda reconocer la legislación o la negociación colectiva”. No obstante, en lo que se refiere al papel de esta, parece que queda limitado al previsto en la propia normativa y, en lo que se refiera a la posibilidad de adopción de un modelo convencional de acuerdo de trabajo a distancia, la sentencia confirma la obligatoriedad, en todo caso, de la expresión de consentimiento individual.

Adicionalmente, se pronuncia en relación con el carácter legal imperativo de la percepción de compensación económica, en consonancia con el art. 7 LTD, rechazando su sustitución por compensación equivalente a descanso retribuido, pues la propia normativa no admite en ningún caso una distinta de la económica. Finalmente, la AN se

pronuncia en relación con la distribución del tiempo de trabajo a distancia, prevista “entre un mínimo del 30% y un máximo del 100%”, rechazando toda falta de concreción que “dotaría al empresario de una disponibilidad cuasi arbitraria de esta modalidad contractual” (FJ 6).

Sobre la cláusula relativa a la distribución también se pronuncia la SAN 3 junio 2024 (rec. 289/2023), partiendo de un supuesto similar por cuanto la demanda se interpone frente a la empresa *DXC Technology Spain S.A.*, perteneciente al mismo grupo mercantil que la demandada anterior. Sin embargo, en este caso la empresa había adoptado los correspondientes modelos de acuerdo de trabajo a distancia, motivo por el cual el objeto de análisis es la validez de las cláusulas en ellos recogidas. En concreto, la AN reitera la nulidad de la cláusula relativa a la sustitución de la compensación por gastos con tiempo de descanso retribuido, argumentando de manera idéntica que en la resolución anterior.

Por otro lado, en lo que se refiere a la distribución entre el tiempo de trabajo presencial y el tiempo de trabajo a distancia, se rechaza la admisibilidad de la siguiente previsión: “Las Partes acuerdan que la Persona Trabajadora prestará servicios a distancia el 100% de su jornada laboral, si bien, por necesidades organizativas y de coordinación de proyectos de la Compañía, podrá ser requerida para prestar servicios de forma presencial [...]”. A juicio de la AN, esta cláusula supone una alteración unilateral del porcentaje de trabajo a distancia pactado, no sujeto a la voluntariedad exigida por la normativa y, en concreto, por el art. 8 LTD. Téngase en cuenta que lo discutido en este caso es la fijación y no alteración arbitraria del porcentaje de teletrabajo, lo cual no debe confundirse con que, una vez fijado, sea el *manager* el que determine los días de presencia semanal, como ya admitió la SAN 10 noviembre 2022 (rec. 269/2022). Sentencia que, asimismo, rechazó la imposibilidad establecida en el caso enjuiciado respecto de “sustituir, desplazar o acumular el día de trabajo presencial que debió ser trabajado en régimen de teletrabajo” (FJ 3), por suponer nuevamente una alteración de la distribución del trabajo no acorde con la normativa.

Finalmente, de forma sucinta debe reseñarse la SAN 5 febrero 2024 (rec. 297/2023), la cual incide nuevamente sobre el clausulado ya analizado, resultando especialmente relevante la declaración de nulidad de la cláusula relativa a la entrega del número de teléfono móvil de la persona trabajadora para completar el proceso de autenticación de la compañía. Si bien la Sala lo reconoce como “uno de los procedimientos más difundidos para garantizar la seguridad de las comunicaciones informáticas”, ello no obsta a que, de ser necesario, deba ser la empresa quien facilite los medios precisos al respecto, obligación excepcionada, a juicio de la AN: (i) exclusivamente para dicha finalidad; (ii) en caso de rechazo de la herramienta facilitada; y (iii), bajo consentimiento expreso en todo caso.

5.1.2. Los acuerdos individuales de trabajo a distancia en el Tribunal Supremo: sentencia 26 junio 2024 (rec. 9/2023)

En este año 2024, el TS ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los acuerdos individuales de trabajo a distancia y en particular, sobre la nulidad de determinadas cláusulas, ratificando lo dispuesto por la SAN 12 septiembre 2022 (rec. 204/2022). El recurso de casación, interpuesto por la empresa *Abai Business Solutions S.A.U.*, en un procedimiento instado por la CGT, con la adhesión de CCOO y la CIG, parte de un acuerdo propuesta para la regulación del teletrabajo suscrito por la empresa y los sindicatos UGT, OSTA y USO, en virtud del cual se adoptan los acuerdos de trabajo a distancia, cuyo clausulado es objeto de análisis por el TS.

En primer lugar, se cuestiona la cláusula de reversibilidad en virtud de la cual se establece una regulación diferenciada según esta sea solicitada a instancia de la empresa o de la persona trabajadora, pues, mientras que en el primer caso se prevé su adopción por determinadas causas, en el segundo supuesto se supedita a que “la empresa contestará por escrito informando de la aceptación de la solicitud en atención a sus posibilidades”. Esto supone, a juicio del TS, una ausencia de garantía de la vuelta al trabajo presencial, en claro incumplimiento del art. 5 LTD, de modo que “la reversión solicitada por el trabajador está condicionada a la decisión discrecional del empresario, lo que vulnera el art. 1256 del CC” (FJ 2).

En segundo lugar, incide la Sala sobre la cláusula relativa a la distribución del tiempo de trabajo presencial y a distancia, en tanto que su inciso final señala que “la determinación del tiempo de teletrabajo se realizará por parte de su responsable jerárquico en atención a las necesidades del departamento”. En concreto, la sentencia considera que tal previsión rompe el acuerdo de voluntades requerido legalmente por la LTD, sin que una interpretación global del clausulado permita inducir lo contrario. Adicionalmente, a la vista de que el acuerdo dispone que “las partes se proponen alcanzar un 70% de teletrabajo para el año 2022”, recuerda la Sala la necesidad de cumplir con un parámetro de claridad y precisión en tanto que condición esencial del contrato que debe quedar suficientemente fijada. Es más, el Alto Tribunal llega a acudir al RD 1659/1998, de desarrollo del art. 8.5 ET, a fin de salvar la falta de concreción con la remisión a un convenio o acuerdo colectivo al respecto, inexistente en este supuesto. Todo ello a pesar de que, en atención a la DA 1ª LTD, es obligación del empresario y no tarea de la negociación colectiva la fijación del citado requisito.

Por último, el TS se pronuncia sobre una cuestión dilucidada en su reciente STS 19 septiembre 2023 (rec. 260/2021), relativa a la consideración como tiempo de trabajo de los supuestos de interrupción de la prestación de servicios por situaciones ajenas a la

voluntad de la persona trabajadora. Recuperando parte de lo entonces razonado, considera la Sala que la integración de tal prestación de servicios en un marco específico determina su consideración como tiempo de trabajo, en aplicación (i) tanto del principio de igualdad del art. 4 LTD, pues tal obstáculo tampoco perjudica a quienes prestan servicios presencialmente, como de (ii) la obligación empresarial de facilitar los medios adecuados para el desarrollo del trabajo (art. 11 LTD), máxime cuando, señala el TS, existen vías para corregir tales desconexiones. Adicionalmente, aclara brevemente la competencia del ámbito jurisdiccional social sobre la obligación relativa a la entrega de las copias de los acuerdos de trabajo a distancia a la representación legal de las personas trabajadoras.

De este modo, las resoluciones en materia de trabajo a distancia del año 2024 mantienen como razonamiento de fondo la garantía de la preservación de la persona trabajadora a distancia frente a una posible arbitrariedad en el poder empresarial, para lo cual la exigencia de voluntariedad, manifestada en el marco de un acuerdo de trabajo a distancia acorde con lo dispuesto por la normativa aplicable, se erige como uno de los instrumentos fundamentales al respecto.

5.2. Vacaciones: STS 13 marzo 2024 (rec. 74/2022)

Sin duda, el tiempo de trabajo y, por contraposición, el tiempo de descanso, es una de las cuestiones jurídicas que mayor controversia y litigiosidad genera en el marco de las relaciones laborales. Muestra de ello es la STS 13 marzo 2024 (rec. 74/2022), en la que se resuelve si la medida empresarial consistente en delimitar el periodo de disfrute de las vacaciones anuales en su año correspondiente, excluyendo la semana de Reyes del año siguiente, es una modificación sustancial de condiciones de trabajo (MSCT) de conformidad con el art. 41 ET.

Sobre el supuesto de hecho, interesa destacar que las relaciones laborales en el caso en cuestión se regían a nivel convencional por el XVII CC estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública, cuyo art. 8 preveía en relación con las mejoras aplicables sobre el régimen de vacaciones previsto en el propio convenio que: “se mantendrán como derechos adquiridos a título colectivo las situaciones que pudieran existir a la fecha de la firma de este Convenio que, computadas en conjunto y anualmente, resultasen superiores a las establecidas en el mismo, siempre que no estén expresamente modificadas en el articulado de este Convenio”. A nivel de empresa existía, asimismo, una “Normativa de Vacaciones” publicada en su Intranet que, hasta octubre de 2020, regulaba el período de disfrute de las vacaciones en los siguientes términos: “Las vacaciones han de disfrutarse en el año en curso (se incluye la semana de Reyes del año posterior). Se podrá traspasar de un año a otro un máximo de 5 días, para su disfrute (pero no para su liquidación), y han de disfrutarse durante el primer trimestre del año. En caso

contrario, se perderá el derecho a disfrute y serán eliminadas de la Intranet”. En el mes de octubre de 2020, con motivo de una consulta realizada por una persona trabajadora al departamento de Recursos Humanos, la empresa dio al precepto citado una nueva redacción en la que desaparecía la inclusión de la semana de Reyes del año posterior en el período de disfrute de las vacaciones anuales.

Contra esta actuación empresarial se formuló demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, sobre conflicto colectivo por modificación sustancial del régimen de vacaciones, solicitando que se declarara nula la modificación operada en la normativa de vacaciones relativa a la supresión de la semana de Reyes del año posterior como periodo general de disfrute de las vacaciones. La AN estimó la petición formulada y declaró nula dicha modificación, declarando el derecho de la plantilla a mantener íntegramente tal periodo para el disfrute de las vacaciones anuales. Ante esta condena, la empresa formula el recurso de casación que resuelve la sentencia ahora objeto de comentario, alegando que la supresión en la normativa interna de la posibilidad de disfrute del periodo general de vacaciones, hasta la semana de Reyes del año posterior, no constituye una MSCT en vista de que esa posibilidad constituiría, únicamente, una concesión unilateral de la empresa perteneciente a su poder de dirección, pero no una condición más beneficiosa o un derecho adquirido de las personas trabajadoras.

Para resolver el litigio, el TS se hace eco de la jurisprudencia recaída sobre el concepto de condición más beneficiosa y de MSCT. Así, sobre este último concepto señala, con cita de abundantes pronunciamientos, que aunque no es posible trazar una noción dogmática de MSCT, sino que hay que ir caso a caso, imponiéndose a tal efecto criterios empíricos de casuismo, se han de considerar modificaciones sustanciales, con carácter general, “aquellas que alteran los aspectos fundamentales de la relación laboral, debiéndose valorar, entre otros factores, la importancia cualitativa y el alcance temporal de la modificación y, especialmente, en lo que aquí importa, la intensidad del perjuicio y sacrificio que suponen para el trabajador afectado y los elementos contextuales concurrentes”. En atención a tales criterios, la Sala concluye que la modificación operada por la empresa en la normativa de vacaciones relativa a la supresión de la semana de Reyes del año posterior, como periodo general de disfrute de las vacaciones, no puede ser incardinada dentro del *ius variandi* empresarial, debiendo calificarse de MSCT.

En lo que se refiere al concepto de condición más beneficiosa, el TS comienza reconociendo las dificultades que rodean la detección de su existencia, en vista de que, para alcanzar la conclusión de hallarnos ante ella, se ha de analizar si se da concurrentemente, de un lado, una sucesión de los actos sobre los que se apoya y, de otro, una voluntad inequívoca de la empresa como origen de la citada condición, la cual mejora el marco legal o convencional aplicable, siendo, en fin, la consecuencia de su

apreciación, la incorporación de la mejora al contrato de trabajo. En este sentido, con cita asimismo de abundantes SSTs, señala que para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa “es preciso que esta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión”, de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual “en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho” y se pruebe, en fin, “la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo”. Es la incorporación al nexo contractual de ese beneficio lo que “impide poder extraerlo del mismo por decisión unilateral del empresario; manteniéndose en definitiva el principio de intangibilidad unilateral de las condiciones más beneficiosas adquiridas y disfrutadas”.

Pues bien, habida cuenta de que en el seno del proceso quedó probado que a lo largo de los años de forma constante, repetida y reiterada en el tiempo el régimen de disfrute de vacaciones permitía que el año en curso incluyera la semana de Reyes del año posterior, se concluye que existía de la voluntad empresarial inequívoca de mantener estable y permanente esa mejor condición y que se produjo, por tanto, su incorporación al nexo contractual, sin que pueda, en consecuencia, eliminarse unilateralmente por la empresa, sin seguir el procedimiento del art. 41 ET relativo a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

5.3. El periodo de prueba ¿días naturales o hábiles?: STSJ Cantabria 26 enero 2024 (rec. 867/2023)

El período de prueba constituye una institución fundamental en la relación laboral, regulada en el art. 14 ET. Su finalidad es permitir el conocimiento mutuo y la experimentación de ambas partes del contrato. Para el empresario esto implica la posibilidad de verificar la aptitud e idoneidad del trabajador para el puesto de trabajo y, para el trabajador, la oportunidad de valorar si las condiciones laborales se ajustan a sus expectativas. Durante el período de prueba, cualquiera de las partes puede resolver el contrato de trabajo libremente, sin necesidad de alegar causa y sin derecho a indemnización, configurándose, así como una excepción al principio de causalidad en la extinción del contrato de trabajo.

La duración del período de prueba viene establecida en dicho art. 14 ET, el cual fija unos límites máximos en función del tipo de contrato y la cualificación del trabajador. No obstante, estos límites operan con carácter subsidiario respecto a lo pactado en el convenio colectivo. Al efecto, el convenio puede establecer duraciones diferentes a las previstas estatutariamente, con el límite del abuso de derecho. En todo caso, el pacto de

período de prueba debe ser expreso y por escrito en el contrato de trabajo, debiendo respetar su duración los límites convencionales o, en su defecto, los legales. Por tanto, el contrato no puede empeorar las condiciones convencionales ni legales en esta materia.

Ahora bien, en la práctica a menudo se plantean conflictos en torno a cómo debe computarse el período de prueba cuando el convenio no especifica si los días establecidos son naturales o hábiles. Precisamente esta es la problemática abordada por la sentencia a examen en este epígrafe. En particular, se discute si el período de prueba de 30 días, fijado en el convenio colectivo aplicable, debe computarse en días naturales o en días laborales.

El supuesto de hecho implica a una trabajadora contratada como gerocultora, mediante un contrato eventual por circunstancias de la producción, el cual establecía un período de prueba de “30 días de trabajo efectivo”. El art. 21 del CC aplicable establecía simplemente una duración de “30 días”. La empresa extinguió el contrato por no superación del período de prueba transcurridos 28 días de trabajo efectivo y 39 naturales desde el inicio de la relación laboral. La trabajadora interpuso demanda alegando que, en términos de días naturales, el período ya había expirado y, por tanto, el cese debía calificarse como despido improcedente.

La sentencia de instancia analizó ese art. 21 convencional que establece una duración del periodo de prueba de 30 días, sin distinción alguna, y consideró que la falta de determinación de la naturaleza de los días debe interpretarse a la luz del art. 5.2 Código Civil, esto es, en días naturales y no en días hábiles. Esto implicaba que el desistimiento empresarial del periodo de prueba se había hecho pasados 39 días naturales desde el inicio de la relación laboral, cuando el contrato ya había adquirido carácter permanente y, por tanto, equivalía a un despido que debía calificarse como improcedente. Disconforme con este fallo, la empresa alzó recurso de suplicación sosteniendo que, al especificar el contrato que se trata de 30 días de trabajo efectivo, el cómputo debe efectuarse considerando únicamente los días efectivamente trabajados.

Para resolver la controversia, el TSJ expone las dos corrientes interpretativas que maneja la doctrina judicial en esta materia. La primera interpretación sostiene que cuando la duración se fija en días, deben computarse solo los efectivamente trabajados¹³. Esta línea judicial se fundamenta en la finalidad del período de prueba, que no es otra que la de conocer las aptitudes, condiciones y circunstancias de la otra parte antes de que la relación laboral adquiriera un carácter permanente, y ese conocimiento solamente se produce en los días laborables. El segundo criterio interpretativo defiende la aplicación

¹³ Aplicando esta interpretación, la STSJ Cataluña 10 noviembre 2009 (rec. 4974/2009) y STSJ Comunidad Valenciana 14 febrero 2003 (rec. 3361/2002).

supletoria del art. 5.2 Código Civil, según el cual en el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles¹⁴.

Finalmente, la Sala se decanta por esta última interpretación, que es también la mantenida en la instancia, argumentando que, ante la ausencia de regulación específica en la normativa convencional, procede aplicar supletoriamente el Código Civil, conforme a lo establecido en el art. 4.3 ET. De este modo, la sentencia opta por una interpretación formal frente a una interpretación finalista que atendería al propósito de la institución. Esta solución se presenta también como más respetuosa con los derechos del trabajador, en consonancia con el principio *in dubio pro operario*. Por ello, la sentencia merece una valoración positiva, aportando seguridad jurídica a una cuestión problemática recurrente en la práctica. No obstante, hubiera sido deseable que la Sala se hubiera pronunciado sobre la validez de la cláusula contractual que establece “30 días de trabajo efectivo”, pues podría considerarse nula por establecer condiciones menos favorables que las previstas en el convenio colectivo.

6. Despido individual

En último lugar, son expuestas las novedades sobre el despido individual relativas a los necesarios ajustes razonables, la necesidad de audiencia previa y otras cuestiones como la materia indemnizatoria.

6.1. Sobre la obligación de realizar ajustes razonables antes de despedir

La ya mencionada STJUE 18 enero 2024 (C-631/22) *Ca Na Negreta*, ha concretado el alcance de la obligación de llevar a cabo ajustes razonables en el puesto de trabajo como medida prioritaria y obligatoria antes de proceder al despido de una persona trabajadora con discapacidad. Ajustes que, cabe enfatizar, derivan del modelo social de la discapacidad presente tanto a nivel internacional como europeo.

Pues bien, el supuesto de hecho de la sentencia gira en torno a una persona trabajadora de nacionalidad española que, durante el desempeño de sus funciones laborales, sufrió un accidente de trabajo. A raíz del mismo y tras un período de IT, se le reconoció por el INSS una IP Total. Si bien la empresa empleadora le proporcionó durante la IT, a modo de ajuste razonable, un puesto de trabajo adaptado a sus nuevas circunstancias, la misma optó por extinguir automáticamente el contrato de trabajo tras el reconocimiento de la IP. La conclusión unilateral de la relación laboral por parte del empresario se llevó a cabo con base, en todo caso, en los arts. 48.2 y 49.1.e) ET, los

¹⁴ Ejemplos de este enfoque son la STSJ Aragón 21 diciembre 2006 (rec. 1129/2006) y STSJ Andalucía 17 mayo 2000 (rec. 507/2000).

cuales recogían la posibilidad del empresario de extinguir automáticamente el contrato de trabajo en caso de IP.

El elemento novedoso no es otro que la decisión por parte del TJUE de que no cabe diferenciar injustificadamente entre tipos de discapacidades y, por ende, exigir ajustes razonables del puesto de trabajo en algunos supuestos (IT) y en otros no, permitiendo un despido automático (IP). Por consiguiente, el TJUE concluye que se deberá intentar, en todo caso, integrar ajustes razonables para conservar el empleo de las personas con discapacidad, con independencia de que cuenten o no con una pensión reconocida por parte de la SS¹⁵, o de que la misma se dé en condición de IT o IP Total. La conclusión alcanzada por el Tribunal, como ya se indicó *supra*, estuvo fundada en el efecto útil de la Directiva 2000/78, interpretada de conformidad con la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y en conjunción con la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

A día de hoy, ya ha sido aprobada la propuesta de reforma normativa del Gobierno a favor de la eliminación de las extinciones automáticas del art. 49.1.e) ET. Además, la doctrina legal interna ya ha incorporado a sus sentencias la jurisprudencia del TJUE, siendo posible citar, entre otras, la SSTSJ Asturias 13 febrero 2024 (rec.1836/2023) y 22 octubre 2024 (rec.1400/2024); la STSJ Canarias, Tenerife, 14 junio 2024 (rec.38/2024); la STSJ Cataluña 28 junio 2024 (rec.1957/2024); o la STSJ Murcia 9 julio 2024 (rec.465/2024). Todas ellas tienen en común que inciden en la necesidad de considerar antes de proceder al despido la posibilidad de recolocar al trabajador en otros puestos de trabajo disponibles y adecuados a sus capacidades, siendo dos intentos de recolocación infructuosos suficientes como para entender la obligación de ajustes razonables cumplida y el despido como procedente, según la citada STSJ Cataluña 28 junio 2024.

Como resultado, siempre y cuando no constituya una carga excesiva para la empresa, ésta deberá realizar los ajustes razonables que sean precisos para conservar el empleo de la persona trabajadora, pues, de lo contrario, se estará actuando en contra del derecho de la UE y el despido deberá ser calificado como nulo por discriminatorio.

6.2. La audiencia previa como nuevo requisito formal del despido

El TS, por medio de la STS 18 noviembre 2024 (rec.4735/2023), ha actualizado su posición con respecto a la procedencia o no de entender el art. 7 del Convenio 158 OIT,

¹⁵ Es, no obstante, llamativa, la nueva posición del TS con respecto a la posibilidad de compatibilizar escenarios de IP Absoluta o Gran Invalidez con un contrato de trabajo. Desde la STS 11 abril 2024 (rec.197/2023) no será posible, para personas que tengan reconocida una prestación por IP Absoluta o Gran Invalidez, contraer un vínculo laboral de ningún tipo. Ni siquiera si este es compatible con la discapacidad reconocida (p.ej. trabajar vendiendo cupones para la ONCE).

el cual recoge la necesidad de dar audiencia previa al trabajador con anterioridad al despido, como un precepto de carácter *self-executing*.

Concretamente, la sentencia giraba en torno al despido disciplinario de un trabajador de una Administración Pública que ejercía funciones de profesorado, por llevar a cabo, en palabras de la Sala, actitudes continuadas de carácter degradante y humillante hacia sus alumnas. Pese a que no se discutía en el recurso de casación la legitimidad de la causa del despido, el recurso fue estimado dada la necesidad, de acuerdo con el propio TS, de pronunciarse de nuevo sobre la adecuación de la legislación española al art. 7 C158 OIT. De este modo, tuvo que sopesar si la legislación española cumplía y cumple con las exigencias de ese art. 7 y, en caso de constatar que la legislación española no imponía a la parte empresarial la obligación de escuchar al trabajador de forma previa al despido, pronunciarse alternativamente sobre la posibilidad de aplicar directamente el mencionado Convenio nº 158 OIT.

Tras un análisis de los hechos presentados, el TS concluyó que el requisito formal de audiencia previa no se encontraba, a la fecha, suficientemente garantizado por la legislación española y, además, que este derecho laboral del C158 es de aplicación directa. Los argumentos esgrimidos para ello pueden resumirse en tres: (1) en 1988, año de la primera sentencia o sentencia referencial, donde se entendía que el ordenamiento interno ya cumplía con el art. 7 C158 OIT, todavía no se había aprobado la Ley sobre Tratados Internacionales de 2014, ni establecido inequívocamente el control de convencionalidad por el poder judicial; (2) la anterior línea jurisprudencial del TS entendía que la redacción de ese artículo era suficientemente amplia para poder interpretar como cumplido el presupuesto de audiencia previa de múltiples formas, entre ellas, las oportunidades con las que contaba la persona trabajadora, a la luz del ET, de ser oída tanto en el SMAC como en vía judicial sobre los hechos recogidos en la carta de despido. Cabe destacar que los defectos formales antes de 1994 presuponían la nulidad del despido y ofrecían la oportunidad de revertir eficazmente los efectos del mismo. Esta posición cambia si se tiene en cuenta que, a día de hoy, un despido con deficiencias formales no es ya calificado como nulo sino como improcedente, lo cual pone en duda la posibilidad de restituir eficazmente a la persona trabajadora a su posición anterior al despido, incluso si se reducen de manera significativa sus posibilidades de defenderse legítimamente (p.ej. una carta de despido que incumple con los requisitos exigidos por la normativa); (3) asimismo, el ordenamiento laboral ha eliminado el pago de salarios de tramitación, íntimamente ligados al art. 24 CE y al momento de terminación efectiva de la relación laboral.

En todo caso, se debe advertir que el propio art. 7 C158 OIT, ahora directamente aplicable, matiza que la audiencia previa no será exigible cuando no pueda pedirse

razonablemente al empleador que la lleve a cabo. Excepción que ya ha sido puesta en práctica por el TS en la sentencia aquí comentada, al entender que iría en contra de la seguridad jurídica aplicar el requisito de audiencia previa al presente supuesto de hecho. En particular, ya que, desde la sentencia referencial del TS de 1988, la inmediatez del despido se consideraba como una cuestión pacífica y conforme a la legalidad del ET, por lo que no sería razonable exigir su cumplimiento a la parte empresarial antes del presente pronunciamiento.

La doctrina del TS con respecto a la audiencia previa ya ha sido recibida, lo cual posiciona a la STS 18 noviembre 2024 (rec.4735/2023) como la nueva sentencia de referencia para otras como la STSJ Asturias 28 mayo 2024 (rec.729/2024) o las SSTSJ Madrid 18 julio 2024 (rec.123/2024) y 24 julio 2024 (rec.1089/2023).

Más allá de esto, la STSJ Navarra 6 marzo 2024 (rec. 81/2024)¹⁶ saca a la palestra un nuevo debate nacido a raíz del requisito formal de la audiencia previa: las consecuencias derivadas de su incumplimiento. En particular, la Sala plantea la posibilidad de no vincular la falta de audiencia previa a la improcedencia del despido y de otorgar judicialmente, por el contrario, una compensación específica a la persona trabajadora por incumplimiento empresarial del requisito de audiencia previa ex art. 1101 CC, sobre todo en supuestos en los que el carácter injustificado del despido se extrae claramente de las declaraciones de la persona trabajadora en el juicio. Proceso judicial que, de poder haberse evitado con la realización de la preceptiva audiencia previa, daría lugar al pago de los salarios de tramitación hasta la fecha del juicio. Como quiera que sea, es un debate que sigue abierto y del que se esperan futuros desarrollos jurisprudenciales.

6.3. *Novedades en materia indemnizatoria: C158 OIT y Carta Social Europea*

El 20 de marzo de 2024, el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) resolvió una queja interpuesta contra España por parte de la organización sindical UGT¹⁷, que reabrió la controversia sobre la suficiencia o no de la indemnización recogida en el art. 56 ET en caso de despido injustificado.

En concreto, el CEDS estimó que las indemnizaciones tasadas del ET, calculadas tomando como referencia criterios prefijados, no pueden considerarse una reparación adecuada (ni suficientemente disuasoria) contra los efectos de un despido injusto ex art. 24 Carta Social Europea (CSE). Especialmente, desde el momento en el que una indemnización preestablecida sobre criterios cerrados no tiene en cuenta las

¹⁶ Así como las SSTSJ Navarra 14 marzo 2024 (rec. 440/2023) y 19 marzo 2024 (rec. 2/2024) o STSJ Castilla y León 3 junio 2024 (rec. 1273/2024).

¹⁷ Decisión CEDS Unión General de Trabajadores (UGT) c. España, 20 marzo 2024 (Reclamación núm. 207/2022).

particularidades del caso a tratar, ni permite al juez adaptarse a los particulares efectos perjudiciales que la pérdida de un puesto de trabajo pueda tener para la persona trabajadora. Es importante destacar que la jurisdicción ordinaria, en ejercicio de su control de convencionalidad, ya ha reconocido la necesidad de adecuar el régimen español de cálculo de las cuantías indemnizatorias a las exigencias internacionales contraídas por España. Eso sí, el poder judicial ha optado por derivar la mencionada obligación de ofrecer una reparación adecuada y adaptada al caso individual del ahora directamente aplicable art. 10 C158 OIT, en lugar del art. 24 CSE revisada, al presentar esta última, dudas con respecto a su naturaleza vinculante para España (entre otras, SSTSJ Cataluña 13 febrero 2024, rec.6291/2023 y 22 mayo 2024, rec.177/2024; o STSJ País Vasco 23 abril 2024, rec.502/2024).

A nivel práctico, la aplicación directa por la jurisdicción social del art. 10 C158 OIT, el cual prescribe la necesidad de que la indemnización sea adecuada en caso de despido injusto, ha conllevado el reconocimiento por el poder judicial de indemnizaciones adicionales a las legalmente tasadas. Como resultado, se respeta la legalidad vigente del art. 56 ET, si bien concediendo un margen de discreción judicial adicional para compensar daños que no puedan repararse adecuadamente a causa de los criterios de cuantificación de las indemnizaciones establecidos por el ET. A finales de año se ha llegado a reconocer, en SJS núm. 2 Guadalajara 318/2024, 7 noviembre 2024, una indemnización adicional de 10.000 euros a una persona trabajadora con menos de un año de antigüedad. Debe matizarse que la indemnización adicional no será automáticamente reconocida en todo caso de despido improcedente. Por el contrario, la jurisprudencia reciente concibe a la indemnización adicional como una medida excepcional para cuya concesión debe poder probarse: (1) que la indemnización del ET es claramente exigua para compensar los daños causados; y (2) que se ha dado una flagrante ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho en la decisión de despedir por la parte empresarial; p. ej. SSTSJ Cataluña 13 febrero 2024 (rec.6291/2023), 8 abril 2024 (rec.7540/2023) y 31 mayo 2024 (rec.421/2024); SSTSJ País Vasco 9 abril 2024 (rec.68/2024) y 23 abril 2024 (rec.502/2024); o STSJ Galicia 12 junio 2024 (rec.1362/2024).

Por otra parte, en lo que se refiere al propio método de cálculo de la indemnización adicional, todavía no existe una unidad de criterios. Por de pronto, se ha propuesto como método subsidiario de cuantificación los montantes del art. 281.2.b) LRJS (15 días por año de servicio y máximo de una anualidad) en concepto de lucro cesante, a los cuales se añadirían los daños emergentes acreditados por la parte demandante a tenor del CC (STSJ Cataluña 13 febrero 2024, rec.6291/2023). De todas formas, se pueden encontrar sentencias que precisan el *quantum* indemnizatorio tomando como única referencia las circunstancias del caso particular. En la mayoría de ocasiones, esta forma de proceder se

aplica en casos donde una persona trabajadora ha dejado un puesto de trabajo o solicitado una excedencia voluntaria, en base a una expectativa legítima de ser contratado en otro trabajo y permanecer en el mismo durante un período de tiempo más o menos determinado. En este tipo de supuestos, los tribunales han optado por conceder indemnizaciones adicionales coincidentes con los salarios que se hubiesen percibido de continuar durante el tiempo acordado en el nuevo trabajo (STSJ País Vasco 9 abril 2024, rec.68/2024 o STSJ Cataluña 22 mayo 2024, rec.177/2024). En la misma línea, debe enfatizarse que la prioridad de los tribunales es comprobar si ha habido un daño efectivo, por lo cual, de poder probarse que el trabajador ha conseguido otro puesto de trabajo inmediatamente tras el despido injusto, no procederá indemnización adicional por no ser la indemnización del ET exigua para los daños causados (STSJ Asturias 22 octubre 2024, rec.1502/2024). Para concluir, simplemente añadir que el TS todavía no se ha pronunciado sobre la cuestión de indemnizaciones adicionales por despido, si bien se espera que lo haga en los próximos meses.

6.4. Otros pronunciamientos en torno a la nulidad e improcedencia del despido

Como último apunte en materia de despido individual, deben ponerse de manifiesto un par de sentencias de diversa índole, que, si bien no suponen un punto de inflexión doctrinal como las anteriormente citadas, sí contribuyen a precisar cuál es la correcta aplicación del acervo normativo laboral vigente en España. En primer lugar, la STS 5 junio 2024 (rec. 5761/2022) estima que el registro de los bienes personales de la persona trabajadora, sin la presencia de un tercero, constituye una prueba ilícita que no puede ser admitida en un proceso judicial de despido. En segundo lugar, la STSJ Cataluña 8 febrero 2024 (rec.6817/2023) ha considerado como nulo por discriminación por parentesco el despido de un trabajador por bajo rendimiento, en sintonía con la cláusula abierta del art. 14 CE. En este supuesto de hecho, el elemento de parentesco que dio lugar a la discriminación fue el vínculo de pareja, si bien no matrimonial, entre el trabajador despedido y la jefa de cuadrilla. Aunque la empresa despidió al trabajador por bajo rendimiento, no pudo probar que verdaderamente este hubiese tenido lugar. Especialmente, al estar el trabajador contratado para servicios de limpieza que se desempeñaban de manera conjunta, en equipo, siendo muy difícil individualizar el rendimiento de cada persona trabajadora. Finalmente, es de interés mencionar la STS 15 octubre 2024 (rec.4484/2023), la cual declara procedente el despido de una trabajadora de supermercado por utilizar vales de descuento, de poco valor, destinados a los clientes del establecimiento. Con todo, el TS se apoya para determinar la procedencia del despido en un precepto del convenio colectivo de aplicación al caso concreto, que recogía expresamente como causa de despido la apropiación indebida de artículos promocionales o descuentos destinados a clientes.

II. DERECHOS FUNDAMENTALES INESPECÍFICOS ¹⁸

1. Introducción

La operatividad de los derechos fundamentales y su plasmación en las relaciones de trabajo, por cuenta ajena y dependientes, son aquí revisados nuevamente. Es sabido que estos deben ser ejercitados en el ámbito laboral, dado que las personas trabajadoras, en cuanto a ciudadanos que son, no se pueden despojar de tales derechos en el seno del poder de dirección.

De esta manera, es importante conocer cómo se debe contrarrestar o limitar ese poder de dirección empresarial que no puede ser absoluto en las relaciones laborales. Así pues, son analizados pronunciamientos de interés sobre la materia, al objeto de trazar cómo los derechos fundamentales inespecíficos precisan de esa modulación en el ejercicio cotidiano de la relación laboral pues, de alguna manera, las personas al entrar en el círculo rector del poder empresarial deben adaptar o ponderar el ejercicio de estos derechos con el poder empresarial. Se trata entonces de un equilibrio entre los intereses del empresariado con el ejercicio de los derechos fundamentales de la clase trabajadora. Equilibrio que, en ocasiones, se torna muy complejo, entrañando numerosos conflictos. Un año más, a lo largo de este espacio nos centramos en algunos pronunciamientos y normativas de intenso calado para comprobar la incidencia y la conflictividad de los derechos fundamentales no específicos en la relación laboral.

Así las cosas, el tratamiento de los pronunciamientos judiciales y la normativa en torno a la tutela de algunos de los derechos fundamentales, como parece lógico, seguirá el orden que consagra la Constitución Española, por lo que comenzaremos con un análisis absolutamente necesario sobre la igualdad y la no discriminación por razón de discapacidad, que año tras año forma parte de este informe, siendo un motivo de discriminación persistente en los tribunales. En segundo lugar, también un año más, la controversia que suscita la discriminación por razón de edad. Por último, un acertado enfoque sobre un tema de plena actualidad, como es la igualdad y no discriminación por razón de identidad de género.

2. Protección frente a la discriminación por discapacidad

La discapacidad es un motivo de discriminación recurrente ante los tribunales, a los que arriban conflictos relacionados con la necesidad (y obligación empresarial) de realizar los correspondientes ajustes razonables, exigidos normativamente por el RDLeg 1/2013,

¹⁸ Han colaborado en la redacción de este apartado Francisca BERNAL SANTAMARÍA (Coordinadora), Juan ROLDÁN CONESA y José María RUZ LÓPEZ.

de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de las personas con discapacidad y de su inclusión social; a los derechos de pensión de jubilación anticipada conforme a la normativa de Seguridad Social (STS 23 enero 2024, rec. 732/2021); y las situaciones de incapacidad para el trabajo (STS 29 mayo 2024, rec. 1404/2022). Otros pronunciamientos relacionan con la problemática desencadenada por el diagnóstico y la valoración de las discapacidades en orden a los derechos que la normativa contempla (SSTSJ Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, 24 abril 2024, rec. 101/2023 y 27 junio 2024, rec. 195/2023). Por último, merece la pena destacar la controversia que suscita la adscripción de los trabajadores con discapacidad al convenio colectivo de la empresa en la que prestan sus servicios, y no al convenio colectivo de centros y servicios de atención a personas con discapacidad. Lo cierto es que se trata de una práctica habitual que se debe tutelar con la suficiente contundencia para que no sea una práctica de cesión ilegal de personas trabajadoras (STSJ Canarias, Santa Cruz de Tenerife, 10 junio 2024, rec. 741/2023).

De los conflictos laborales que han llegado a los tribunales en el año 2024 nos ha parecido ilustrativo detenernos en aquellos que plasman la necesidad de arbitrar los ajustes razonables que exige la normativa española, por aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, adoptada el 13 de diciembre de 2006 y ratificada posteriormente por España. La filosofía de la Convención alcanzó a la Unión Europea y parece que tendrá una secuela fundamental en el devenir de la jurisprudencia europea sobre discapacidad.

La STSJ Galicia 10 julio 2024 (rec. 2487/2024) parte de una normativa de aplicación que se concreta en la normativa internacional y europea, como la Convención Internacional referida; la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art.21); la Directiva 2000/78 CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, de establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y en la ocupación; los artículos de la Constitución Española, en conexión con los derechos (algunos fundamentales) que aquí se analizan, como son los arts. 9, 10, 14 y 49 CE; además de la LPRL, en orden a la necesidad de protección de trabajadores especialmente sensibles, pues, en efecto, la adaptación de los puestos de trabajo rige incluso teniendo en cuenta posibles incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos laborales, apreciándose que la empleadora debe implantar medidas para adaptar el puesto de trabajo de la demandante a los problemas de visión que padece.

La actora en cuestión presta servicios como funcionaria de carrera del cuerpo de profesora de educación secundaria, especialidad en Formación y Orientación Laboral y solicita preferencia en horario diurno, no salir ni entrar en el centro de noche y no ir varias veces al día al centro. El fundamento de esta petición descansa en que se le reconoce una

discapacidad sensorial y cuenta con un dictamen médico de apta con restricciones laborales con observaciones relacionadas con la adaptación, en lo posible, de su horario para jornada de horario diurno intentando agrupar su horario y no de turno partido. Otra observación se concreta en las restricciones para realizar guardias de recreo. Respecto a los aspectos puramente ergonómicos, el informe recomienda que las aulas de la docente se encuentren cerca y tengan iluminación adecuada, que pueda usar el ascensor para facilitar su movilidad en el centro y que la profesora pueda conocer los cambios de aulas y de tareas para que se pueda adaptar al mismo.

Con esta petición, y teniendo esta información antes del inicio del curso académico, el instituto en el que presta servicios no efectúa de forma plena la adaptación de los horarios, concretamente no le asigna el horario diurno, continúa realizando guardias de recreo y tampoco realiza los cambios de iluminación necesarios. Al contrario, el instituto sí que permite que realice la jornada de forma continua, le facilita el acceso al ascensor y que todas las clases sean próximas.

Por su parte, la ITSS emite un informe en el que se suscribe que la empresa no ha realizado de manera específica la protección de trabajadora que tiene reconocida la situación de discapacidad sensorial y es especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo. Además, concluye que la empresa no ha cumplido con las medidas previstas en el dictamen del servicio de prevención ajeno.

En primera instancia se estima la demanda presentada por la actora y se condena a la empleadora a adoptar las medidas necesarias para la adaptación del puesto de trabajo de la demandante a la patología que presenta, y, en especial, a adaptar su jornada en el centro educativo a horario diurno, garantizando la buena iluminación del centro, ordenando abonar a la parte actora una indemnización de 7.500 euros “por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales”.

El pronunciamiento se impugna alegando infracción del art. 5 de la Directiva 200/78/CE, en relación a los ajustes razonables. Además, la empleadora se basa en el ordenamiento jurídico gallego, en concreto en la Ley 10/2014, de 3 de diciembre, de accesibilidad, en la cual son definidos los ajustes razonables como “medidas de adecuación del entorno físico y social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que, de manera eficaz y práctica y sin que supongan una carga desproporcionada, faciliten la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de la ciudadanía. Para determinar si una carga es o no proporcionada, se tendrán en cuenta los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga su no adopción para las personas con discapacidad, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda”. Con esta base legal, la parte empleadora

entiende que la imposición de una adaptación de la jornada a un horario diurno es una obligación que excede del concepto de ajuste razonable, con fundamento en las asignaturas que imparte la trabajadora. En la misma línea, señala que tampoco puede evitar el horario de tarde-noche, porque adaptarlo afectaría al resto de profesorado y alumnado, por lo que implicaría una carga desproporcionada. En suma, no se ha acreditado que se le pueda conceder un horario diurno sin modificar el horario de todos los alumnos. Además, la empresa reseña que la trabajadora no pidió un horario concreto, sino tan solo que se respetasen sus condiciones físicas y funcionales, y que tampoco pidió puesto *ad hoc*, sino que simplemente que se cumpliera la normativa preventiva.

Los argumentos del TSJ gallego tienen base en el art. 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el cual establece la prohibición de discriminación por razón discapacidad, entre otros motivos, así como en el texto de la Directiva 2000/78/CE. La norma europea concede un papel esencial a la adopción de los ajustes razonables como un instrumento para combatir la discriminación por motivos de discapacidad. No obstante, cierto es que la Directiva mantiene que esto no se traduce en obligar a contratar ni mantener en el puesto a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para efectuar las tareas fundamentales de las que se trate. Pero no es menos cierto que este argumento se matiza con la necesidad de realizar esos ajustes razonables con medidas eficaces. Por tanto, esas medidas serán necesarias y podrán ser practicadas para adaptar el lugar de trabajo en función de la capacidad de las personas, por ejemplo, adaptando las instalaciones de lugar de trabajo o las pautas de trabajo. Sobre esta última posibilidad volveremos *infra*, al ser la medida que resulta más gravosa y controvertida. El límite que contempla es que esos ajustes no supongan una carga excesiva. La doctrina iuslaboralista se ha encargado de delimitar el alcance de este término, sin poder entrar a fondo en este asunto, es posible determinar que deben considerarse de forma particular los costes financieros que supone la medida y la disponibilidad de fondos públicos y de ayudas, entre otros límites.

Siguiendo con el marco normativo se hace referencia a la Ley 15/2022 de 15 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, en la cual se establece la definición de discriminación directa y donde se incluye que la denegación de ajustes razonables es un motivo para apreciar la existencia de este tipo de discriminación. A tal efecto, entiende por ajustes razonables “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos”.

La cuestión que debate el TSJ Galicia es si los ajustes razonables impuestos por la sentencia de instancia (que serían cuatro: realizar su trabajo en horario diurno; horario continuado; una buena iluminación; y no realizar guardias de recreo) son desproporcionados o indebidos como sostiene la empleadora. La sentencia tiene en cuenta el hecho que, dada la ubicación geográfica de Galicia, el horario asignado a la trabajadora se traduciría en salir, prácticamente durante todo el curso, de noche.

A tal tenor, en la STJUE 11 abril 2013 (C-335/11) *Jette Ring* se argumenta que los ajustes razonables del art. 5 de la Directiva 2000/78 imponen una obligación empresarial autónoma, con entidad propia, que se incardina en el seno de la tutela antidiscriminatoria y que se diferencia de la tutela preventiva en materia de seguridad laboral resultante de la Directiva 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. A continuación, abordamos las dos posibilidades que hubieran permitido que la empleadora cumpliera con esta obligación empresarial.

En relación a la posibilidad de contemplar pautas de trabajo sobre la base de la Directiva 2000/78, se interpreta que el legislador de la Unión no pretende limitar el concepto de pautas (de tiempo) de trabajo para excluir de esta medida el ajuste del horario, de lo que se preconiza una definición amplia de concepto de ajuste razonable. En la determinación de esta medida tendría que ser el órgano remitente quien apreciara verificar si las adaptaciones fueran suficientes para ser consideradas ajustes razonables, cumpliendo así dicho art. 5, debiendo tener en cuenta también los informes de la ITSS y del servicio de prevención ajeno [con fundamentación en la STJUE 11 septiembre 2019 (C. 397/18) *DW Plastiques*].

La sentencia objeto de estudio reprueba la inacción de la empleadora, la cual debió diseñar los horarios de forma previa al inicio del curso, teniendo en cuenta que lo único que solicitó la trabajadora fue entrar y salir del centro con luz. Una opción que resultaba del todo viable teniendo en cuenta la amplitud de horario del centro y el elevado número de profesores que trabajan en él, sin que de ello hubiera resultado una carga excesiva. Este ajuste debió tomarse en tiempo y en forma, algo que no hizo el centro. No matiza la responsabilidad del centro el hecho de que los horarios del centro y el calendario lo elabore un programa informático, pues se hace constar que es necesario un cierto grado de control e intervención humana para garantizar la eliminación de posibles sesgos discriminatorios como el presente.

En este contexto, queda claro que la inacción de la empleadora provocó que las medidas de ajuste posibles ahora sean más gravosas. En efecto, las posibilidades en el ajuste de las pautas de trabajo serían ahora: o bien contratar a otro docente, reduciendo las horas lectivas de la trabajadora (con el efecto negativo de la correspondiente reducción

del salario), o bien que la materia fuera impartida por dos profesores distintos (de la que resultan consecuencias negativas en el orden pedagógico para el estudiantado).

Con apoyo en la doctrina constitucional asentada sobre la discapacidad, por la que se tiene en cuenta que es una circunstancia personal protegida por el art. 14 CE y en la que se instrumentan una serie de medidas para lograr la igualdad de oportunidades y la integración social y profesional de las personas con discapacidad, se destacan las medidas de acción positiva que tienen una estrecha conexión con el mandato del art. 9.2 CE y, de forma específica, con la plasmación en el art. 49 CE, que si bien no reconoce derechos fundamentales, sí que ordena a los poderes públicos que diseñen una política de integración de las personas con discapacidad, amparando para el disfrute de los derechos que ese título otorga a toda la ciudadanía.

Reforzando esta idea, y aplicando la cláusula del art. 10.2 CE, la sentencia otorga una relevancia exegética al articulado de la Convención para entender que la empleadora pudo y debió establecer medidas de ajuste a principios de curso, evitando de este modo que las medidas solicitadas fueran tan gravosas una vez establecidos los horarios del resto de profesores y del estudiantado. El resultado discriminatorio es constatado independientemente tanto si se acredita un propósito de causar perjuicio a la trabajadora por razón de su discapacidad, como si es debido a la acción de la empleadora que como responsable causó esa distinción, exclusión o restricción de los derechos de la trabajadora. El principal argumento que sostiene la sentencia es que la empleadora tiene la responsabilidad de evitar las barreras restrictivas, empleando esos ajustes razonables que eviten el resultado discriminatorio.

3. Protección frente la discriminación por edad

La edad, desde un punto de vista jurídico, es una materia que ha sido y sigue siendo ampliamente tratada y debatida, tanto por el legislador, como por la más autorizada doctrina. Sin embargo, cuando la edad es abordada desde la óptica jurisprudencial, presenta aristas de carácter procesal y sustantivo que podrían ser mejoradas legalmente, pues en determinados casos nos encontramos ante disposiciones ambiguas que dejan abierta la posibilidad a las más dispares interpretaciones de la misma.

En razón a esto, los tribunales se enfrentan a una importante inseguridad jurídica, la cual, hace necesaria la utilización del criterio de la sana crítica para realizar una interpretación lo más adecuada posible de la normativa, dando como resultado una considerable colección de pronunciamientos judiciales diferentes, e incluso contradictorios, por lo que la tutela judicial que finalmente se obtiene resulta distinta aun tratándose del mismo supuesto de hecho.

Dicho lo anterior, podemos traer a colación la reciente STEDH 26 noviembre 2024, Asunto Ferrero Quintana contra España, donde el actor consideraba que había sido vulnerado su derecho a la igualdad de trato por motivo de la edad.

A continuación, de forma sucinta, expondremos el litigio, el cual versa sobre la negación al acceso a un empleo público por cuestión de edad, donde el actor de 35 años presenta su solicitud para ocupar una de las sesenta plazas ofertadas para policía autonómico, entre cuyos requisitos estaba la obligación de ser mayor de 18 años y menor de 35 en el momento de la solicitud.

En primer lugar, y contrariamente a lo que cabría pensar, el actor es admitido de forma provisional como aspirante al cumplir el resto de los requisitos del concurso, basando esta decisión en la futura resolución judicial proveniente de una acción emprendida por otro candidato de igual edad que el actor, el cual había impugnado la condición relativa a la edad.

Tras esto, el actor superó todas y cada una de las pruebas previstas, consistiendo estas en: una primera fase de selección por competición; una segunda de formación de nueve meses de duración; y una tercera fase de prácticas de doce meses de duración. Terminados estos periodos de formación y prácticas, su solicitud fue finalmente rechazada por considerar que superaba los 35 años.

Ante dicha resolución, el demandante inició un procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales al considerar que había sido objeto de discriminación en su derecho de acceso al servicio público en igualdad de condiciones, al haber sido excluido únicamente por su edad. Consideró que la imposición de ese límite de edad era una decisión arbitraria, irrazonable y desproporcionada. Invocó los arts. 9.3, 14 y 23.2 CE, así como la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, por la que se establece un marco general en favor de la igualdad de trato en materia de empleo y trabajo.

En este punto, debemos hacer constar que ninguno de los recursos interpuestos por el actor, fueron admitidos a trámite, en unos casos, por no constituir interés para la jurisprudencia, en otros, por carecer de relevancia constitucional.

Pues bien, a pesar de los distintos pronunciamientos judiciales contrarios a las pretensiones del actor, dos años después de haber sido convocado el referido concurso público y rechazada su incorporación, el demandante es admitido para cubrir plaza de funcionario interino en el mismo cuerpo policial debido a la creación de una bolsa de trabajo de agentes temporales. Con posterioridad, tras una modificación legislativa que permitía la contratación de todos los candidatos que hubiesen aprobado los concursos públicos convocados en los tres años anteriores, y que se les hubiese negado su incorporación por motivo de la edad, el actor es finalmente nombrado agente de policía de la Comunidad Autónoma.

Tras esto, podríamos considerar concluso el asunto, sin embargo, el actor vuelve nuevamente a presentar una demanda al no haber podido participar en el concurso público de ascenso a la categoría de suboficial de segundo grado, convocado en 2022, por falta de antigüedad suficiente dentro del cuerpo policial, pretendiendo que su no incorporación en diciembre de 2016, por razón de su edad, debía considerarse como un periodo de tiempo efectivo de antigüedad para presentarse a este nuevo concurso.

En este contexto, con la intención de poner de manifiesto la disparidad de pronunciamientos judiciales relativos a la edad de los aspirantes en el acceso a determinados empleos públicos, se ilustrarán algunos de ellos:

En lo que interesa al caso, la STJUE 13 noviembre 2014 (C-416/13) *Vital Pérez contra Ayuntamiento de Oviedo*, dictaminó que exigir un límite de edad de 30 años para el acceso a un puesto de agente de la policía local constituía una exigencia desproporcionada y, por tanto, contraria al Derecho de la UE, justificando dicha decisión en que las pruebas físicas organizadas en el marco del concurso destinado a cubrir las plazas de policía local fueron suficientes para garantizar la condición física adecuada requerida para el ejercicio de su profesión, independientemente de la edad del aspirante. Sin embargo, en el asunto C-229/08, *Wolf contra Stadt Frankfurt am Main*, el TJUE estimó que el límite de edad de 30 años impuesto para determinados puestos del cuerpo de bomberos no era contrario al Derecho de la UE y, más concretamente, a la Directiva 2000/78/CE, al entender necesario que la edad de una persona está vinculada de forma directa con la capacidad física requerida para el desempeño de esta profesión.

En lo relativo al TC, este declaró en la STC 37/2004, de 11 de marzo, que era inconstitucional, y por tanto injustificado fijar una edad máxima de admisión a las pruebas de acceso a la Administración Local. Sin embargo, en la STC 29/2012, de 1 de marzo, consideraba legítimo limitar el acceso a puestos superiores dentro de un cuerpo policial local para aquellos funcionarios que le restasen diez años para ser encuadrados dentro de la denominada “segunda actividad”.

En esta misma línea, el TS ha confirmado en varias de sus sentencias, entre las que cabe destacar la STS 31 enero 2006 (rec. 2202/2000), que la fijación de una edad máxima para el acceso a puestos de mando policiales no estaba justificada, ya que nada impedía a los funcionarios de ese grado ejercer sus funciones desde esa edad hasta la edad de jubilación. Sin embargo, *a sensu contrario*, consideró en la STS 25 septiembre 2017 (rec. 2637/2015), la legalidad de establecer límites de edad en diversas convocatorias y reglamentos de varios cuerpos policiales locales que habían sido impugnados, bajo la justificación de la necesaria sustitución de la plantilla por personas más jóvenes, de conformidad a la interpretación realizada del art. 4.1 Directiva 2000/78/CE.

Finalmente, el TEDH, en la sentencia aquí ya mencionada, llegó a la conclusión que considerar la imposición de un límite de edad podría estar justificado en este asunto, y por tanto objetivo y proporcionado, al estimar necesario mantener un equilibrio entre las edades de los solicitantes. Sin embargo, considera adecuado que dicho límite de edad se vea incrementado progresivamente, puesto que en determinadas ocasiones una menor edad no conlleva necesariamente un mejor desempeño profesional.

Como conclusión, es de suma importancia tener presente que la CE preceptúa que la selección para el empleo público se rige por los principios de mérito, capacidad e igualdad. Sin embargo, esta última condición no se cumple de forma uniforme en todos los casos, pues como se ha indicado, cuando se trata del acceso a determinados empleos en la función pública, la edad del candidato también actúa como un factor decisorio, amparado legalmente tanto por la normativa comunitaria como el propio Derecho interno, lo cual, da lugar a un importante número de litigios, ocasionados estos principalmente por la propia imprecisión del ordenamiento jurídico y, por ende, posibilitando la realización de múltiples interpretaciones.

4. Protección frente a la discriminación por identidad de género

La relevancia de la STC 81/2024, de 3 de junio y, por ende, la oportunidad de su análisis, pivota en torno a dos singularidades: de un lado, continúa (que no inicia) el diálogo constitucional en torno a la identidad de género y su impacto en las relaciones laborales; de otro lado, en el terreno fáctico, confluyen multitud de elementos que aumentan la complejidad del litigio, al mismo tiempo que incrementan su interés jurídico. En consecuencia, previo examen de la fundamentación jurídica barajada por el TC (apdo. 3), conviene contextualizar la protección -legal y jurisprudencial- respecto al principio de igualdad y no discriminación por razón de identidad de género (apdo. 1), para seguidamente cartografiar los aspectos más relevantes del supuesto de hecho (apdo. 2).

4.1. La protección jurídica de la identidad de género

A través de la presente resolución, el TC continúa la senda iniciada por la STC 67/2022, de 22 de junio. Además de las similitudes fácticas entre ambos conflictos laborales, surgidos a raíz de extinciones contractuales donde se cuestionaba la discriminación por identidad de género, el pronunciamiento objeto de análisis, tras constantes remisiones, apoya su fundamentación en la antes mencionada STC 67/2022. Tal vinculación no resulta extraña si se tiene en cuenta que tal pronunciamiento, por primera vez en sede constitucional, deslinda conceptos de sexo, género, identidad de género y transexualidad, precisamente en el marco de la extinción de una relación laboral.

Dicha doctrina constitucional constituyó la antesala -y, hasta cierto punto, el acicate- del incremento de protección jurídica de la identidad de género a nivel legislativo. Como botón de muestra, bastaría con mencionar la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación; 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, además de su reciente desarrollo legislativo, instrumentalizado a través del RD 1026/2024, de 8 de octubre, por el que se desarrolla el conjunto planificado de las medidas para la igualdad y no discriminación de las personas LGTBI en las empresas.

Si bien las normas recién descritas no son de aplicación al litigio por motivos temporales, la STC 81/2024 forma parte de un contexto de protección jurídica multinivel respecto a la identidad de género, sin precedentes hasta la actualidad. Ante tal paradigma, el pronunciamiento en liza consolida los avances planteados por la STC 67/2022, al mismo tiempo que permite evaluar su verdadero alcance e impacto en la realidad social o, al menos, en el proceso laboral.

4.2. Antecedentes fácticos y procesales

El supuesto de hecho que desencadena el litigio va más allá de la mera de extinción del contrato de trabajo de una persona transexual. El relato fáctico se compone de una serie de complejas circunstancias jurídico-laborales. Entre los antecedentes de hecho, minuciosamente detallados en tres páginas de la sentencia, sería oportuno subrayar los siguientes aspectos.

En primer lugar, la relación laboral se instrumentaliza a través de un contrato de interinidad, suscrito el 9 de agosto de 2007, cuya extinción estaba condicionada a la cobertura del puesto a través del correspondiente procedimiento de empleo público. En este escenario, la trabajadora, recurrente en amparo, prestaba servicios para la Consejería de Cultura, Deporte y Turismo de la Junta de Andalucía, con destino en el Museo Arqueológico de Córdoba. Con fecha 8 de junio de 2017, se notifica a la trabajadora la extinción de su relación laboral como consecuencia de la resolución del correspondiente concurso de traslados convocado el 12 de julio de 2016 por la Dirección General de Recursos Humanos y Función Pública de la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía. Antes de que se produjera la comunicación extintiva, en diciembre de 2016, la trabajadora interpuso una demanda solicitando el carácter indefinido de su relación laboral, pretensión desestimada por SJS núm. 2 de Córdoba, 28 julio 2017.

En segundo lugar, la trabajadora fue intervenida quirúrgicamente de la columna, lo que desencadenó un reconocimiento de discapacidad del 36 por 100. En consecuencia, el 15 de septiembre de 2014, la trabajadora solicitó la adaptación del puesto de trabajo requiriendo el correspondiente sillón ergonómico. En febrero o marzo de 2016,

aproximadamente un año y medio después de la petición, el sillón fue entregado. Según los hechos probados, el retraso se debe, entre otras razones, a que la directora acordó la devolución de un sillón por razones corporativas, al ser naranja en lugar de negro. Sin embargo, como relata la sentencia, en otros supuestos en los que algunos trabajadores del museo necesitaron un sillón ergonómico, la solicitud fue atendida en tres o cuatro meses, permitiendo el uso de sillones de distinto color (rojo en ese caso).

En tercer lugar, en una fecha que no consta en autos, la trabajadora comenzó un proceso de transición de género que, según la sentencia, tuvo incidencia en la relación laboral en dos aspectos: de un lado, coincidiendo con su proceso de transición de género, a la trabajadora no se le permitió hacer visitas guiadas y talleres de niños, así como estar en el patio controlando y ayudando a los visitantes, encomendándosele únicamente la expedición de billetes de entrada; de otro lado, la trabajadora solicitó en su centro de trabajo ser llamada Lucía, conforme a su género. Mientras que algunos compañeros así lo hicieron, otros -entre los que se encontraba la directora del Museo- se negaron hasta que no constase el cambio de nombre en su documentación. Ante tal situación, la trabajadora dirigió un escrito a la Delegación territorial de la Consejería y a la directora del Museo Arqueológico de Córdoba solicitando el reconocimiento de su identidad de género y el tratamiento conforme a la misma. Tras la intervención de la Delegación territorial, la directora del museo emitió un comunicado al personal, vía correo electrónico, en virtud del cual «tanto por solicitud de la persona interesada como por comunicación de la Delegación Territorial, se informa que la identidad de género libremente determinada por J.M. López Lozano (Lucía) es que se le identifique por el nombre de Lucía, lo que se traslada para conocimiento de todo el personal, al objeto de que nuestra compañera sea identificada por el citado nombre de Lucía y, consecuentemente, tratada de acuerdo con su identidad de género».

Ante este contexto, el 11 de julio de 2017 -recuérdese, tras la comunicación de la extinción de la relación laboral- la trabajadora interpuso una segunda demanda por despido, interesando la nulidad del despido como consecuencia de la discriminación por su condición de persona transexual y por la vulneración de la garantía de indemnidad, en línea con la reclamación judicial previa y, subsidiariamente, solicitaba la improcedencia del despido. Por SJS núm. 4 de Córdoba, 31 julio 2018, fue desestimada la pretensión de nulidad, declarándose la improcedencia del cese. Tanto la trabajadora como la Consejería interpusieron recurso de suplicación ante el TSJ Andalucía, órgano que desestimó el recurso de la trabajadora y estimó el recurso de la parte empleadora. En consecuencia, la STSJ Andalucía, Sevilla, 24 junio 2020 (rec. 241/2019), reconoció la procedencia del cese contractual. Ante tal resolución, la trabajadora interpone recurso de amparo, que desemboca en el pronunciamiento objeto de análisis. La demanda de amparo se

fundamenta en la vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación (art. 14 CE) en relación con el art. 10.1 CE, así como en la vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación (art. 14 CE) en relación con el art. 10.1 CE.

4.3. *Fundamentación jurídica*

Para comenzar, el TC sostiene que la queja relativa a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en la vertiente de la garantía de indemnidad, “carece de sustantividad propia y resulta puramente formal e instrumental respecto de la referida al derecho a no ser discriminada por su identidad de género, por lo que debe entenderse subsumida en el art. 14 CE”. Ello explica que, en efecto, el núcleo de la fundamentación jurídica gira en torno a la discriminación por identidad de género y su impacto en la extinción del contrato de trabajo.

A pesar de la solicitud de la Junta de Andalucía en sentido contrario, el Tribunal confirma la concurrencia de la especial trascendencia constitucional, sobre la base de que “el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal”. Sin embargo, resulta llamativo que, a renglón seguido, el Tribunal no solo mencione la STC 67/2022, sino que se remita expresamente a su fundamentación para defender una conclusión idéntica: la identidad de género como una de las causas de discriminación prohibidas por el art. 14 CE. Se advierte así, a nuestro parecer, una clara intención del TC por consolidar el avance introducido en la mencionada sentencia de 2022.

En esta dirección, la STC 81/2024 reconoce la incardinación de la identidad de género entre las causas de discriminación prohibidas en el art. 14 CE y su proyección en el ámbito de las relaciones laborales. Para ello, como se ha mencionado *supra*, el pronunciamiento objeto de análisis se remite a la fundamentación de la sentencia anterior y su diálogo con la doctrina constitucional nacional y supranacional.

Respecto al núcleo de la sentencia de amparo, esto es, la proyección al caso de la doctrina expuesta, el TC admite la necesidad de seguir el método de análisis de aquella sentencia (y de tantas otras, añadiríamos nosotros), consistente en analizar la existencia indicios que permitan activar la inversión de la carga de la prueba. A este respecto, el Tribunal reconoce que la conflictividad entre la trabajadora y la directora del Museo en lo relativo a su identificación como mujer puede considerarse un indicio o sospecha exigido para accionar la inversión probatoria. En sentido contrario, rechaza que el retraso en la adaptación de puesto de trabajo o la imposibilidad de realizar visitas guiadas ni talleres para niños puedan ser consideradas elementos indiciarios.

Admitida la inversión de la carga probatoria, el TC admite que la actuación de la Delegación territorial y de la Consejería no plantea “atisbo de discriminación” en virtud de

la “la rápida aceptación de la pretensión de la recurrente y la inmediata adopción de medidas para el reconocimiento de la identidad de género manifestada”. Respecto a la extinción de la relación laboral, “la causa del cese de la recurrente no tuvo que ver con los desencuentros iniciales con la directora del museo sobre el reconocimiento de su identidad de género, sino con la resolución del concurso de traslados convocado por la Dirección General de Recursos Humanos y Función Pública de la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía”. En consecuencia, el TC rechaza que la finalización del contrato de trabajo suponga una discriminación por razón de identidad de género, desestimando así la petición de amparo.

Teniendo en cuenta la naturaleza sumaria de este análisis, conviene esbozar unas breves reflexiones finales. A nivel macro, la STC 81/2024 reconoce y consolida que, al margen o en paralelo a los avances legales, la identidad de género merece la calificación de causa de discriminación prohibida por el art. 14 CE; extremo que, a efectos procesales, permitiría accionar la inversión de la carga de la prueba. A partir de este punto, no obstante, las consecuencias prácticas dependen del concreto supuesto de hecho. A nivel micro, no sería descabellado sostener que la estrategia de defensa de la trabajadora podría haber centrado su atención no tanto -o no tan solo- en la validez de la causa de extinción, sino en un presunto tratamiento discriminatorio y acoso laboral, siguiendo el cauce procesal de los arts. 177 y ss. LRJS. Si bien la propuesta a posteriori de una estrategia procesal alternativa pueda carecer de utilidad, sírvase como mera orientación para eventuales litigios del todo probables teniendo en cuenta la persistente discriminación por identidad de género en el ámbito laboral.

III. VICISITUDES DEL CONTRATO DE TRABAJO ¹⁹

1. Novedades en materia de tiempo de trabajo

Otro año más, el tiempo de trabajo ha sido una cuestión de amplia litigiosidad en los diferentes tribunales, incluyéndose una elevación al TJUE. En este sentido, como se sabe el tiempo de trabajo es un elemento esencial en la relación laboral. Así. para la parte empresarial supone una serie de limitaciones, obligaciones legales y convencionales, pero, a su vez, permite prevenir el agotamiento de las plantillas y evitar efectos negativos tales como la bajada en la productividad, el absentismo u otro tipo de vicisitudes; para las personas trabajadoras, la delimitación del tiempo de trabajo permite claridad a la hora de

¹⁹ Han colaborado en la redacción de este apartado: María GORROCHATEGUI POLO (coordinadora); Guillermo ALONSO CUEVA; Ángel ARES Y GARCÍA; Miriam Judit GÓMEZ ROMERO; Ángel GUILLÉN PAJUELO; Rosa María RODRÍGUEZ ROMERO y Beatriz SÁNCHEZ-GIRÓN MARTÍNEZ.

diferenciar su vida personal y su faceta profesional prestando servicios para la persona que es su empleadora y, también, impone el tiempo que deben dedicarle a estos aspectos.

Además, y como se ha dicho en numerosas ocasiones, también en informes precedentes a este, el tiempo de trabajo es dicotómico, es decir, existe tiempo de trabajo efectivo, de un lado, y tiempo de descanso, por otro, sin que se admitan categorías híbridas u otro tipo de denominaciones posibles. Sentadas estas bases, este apartado va a tratar diferentes aspectos en relación con el tiempo de trabajo, diferenciado en siete categorías.

En primer lugar, tendríamos el bloque de tiempo de trabajo y tiempo de disponibilidad, el más litigioso, que se puede subdividir a la vez en: a) la delimitación entre tiempo de trabajo y tiempo de disponibilidad desde el TJUE; b) qué es tiempo de trabajo con novedades en la jurisprudencia; c) qué no es tiempo de trabajo con nuevas aclaraciones por parte de la jurisprudencia y la doctrina judicial; d) el preaviso en la distribución irregular de la jornada de trabajo; e) nuevamente el registro de jornada es un tema objeto de polémica, pero en este caso en relación con la MSCT; y f) el tiempo de trabajo y las prescripciones técnicas. En segundo lugar, estarían las horas extraordinarias, con una menor litigiosidad, pero donde este año existen interesantes asuntos sobre su remuneración y compensación híbrida o mixta. En tercer lugar, y de manera menos relevante en número de pleitos, aunque no en contenido, el establecimiento de límites del contrato a tiempo parcial para diferenciar esta modalidad contractual de una contratación a tiempo completo encubierta. En cuarto lugar, la antigüedad en los fijos-discontinuos es otra materia objeto de análisis cuando se adquiere la condición de funcionario en conexión con la antigüedad laboral previa. En quinto lugar, el trabajo a turnos y los ritmos de trabajo han sido objeto de análisis jurisprudencial en el preaviso –cuestión que vemos en otras materias y que parece haber sido algo reiterativo este año–. En sexto y último lugar, todo lo relacionado con los permisos y licencias, donde nos encontramos con una sentencia que insiste en la naturaleza de los permisos y las matizaciones sobre el permiso por hospitalización de familiares (ámbito objetivo, número de días de disfrute o momento de inicio del disfrute).

Comenzando con el tiempo de trabajo y con el tiempo de disponibilidad, recientemente el TSJ Comunidad Valencia elevó al TJUE un pleito, en su sentencia 24 enero 2024 (rec.17/2023), sobre la naturaleza de qué se considera tiempo de trabajo y tiempo de disponibilidad sobre la siguiente cuestión: ¿el tiempo de desplazamiento que realizan los trabajadores con vehículo de la empresa al iniciar y finalizar la jornada desde la base a la micro-reserva o tajo en el que realizan sus funciones y desde este hasta la base constituyen tiempo de trabajo de acuerdo al art. 2 de la Directiva 2003/88/CE? Esta cuestión prejudicial es presentada en relación con el contexto de la empresa VAERSA, la cual ha recibido como encargo, en un pliego de condiciones administrativas de la

Comunidad Valenciana, la realización de actividades en el medio natural de toda la autonomía. Los trabajadores son divididos en brigadas en diferentes provincias. En el acta de la comisión negociadora de VAERSA de 15 de junio de 2018 se acordó lo siguiente: “La Dirección introduce el tema de computar el 50% del tiempo de los desplazamientos del personal sin centro de trabajo como tiempo real de trabajo (como ya ocurre en algún colectivo)”. Desde el inicio de la ejecución de esta encomienda de la gestión de la biodiversidad, VAERSA computa como tiempo de trabajo efectivo, al colectivo de biodiversidad, el desplazamiento diario hasta el tajo desde el punto de salida o base, pero no así el desplazamiento diario desde el tajo hasta el punto de salida o base al finalizar la jornada. Por lo tanto, el objeto del litigio es si, como alude el sindicato demandante, debe declararse como un derecho del personal de biodiversidad que se compute como tiempo de trabajo efectivo el empleado en los desplazamientos efectuados con vehículo de la empresa desde la base al tajo (al inicio de la jornada). Siendo, como se ha dicho, una cuestión aún sin respuesta por el TJUE.

Continuando con qué debe considerarse tiempo de trabajo, apuntar que la STS 26 junio 2024 (rec. 163/2023), acogiendo la STJUE 10 septiembre 2016 (asunto C-244/14) *Tyco* y trasladándola a nuestro ordenamiento, ha sentenciado que dicha doctrina “no implica que, siempre y en todo caso, se aplique la solución en ella contenida según la cual es tiempo de trabajo el destinado por los trabajadores desde su domicilio hasta el primer usuario y desde el último usuario hasta el del trabajador, ya que tal solución depende de las circunstancias concurrentes y de la normativa aplicable”, rechazando así una solución categórica.

Por otro lado, y sobre qué no debe considerarse tiempo de trabajo destaca la STS 22 mayo 2024 (rec. 3911/2021), la cual ha rechazado que un infarto con consecuencia de fallecimiento en los vestuarios, antes de fichar y comenzar el turno de trabajo, no puede considerarse dentro del tiempo de trabajo y, por ende, un accidente laboral. De hecho, y remitiéndose a otros pronunciamientos anteriores, se insiste en que “para que se entienda como accidente trabajo ocurrido en los vestuarios...es preciso haber fichado e iniciar la jornada”, siendo estos dos elementos inexistentes en esta casuística.

En tercer lugar, la STS 14 marzo 2024 (rec. 96/2022) ha reiterado, como venían haciendo otras sentencias precedentes del mismo tribunal, que el preaviso para la distribución irregular de la jornada que se configura “como mínimo” de cinco días de acuerdo al art. 34.2 ET, al ser tal mínimo una norma de derecho necesario que los convenios colectivos deben necesariamente respetar, estos tienen vedado establecer un preaviso inferior a esos cinco días.

Más interesante resulta, la STS 24 septiembre 2024 (rec. 236/2022) que, en materia de cumplimiento del registro de jornada, cuestión muy litigiosa desde su obligatoriedad y que

aún lo es, ha hecho una excelente síntesis del marco normativo nacional y también de la doctrina del TJUE, siendo interesante toda su lectura, dada la limitación espacial de este informe, únicamente enfatizaremos que para que un sistema de registro de jornada sea objetivo, flexible y accesible, debe ofrecer a los trabajadores “un medio particularmente eficaz para acceder de manera sencilla a datos objetivos y fiables relativos a la duración efectiva del trabajo que han realizado y, por lo tanto, puede facilitar tanto el que los trabajadores prueben que se han vulnerado los derechos que les confieren los arts. 3, 5 y 6 apartado b Directiva 2003/88/CE, que precisan el derecho fundamental consagrado en el art. 31, apartado 2, de la Carta, como el que las autoridades y los tribunales nacionales competentes controlen que se respetan efectivamente esos derechos”.

Hilado con el registro de jornada anteriormente mencionado, pero en esta ocasión ligado a la potencial MSCT por la introducción de más dispositivos, cabe resaltar STSJ Canarias, Tenerife, 15 diciembre 2023 (rec. 373/2023), la cual no pudo entrar al cierre del Informe del 2023, y donde se señala que “la instalación de más equipos de fichaje y registro de jornada no se puede considerar, en absoluto, una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, porque ese registro de la jornada es, desde 2019, una incuestionable obligación legal de la empresa, y porque establecer el mecanismo de fichaje en cada departamento permite cumplir mejor con lo que establece el art. 26.4 del convenio colectivo, en orden a fichar el comienzo y final de la jornada encontrándose el trabajador en su puesto de trabajo”. Por otro lado, destaca también la STS 24 septiembre 2024 (rec. 236/2022), la cual entiende que, interpretando el art. 34.9 ET, ante la ausencia de esta materia en el convenio sectorial y la inexistencia de un acuerdo de empresa, no puede imponerse a la empresa la obligación de información a la representación de los trabajadores del histórico de modificación de apuntes que efectúa cada trabajador de su jornada laboral diaria, al no haber una norma que ampare dicha obligación. No obstante, y confirmando un asunto de la SAN 19 abril 2022 (rec. 39/2022) que aceptó que el sindicato demandante accediera a la identidad (nombre y apellidos), provincia y población de los trabajadores en el registro de jornada, esta sentencia establece que dicho acceso no vulnera la protección de datos de los mismos. De hecho, se remarca que esta competencia es reconocida por el art. 64 ET. No obstante, y pese a no vulnerar la LPDP, se enfatiza y recuerda la obligación de sigilo por parte de la representación de los trabajadores sobre los datos cedidos ex art. 65 ET.

Finalmente, y para terminar este bloque, debe destacarse la STS 5 marzo 2024 (rec. 168/2021), la cual establece que, partiendo de la base de que los pliegos de prescripciones técnicas de un contrato administrativo no pueden ser fuente de derechos y obligaciones para los trabajadores, no puede establecerse que, si el número de horas es inferior a las

previstas en el convenio colectivo, estas sean exigibles, cuando el convenio colectivo sí es fuente de Derecho, a diferencia de los pliegos de condiciones.

Descendiendo al segundo de los bloques (las horas extraordinarias), señalar que las cuestiones han girado en torno, de un lado, a su remuneración, y por otro, a su compensación. En el primero de los casos, atendido por la STS 13 marzo 2024 (rec. 71/2022), se entiende que los complementos de puesto de trabajo que no se encuentran regulados en el CC, han de ser tenidos en cuenta para el cómputo de las horas extraordinarias, siempre que la actividad desplegada en esas horas se lleve a cabo desde uno de los puestos de trabajo compensados con los complementos fijados en el pacto. En la segunda situación, en cuanto a la compensación híbrida o mixta de las horas extraordinarias, la STS 25 junio 2024 (rec. 177/2022) admite que la negociación colectiva establezca este tipo de compensación para las horas extras, de modo que se abone el valor de la hora ordinaria y el recargo del 50% de ese valor o, de común acuerdo, se compense este recargo mediante descanso con el mismo porcentaje que el recargo.

Dentro del tercer bloque, la STS 13 febrero 2024 (rec. 1480/2021) declara que sucesivas ampliaciones de jornada en contrato a tiempo parcial, son fraudulentas si se acaban prestando servicios con la misma jornada que los trabajadores a tiempo completo. En efecto, se trata de una posibilidad prevista en CC para los trabajadores a tiempo parcial con contrato indefinido, que les permite celebrar contratos a tiempo completo de forma temporal (quedando suspendidos los primeros). Así, si esta circunstancia tiene un carácter sucesivo mediante diversas ampliaciones (5 en total), sin solución de continuidad, ello da lugar a que la jornada deba ser calificada a tiempo completo porque en estos casos no ha concurrido un motivo que justifique la temporalidad.

En cuarto lugar, la conversión de fijos-discontinuos en funcionarios ha planteado diferentes incógnitas, entre ellas la que aquí quiere destacarse, que es la antigüedad. En otras palabras, ¿la antigüedad en los fijos discontinuos cuando adquieren la condición de funcionario debe estar en conexión con la antigüedad laboral previa a dicho cambio? Destaca así, la STSJ Baleares 6 marzo 2024 (rec. 544/2023), la cual reconoce a los trabajadores “fijos de actividad continua” de *Iberia* el derecho al cómputo de la antigüedad del mismo modo que los fijos-discontinuos equiparando a ambos colectivos a estos efectos.

En el quinto apartado, sobre trabajo a turnos y ritmos de trabajo, la STS 14 marzo 2024 (rec. 96/2022), partiendo del preaviso que prevé el art. 34.2 ET para la distribución irregular de la jornada, considera que no existe ningún preaviso legal mínimo en materia de trabajo a turnos. De este modo, afirma la no existencia de base legal para aplicar el imperativo preaviso de cinco días sobre distribución irregular de la jornada, si bien se admite que los cambios de turno pueden incidir en las necesidades de conciliación con la vida personal y

familiar, citándose concretamente el art. 34.8 ET y, sin perjuicio de que las personas trabajadoras puedan recurrir a esa o a otras previsiones legales, reitera el legislador no ha impuesto legalmente preaviso alguno para el trabajo a turnos. Por todo ello, sentencia que los convenios colectivos no pueden establecer un preaviso en materia de distribución irregular de jornada inferior al dispuesto por el art. 34.2 ET, pero que no ocurre lo mismo con el preaviso de cambio de turno en el trabajo a turnos, donde ni siquiera hay ningún preaviso legal mínimo que la negociación colectiva tenga que respetar.

En sexto y último lugar, se incluye lo relacionado con los permisos y licencias. Así, la STS 20 marzo 2024 (rec. 268/2021) remarca la naturaleza de los permisos como días con derecho a remuneración (art. 37.3 ET) pero que no tienen naturaleza de días de descanso. En efecto, establece que los días previstos en CC en caso de fallecimiento, accidente, enfermedad grave u hospitalización de familiares o traslado de domicilio, no son días de descanso acorde al ET, incidiendo en el concreto pleito planteado que, de acuerdo al art. 43 del convenio aplicable, son retribuidos permitiéndose ausentarse del trabajo, por lo que, a estos efectos, “es como si se hubiera estado trabajando (de ahí, que se mantenga la retribución), por lo que no se puede identificar, ni compensar ni reducir, con tiempo de descanso”.

Finalmente, y como cierre de esta sección, ponemos el foco en el permiso por hospitalización de familiares, el cual ha planteado dos cuestiones dentro de la misma sentencia, la STJS Aragón de 27 de septiembre de 2024 (rec. 742/2024), sobre su ámbito objetivo y el número de días de disfrute. En el primer aspecto, la causalidad del permiso, el Tribunal entiende que “puede continuarse con el disfrute del permiso del art. 37.3.b ET, aunque no hay justificación alguna para consumir los días restantes o el resto del permiso, ya que la exigencia del precepto legal y del convencional es el previo aviso y justificación”, esto es, en ningún momento la norma establece una exigencia adicional de justificar *a posteriori* la continuidad de la situación que ha motivado el permiso, sino que el único requisito es avisar y justificarlo previamente y no durante el permiso. En cuanto a la segunda cuestión, se establece que el permiso es de cinco días laborables al año por trabajador y no a tantas veces como situaciones de hospitalización, ya que el permiso de referencia en la normativa europea es de 5 días al año, por lo tanto, no siendo un derecho automático como pretendían los recurrentes. Por último, en cuanto al momento del disfrute de dicho permiso, la SAN 12 septiembre 2024 (rec. 167/2024) indica que debe atenderse a un criterio de interpretación finalista del art. 37.3.b) ET y a la propia realidad social, por lo que, al ser un derecho del personal afectado a disfrutar del mismo, el inicio no debe quedar determinado necesariamente por la fecha inicial del hecho causante.

2. Pronunciamientos más reseñables en materia de despido individual

Bajo el concepto de despido se incluyen a todas aquellas decisiones a instancia del empresario en las que la relación laboral se da por terminada, bien por incumplimiento contractual por parte del trabajador (art. 54 ET) o bien, por la concurrencia de alguna causa objetivamente constatable (art. 52 ET). El despido es, probablemente, la decisión que más consecuencias negativas provoca en la persona trabajadora, tanto a nivel personal como económico, lo que explica que sean muchos los casos que terminan ante un juez o tribunal, para que se estudie la existencia o no de la causa alegada. En general, la inexistencia de dicha causa o la inobservancia de los requisitos procedimentales determina su improcedencia, pudiendo declararse en otros casos su nulidad.

Probablemente, una de las cuestiones también más sonadas en estos últimos meses sea la posible inadecuación de la indemnización legalmente tasada de acuerdo con la normativa laboral nacional a la Carta Social Europea en aquellos casos de despido declarado judicialmente como improcedente. El art. 24 CSE señala que la indemnización en caso de despido ha de ser adecuada. A tenor de esta exigencia de adecuación de la cantidad otorgada en concepto de indemnización, se ha planteado la posibilidad de que el régimen de indemnizaciones previsto en el ET, así como en la LRJS, no sea correcto. El CEDS se ha pronunciado al respecto en una Decisión adoptada el 20 de marzo de 2024 (nº reclamación 207/2022) que da respuesta a una queja formulada por los sindicatos UGT y CC.OO. En resumen, esta resolución concluye que el sistema español, al presentar unos topes máximos no muy elevados y al no prever la entrega de salarios de tramitación, no concede a las víctimas de un despido sin causa, el derecho a obtener una indemnización adecuada. Esta respuesta, en un futuro, parece que va a conllevar una reformulación y modificación del régimen del despido con el objeto de que se adecúe a la CSE. A mayor abundamiento, el C158 OIT también ha servido de pretexto para incrementar el monto total de las indemnizaciones, pues su art. 10 reconoce la facultad de que el juez o tribunal que declare injustificada la extinción contractual, pueda ordenar el pago al trabajador despedido de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere pertinente.

El debate en sede judicial, no obstante, viene de antiguo. Así, se ha venido planteando la posibilidad de que, en aplicación directa del mencionado art. 24 CSE, así como el C158 OIT, la indemnización legalmente tasada sea superior y se conceda una cantidad adicional a los 33 días de salario por año de servicio, con un tope de 24 mensualidades, reconocidos legalmente. El punto de partida lo estableció el TSJ de Cataluña, reconociendo ya en el año 2021 la posibilidad de otorgar una indemnización complementaria cuando así se requiriese. Así, en la STSJ Cataluña 22 mayo 2024 (rec. 177/2024) se concede una indemnización mayor a la tasada, equivalente a un año de salarios, porque el Tribunal

entiende que así se vería satisfecho el interés del trabajador disciplinariamente despedido sin justa causa para ello. Además, el daño será mayor pues, en este caso, este trabajador tenía una expectativa de continuidad de su relación laboral de un año, al habersele reconocido con carácter previo una excedencia voluntaria de la que se reincorporaría. En el FJ 4 puede leerse lo siguiente: “atendidas las circunstancias concurrentes, que consideramos como indemnización adecuada (por proporcional al daño sufrido) la conformada por el parámetro de los salarios que dejará de percibir durante el año de expectativa sobre una eventual reincorporación tras su excedencia voluntaria; sin que obste a la (consecuente) estimación del segundo motivo del recurso interpuesto la (impugnada) circunstancia de que el mismo se invoque la infracción de los artículos 55.5.b y 55.6 del ET en relación con el...183 de la LRJS (relativos al despido nulo), pues no es tanto su formal (y errónea) cita la que condiciona la regularidad de su formulación como lo argumentado (en derecho) en favor de una indemnización adicional ya solicitada en el hecho quinto de su inicial escrito de demanda (por remisión tanto a su artículo 56 como a los ya mencionados convenio 158 de la OIT y 24 de la CSE)”. En este mismo sentido, también en el marco de una expectativa de contrato, ahora en caso de una interinidad que termina por ser rescindida, se reconoce una indemnización complementaria en la STSJ País Vasco 23 abril 2024 (rec. 198/2021).

También la STSJ Galicia 12 junio 2024 (rec. 1362/2024) emplea unos argumentos similares para poner en entredicho el cese de un trabajador en periodo de prueba al que no se le reconoce indemnización alguna. Considera que el empresario hace un uso abusivo de su poder de rescisión contractual en este periodo y, por ello, para garantizar la adecuada reparación del daño causado al trabajador, es necesaria la concesión de una indemnización adicional. En el FJ 4 de esta sentencia puede observarse cómo se alude al control de convencionalidad que los órganos jurisdiccionales nacionales han de hacer respecto del cumplimiento de los Tratados Internacionales ratificados por el Estado Español: “esta Sala, y Sección, nunca ha negado la posibilidad de esa indemnización adicional, pues los órganos judiciales deben integrar el control de convencionalidad en el enjuiciamiento (STS 268/2022, de 8 de marzo, y STS 270/2022, de 29 de marzo) e interpretar las normas internas, en este caso el artículo 56.1 ET, de conformidad con las normas internacionales de referencia, como son en este caso el artículo 10 C158 OIT (1982), ratificado por España (1985), que contempla, en el supuesto de despido abusivo, una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada, y a su vez, la CSE revisada (1996), también ratificada por España (2021), que reconoce, en su art. 24, el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada”. No obstante, lo expuesto en las líneas anteriores no es una cuestión pacífica y, en sentido contrario, también hay sentencias que no admiten la

indemnización complementaria. A modo de ejemplo, citamos la STSJ Canarias 4 abril 2024 (rec. 1394/2023).

Por otra parte, la aplicación del Test Barbulescu, en particular sobre la validez de la prueba obtenida a través de cámaras de videovigilancia sigue siendo algo extremadamente controvertido y casuístico. Es algo razonablemente esperable teniendo en cuenta la ambigüedad de la interpretación que permiten sus términos. Como ejemplo de ello citamos la STSJ Galicia 1 julio 2024 (rec. 2424/2024) sobre el despido disciplinario de un trabajador al que las cámaras de videovigilancia instaladas en las instalaciones de la empresa captan llevándose en su vehículo productos propiedad de la empresa. Se discute la licitud de esta prueba obtenida a través de las cámaras, que sirve como argumento principal para justificar el despido disciplinario. La sentencia desestima el recurso planteado por el trabajador, quien alega una vulneración de su derecho fundamental a la intimidad y nos recuerda algunas de las máximas que guían la resolución de estos asuntos: no solo la empresa ha cumplido con su deber de información sobre la existencia de este medio de control, sino que además existe una sospecha fundada de que se están cometiendo ilícitos contractuales.

Un tema que, a raíz de la entrada en vigor –ya hace dos años– de la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y no discriminación, se ha convertido en objeto de debate, es la posible invalidez del despido disciplinario por embriaguez habitual o toxicomanía (art. 54.2.f ET). Se ha venido planteado su posible conformidad con el art. 2 Ley 15/2022 que –como es sabido– ha añadido la enfermedad a la lista de motivos protegidos por el derecho antidiscriminatorio. Estos casos podrían conformar un caso de trato discriminatorio por razón de enfermedad derivado del trastorno causado por la adicción o/y dependencia al alcohol y otras drogas. Una solución planteada para salvar esta posible falta de adecuación al derecho a no ser discriminado es la de reconsiderar estos casos como despidos disciplinarios por trasgresión de la buena fe contractual (art. 52.2.d ET). Véase, por ejemplo, la STS 9 enero 2024 (rec. 3852/2022) sobre la procedencia del despido de un trabajador, en concreto de un conductor que da positivo en THC, caso donde se entiende infringido el art. 77.3.7. CC de la compañía logística *Acotral SA y Acotral Distribución Canarias SA*: “se considerarán faltas muy graves (...) la embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo. En el caso de conductores, bastará solo la superación de la tasa de alcoholemia fijada reglamentariamente en cada momento durante el trabajo, así como la conducción bajo los efectos de drogas, sustancias alucinógenas o estupefacientes” (FJ 3).

En lo que respecta a temas de índole formal, es interesante mencionar la STS 25 septiembre 2024 (rec. 2848/2021), la cual viene a aportar luz a la cuestión sobre los requisitos que debe cumplir toda carta de despido a efectos de considerarse válida. Son

grandes los beneficios que puede traer en cuestiones de operatividad y práctica jurídica, pues recopilar de manera sintética, a la par que expositiva, todos estos elementos, es cuanto menos útil. En resumen, toda carta de despido debe contener los siguientes elementos: la causa del despido detallada y explicada, que dicha explicación sea entendible para el trabajador; que se entregue de manera escrita, y que se haga un uso reforzado del relato fáctico, lo que puede incluir datos contrastables en el caso del despido objetiva o documentación aclarativa de la conducta imputada en el caso del despido disciplinario.

No podemos dar por terminado este apartado sin antes hacer referencia a un asunto que, pese a haber sido promulgado en los últimos meses del año, ha causado gran revuelo entre los profesionales del derecho. Es la sonada STS 18 noviembre 2024 (rec. 4735/2023), que implica un sustancial cambio en la doctrina que sostenía este mismo tribunal. Ahora, el TS entiende que es de obligado cumplimiento el trámite de audiencia previa en el caso de que un trabajador sea despedido disciplinariamente. Solo a través de ello, le confiere la posibilidad efectiva de ejercer su derecho a la defensa de los actos que se le imputan.

La base jurídica para la imposición de este requisito se encuentra esencialmente en el art. 7 C158 OIT, que expresamente señala que “no deberá 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 la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad”. El fallo de esta sentencia es de absoluta trascendencia práctica para las empresas que ahora habrán de incorporar un requisito más al procedimiento de despido, sin que por el momento se cuente con una fórmula específica para ello. Precisamente la sentencia reconoce a tenor de la aplicación del C158 OIT que “es cierto que las técnicas de flexibilidad a las que se refiere el artículo 1 del Convenio núm. 158, como se ha indicado, pueden permitir diferentes modelos por los que hacer efectivo ese derecho (...) Ahora bien, esa flexibilidad no altera el hecho de que estemos ante una norma de directa aplicación, y pueda en el proceso judicial ser analizado su cumplimiento, como sucede con el resto de requisitos formales que rodean la decisión de despedir disciplinariamente” (FJ 3). Es en esta relativa incertidumbre jurídica donde puede encontrarse el principal reto de esta nueva doctrina, pues solo el devenir de los acontecimientos en el futuro nos resolverá la incógnita que asola en el panorama jurídico acerca de cómo será la concreción de esta obligación.

3. Novedades en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo

A lo largo del año 2024, han sido múltiples los pronunciamientos judiciales en materia de MSCT. La casuística que rodea a las MSCT determina que se trate de una cuestión ampliamente litigiosa, motivo por el cual en esta sucinta crónica jurisprudencial solo se contemplarán aquellos pronunciamientos que se han considerado más significativos en la materia dentro de las sentencias dictadas por la Sala Cuarta del TS.

En primer lugar, serán objeto de análisis en el presente apartado un conjunto de sentencias del TS en las que se dirime sobre la posible existencia de una MSCT de carácter colectivo. En este sentido, la STS 20 marzo 2024 (rec. 145/2022) entiende que la medida adoptada por la empresa, consistente modificar la fórmula de cálculo individual del inventivo –pasando a descontar los periodos de IT– es de carácter sustancial, debiendo, por tanto, encauzarse por el procedimiento del art. 41 ET. La STS 27 junio 2024 (rec. 216/2022) sostiene que la decisión unilateral de una empresa, dedicada al comercio de alimentación, mediante la cual se asignan funciones de limpieza al personal que presta servicios con categorías y niveles salariales –como encargado de establecimiento, dependiente principal, auxiliar de caja, dependiente o ayudante de dependiente– distintos a la categoría profesional de limpiador previsto en el CC de aplicación, excede los límites del *ius variandi* empresarial y supone una movilidad funcional que debió tramitarse y ajustarse al procedimiento establecido en el art. 41 ET. La STS 26 junio 2024 (rec. 202/2022) considera que el descuento de los 15 minutos de descanso durante la jornada que se venía reconociendo como tiempo de trabajo efectivo y retribuido en las jornadas de más de seis horas, para un colectivo de personas trabajadoras –vigilantes de seguridad– provenientes la contrata saliente, constituye una MSCT.

La sucesión de empresas ha motivado algunos pronunciamientos en materia de MSCT, entre ellos, las SSTS 7 marzo 2024 (rec. 75/2022) y 13 marzo 2024 (rec. 7/2022). En la primera se suscita la cuestión de determinar si las condiciones laborales pactadas con la RLPT y otorgadas al colectivo de personas trabajadoras procedentes de Telefónica I+D, que pasan a integrarse en la empresa Ericsson España en el año 2010, pueden ser modificadas unilateralmente por acuerdos entre las mercantiles o si, al contrario, su modificación constituye una MSCT. Dado que las condiciones pactadas complementan o mejoran el contenido de los contratos individuales de trabajo, el TS entiende que no es admisible que las mismas sea suprimidas directa y unilateralmente por el empresario, sin acudir a la vía del art. 41 ET. Por su parte, en la segunda sentencia, el debate se centra en determinar si a través de un procedimiento de MSCT de carácter colectivo puede suprimirse retroactivamente el abono de la retribución variable por cumplimiento de objetivos, correspondiente al año 2020, para el colectivo de personas trabajadoras

provenientes de otra entidad –como consecuencia del proceso de sucesión de empresa–, con el objetivo de establecer un único sistema de retribución variable a partir del año 2021. Si bien, a los ojos del Tribunal, el procedimiento se ajusta a las exigencias legales y jurisprudenciales, la supresión del derecho al percibo de la retribución variable es condición previa a que ésta hubiera nacido. Es decir, si no hubiera nacido o no se hubiera cumplido la condición para lucrar la retribución variable, podría ser suprimido. Sin embargo, una MSCT no permite eludir compromisos ya adquiridos en el pasado, no pudiendo eximirse la empresa del cumplimiento de los compromisos adquiridos sobre retribución variable para el año 2020.

La situación de teletrabajo ha propiciado algunos de los pronunciamientos del TS durante el año 2024. En este sentido, la STS 11 enero 2024 (rec. 344/2021) se suscita como consecuencia de la supresión del plus de transporte al colectivo de personas trabajadoras que prestan servicios en turno de noche para la empresa *Digitex* –del sector de *Contact center*– y que suscriben un acuerdo sobre teletrabajo. Afirma el TS que no existe en este caso una condición más beneficiosa ni un derecho adquirido porque no es posible extraer la existencia de una voluntad empresarial inequívoca de abonar el plus de transporte en la situación de teletrabajo, puesto que dicho plus no viene establecido en el CC como concepto salarial, que su abono en nómina tan solo se mantuvo durante escasos nueve meses y que no consta acreditado que ese plus estuviera entre las condiciones disfrutadas que se pretendían mantener con el paso al teletrabajo. La STS 12 marzo 2024 (rec. 125/2022) enjuicia la supresión de una de las modalidades del sistema dual existente en la empresa *Esteve Química* para compensar extrasalarialmente las comidas. A raíz de la situación creada por la pandemia de COVID-19 y la implantación del teletrabajo, la empresa decide suprimir la modalidad “subvención comedor”, puesto que no existía presencia física de los empleados/as en los centros de trabajo, manteniendo únicamente el otro mecanismo de compensación, esto es, la tarjeta recargable tique restaurante. Aplicando la doctrina sentada en la STS 18 noviembre 2021 (rec. 81/2021), concluye el TS que dicha medida supone un cambio real en las retribuciones, la cual debe calificarse de fundamental y que se aleja de la única exigencia pactada, como es el trabajo efectivo, pero no acudir al centro de trabajo y fichar, condiciones que no realizan los empleados que teletrabajan. En consecuencia, dicha medida supone una MSCT que debe ser declarada nula por no haber seguido los trámites del art. 41 ET. Por el contrario, en la STS 20 marzo 2024 (rec. 9/2022), la falta de abono de la compensación por comida a los trabajadores con jornada partida que pasaron a teletrabajar durante los meses de marzo, abril y mayo de 2020 –con motivo del estado de alarma decretado por la pandemia de COVID-19– no constituye una MSCT, puesto que la regla general es que a las personas trabajadoras a tiempo parcial se les facilite con cargo a la empresa un servicio de restaurante o comedor

en el centro de trabajo o sus cercanías, siendo la compensación económica la excepción; y porque los trabajadores con jornada partida que teletrabajan antes de la pandemia, no percibían dicha compensación, lo que demuestra su clara naturaleza extrasalarial.

Asimismo, a lo largo de este año, el TS se ha pronunciado sobre algunas de las particularidades que conllevan los procedimientos de MSCT en las administraciones públicas. Así, la STS 6 marzo 2024 (rec. 325/2021) se suscita en el seno de una empresa integrada en el sector público empresarial, con motivo del incremento de la jornada de trabajo diaria del personal a turnos en 6 minutos –a partir del calendario de 2021–, a los efectos de recuperar los puentes disfrutados establecidos en el calendario. El TS establece que la supresión del carácter no recuperable de los puentes del personal a turnos no constituye una MSCT, al ser una medida que trae causa directa en la Ley 6/2018 de Presupuestos Generales del Estado, que establece una jornada de trabajo general y deja sin efectos todas las previsiones existentes que contradigan la misma (como es el caso de la medida en ciernes) y que, por tanto, tiene su origen y se ajusta a las decisiones legislativas. La STS 25 junio 2024 (rec. 161/2022) resuelve el conflicto colectivo planteado en la Agencia Pública Andaluza de Educación, órgano de naturaleza jurídica pública, como consecuencia de la decisión de dejar sin efecto la resolución en la que se establecen los criterios para la promoción de los trabajadores integrados en el grupo profesional de “Gestor nivel retributivo VII”, al nivel retributivo VIII. Si bien los sindicatos accionantes entienden que se trata de una MSCT que debe ser calificada como nula por no haber respetado el procedimiento del art. 41 ET, el TS entiende que esta decisión no responde a la exclusiva voluntad unilateral de la empleadora sino a la necesidad derivada de la aplicación de una norma legal que lo impone, resultando obligado el respeto al principio de jerarquía normativa. En definitiva, las alteraciones en los derechos de los trabajadores que resultan de un mandato legal no son consideradas MSCT.

A continuación, se procederá al análisis de los pronunciamientos del TS sobre la necesaria adecuación de las medidas propuestas a las causas justificativas objetivas para la MSCT. Por un lado, en la STS 3 julio 2024 (rec. 174/2022), la Sala declara injustificada la decisión empresarial de suprimir el servicio de transporte habilitado por la empresa para trasladar al personal, puesto que el ahorro que supone para ésta no parece ni proporcionado ni razonable al perjuicio que supone para las personas trabajadoras que hacen uso de este servicio, dadas las alternativas poco viables de transporte público existentes. Esta medida, que no se enmarca en un contexto de medidas que, en su globalidad, supongan una disminución de los gastos, sino que se trata de una sola y única decisión singular y aislada, tiene una incidencia mínimamente relevante en la reducción de los costes y, por tanto, no supone una mejora de la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en los términos que exige el art. 41 ET para justificar

cualquier MSCT. Por su parte, la STS 25 junio 2024 (rec. 43/2022) enjuicia un supuesto bien distinto, en el que el Tribunal lleva a cabo un control judicial sobre la razonable adecuación entre la causa alegada –razones organizativas y productivas– y la modificación sustancial acordada –la adaptación de los beneficios sociales reconocidos al personal fuera de convenio– y ello, pese a haber finalizado el periodo de consultas con acuerdo y, por ende, resultar aplicable la presunción legal de concurrencia de las causas alegadas por la empresa. Entiende el Alto Tribunal que la armonización de la estructura de los beneficios sociales del personal fuera del CC *Grupo Endesa* no atiende a las causas organizativas ni productivas, en el sentido en el que estas se definen por la norma laboral por cuanto “...no hay elemento alguno que ponga de manifiesto que los sistemas y métodos de trabajo del personal fuera de convenio o el modo de organizar la producción que a ellos les afecta se hayan producido o, en otros términos, que aquellas modificaciones estén relacionadas con la organización técnica del trabajo en la empresa o su competitividad”, apreciando la existencia de fraude de ley.

Para finalizar este apartado, se hará referencia a dos pronunciamientos que analizan la buena fe negociadora durante el periodo de consultas previsto en el art. 41 ET para las MSCT que revisten carácter colectivo. La STS 20 marzo 2024 (rec. 57/2022) enjuicia una MSCT colectiva (consistente en la reducción de todos los conceptos salariales, durante cuatro años, entre un 10% y un 20% para TCPs y pilotos de la aerolínea *Ryannair*, así como en la supresión de un bonus de productividad que venían percibiendo estos colectivos), la cual declara nula por la ausencia de buena fe en el proceso negociador. Son diversos los motivos retenidos por el TS para llegar a tal conclusión. En este sentido, no solo tiene en cuenta el hecho de que la documentación se entregara en su mayoría en lengua inglesa, lo que pone de manifiesto una intención de dificultar el análisis de la documentación e información, sino que, además, la documentación entregada al inicio del periodo de consultas no fue ni suficiente ni necesaria para conocer la situación de la empresa y las posibles medidas. A ello cabe sumarle otros elementos que evidencian la falta de buena fe, como el cuestionamiento por la empresa de la composición de la comisión negociadora, las “amenazas” de la empresa con realizar despidos para paliar la crisis si no se aceptaban las medidas propuestas, la fragmentación del proceso negociador por grupos profesionales o la falta de compensación a los representantes de las personas trabajadoras por su asistencia a las reuniones del periodo de consultas. Por otro lado, la STS 20 marzo 2024 (rec. 298/2021) rechaza la existencia de mala fe en la negociación por el mero hecho de que razones de tipo formal –como son la inexistencia de autonomía para decidir su propio presupuesto por parte de la *Corporación de Radio Televisión de Galicia* y el necesario sometimiento a un procedimiento reglado para solicitar incrementos salariales– impidieran ofrecer un compromiso en relación con una compensación

económica en el seno del procedimiento de negociación del art. 41 ET. Aprecia el Alto Tribunal que, pese a dichos límites, la empresa no se negó de forma obstinada a tramitar el incremento pedido, se incluyeron múltiples cuestiones objeto de propuestas y contrapropuestas, se mantuvo una negociación prolongada y concurrieron las causas alegadas, que no fueron negadas por quienes participaron en dicha negociación, lo que evidencia una negociación real.

4. Tendencias en los pronunciamientos sobre movilidad geográfica de los trabajadores

La movilidad geográfica de los trabajadores (art. 40 ET), o lo que es lo mismo, su cambio de ubicación o de centro de trabajo, es una facultad reconocida al empresario a través del poder de dirección que le otorga el art. 20 ET. En general, todas las decisiones adoptadas unilateralmente por la empresa y que afectan a las condiciones en las que los trabajadores desempeñan su actividad laboral suelen originar una gran conflictividad que termina por resolverse en sede judicial. No obstante, el art. 40 ET concede una serie de prerrogativas al trabajador afectado por la decisión de movilidad geográfica con el objetivo de proteger sus intereses y evitar la utilización abusiva de esta facultad por parte del empresario. Conviene recordar que existen dos tipos de figuras jurídicas dentro del ámbito de la movilidad geográfica, diferenciadas entre sí en función de su perspectiva temporal: por un lado, el desplazamiento que tendrá una duración determinada; y por otro, el traslado, que será previsiblemente permanente, o superará unos plazos temporales fijados en el ET mayores que los del traslado. Estos últimos, al ser de más duración, tienen una compleja regulación que desemboca en una mayor actividad judicial.

La STS 5 julio 2024 (rec. 646/2023) es un ejemplo de ello. En este caso, un trabajador desea ejercer la facultad que el art. 40 ET le concede para extinguir su contrato en el caso de que no esté conforme con el traslado, o las condiciones del mismo, al que es sometido, pero lo hace superando el plazo que la LRJS prevé para el ejercicio de dicha acción. Se recuerda en esta resolución que la reforma operada en el año 2011 recortó, hasta ser actualmente quince, los días de plazo con los que trabajador afectado cuenta, si así lo desea, para ejercer la acción de rescisión de su contrato de trabajo en caso de inconformidad con la decisión de movilidad geográfica (FJ 2). Otra importante cuestión a la que la mencionada sentencia hace referencia (FJ 4 y 5), y a la que también se alude con relativa frecuencia en otros casos, es la determinación de cuándo se está frente a un caso de trabajador adscrito a un centro de trabajo móvil o itinerante, pues la consideración como tal, supondría la no aplicación de las potestades previstas para el traslado ex art. 40 ET. El TS, haciendo uso de una asentada doctrina, recogida en la STS 14 octubre 2004 (rec. 2464/2024), concluye que en este asunto no puede apreciarse que exista un supuesto

de movilidad geográfica, pues se cumplen los requisitos para ello. Y es que, dado que la actividad a la que se dedica la empresa demandada es la obra y construcción, no cabe más que pensar que la movilidad geográfica es una característica consustancial de la prestación de servicios. Asimismo, en este supuesto, el trabajador empleado en el sector de la construcción ya había sido objeto de otros movimientos o traslados similares al aquí contemplado, y, por ejemplo, había desempeñado su trabajo en Ourense, León o Madrid, percibiendo además una ayuda económica por dichos cambios.

En otro orden de cosas, cabe mencionar que el art. 40 ET diferencia entre el régimen jurídico individual y el colectivo, estableciendo un procedimiento mucho más complejo en este último supuesto, lo que ha desembocado en más litigiosidad. Su principal característica es la exigencia de un procedimiento de consultas junto a la RLPT, con miras acabar en acuerdo, sobre el alcance de la decisión de movilidad geográfica. Es el caso de la STS 9 febrero 2024 (rec. 208/2021), donde el sindicato demandante, que es minoritario, alega la apreciación de mala fe durante el proceso de negociación y en el acuerdo alcanzado. Con carácter previo a la formalización de dicho acuerdo (entre CC.OO. y UGT, por un lado, y la patronal por el otro), ya existía otro documento consensuado donde se relataban medidas para la transformación digital de diferentes tiendas del Grupo Inditex, incluyéndose entre ellas movilidad geográfica a otros centros de trabajadores.

Para el TS, el hecho de que exista este previo acuerdo no ha interferido en la negociación del nuevo acuerdo, ya que ambas partes han podido participar en igualdad de condiciones a las que se hubiesen dado de no haber existido el primer texto. Así, afirma que “no existe indicio alguno de que hubiere existido mala fe en el período de consultas, ni siquiera, por el hecho de que hubiera existido el acuerdo marco de grupo, anterior al inicio del período de consultas que nos ocupa, al que se refiere ampliamente la sentencia recurrida habida cuenta de que tal acuerdo, sin eficacia directa ni para terceros, no impidió el adecuado desarrollo de las consultas ni que la totalidad de los componentes de la comisión negociadora pudieran celebrar las consultas sin interferencia de clase alguna y en plenitud informativa como se ha razonado en el segundo motivo del recurso de CGT. Y mucho menos existe indicio de ningún tipo de que el referido acuerdo marco hubiera podido influir en una hipotética lesión a los derechos a la libertad sindical y a la negociación colectiva del Sindicato recurrente” (FJ 3).

5. Condiciones de trabajo: Condición más beneficiosa. Compensación y absorción

Durante el año 2024, el TS ha dictado múltiples sentencias en materia de condición más beneficiosa, compensación y absorción. Considerando la extrema casuística de esta figura, a continuación, se han reunido y comentado aquellos pronunciamientos que más

consideraciones generales construyen, a fin de extraer conclusiones que trasciendan de los concretos asuntos analizados.

Así, la STS 14 julio 2024 (rec. 278/2022) resuelve, en sede de MSCT colectiva, sobre las alegaciones de error y la existencia de una CMB. A pesar de que el CC especificaba los salarios base y complementos personales para cada puesto, los trabajadores venían recibiendo cantidades diferentes desde la firma del convenio y durante cinco años. Aunque el salario total (salario base más complemento personal) siempre coincidía con lo establecido en las tablas, los trabajadores recibían un salario base mayor y un complemento personal menor de lo indicado. El cambio de la estructura salarial que la empresa operó, a fin de adecuar las retribuciones a los conceptos y cuantías de las tablas salariales, trajo la sustanciación de este procedimiento. Entre varios motivos, manifiesta que no hubo existido voluntad de retribuir en mayor cuantía por salario base, sino que se trató de un error que se pretendía enmendar. La relevancia de la resolución reside en la valoración que hace el Alto Tribunal de la alegación del error que se pretende corregir. Según el TS, es insuficiente que la empresa alegue la comisión de error si no aporta prueba que permita reconocer un hecho probado del que se derive tal error, encontrándonos ante una prueba diabólica. Sin duda, parece lo prudente exigir prueba a quien manifieste haber incurrido en error, sobre todo cuando quiera hacer de ello hecho obstativo. A efectos prácticos, se trata de un pronunciamiento que, pese a constatar lo evidente, servirá a futuro para enervar las alegaciones de error que infundadamente puedan plantear las empresas.

La STS 10 julio 2024 (rec. 154/2022), por su parte, resulta interesante en la medida en que contribuye a sentar la doctrina jurisprudencial sobre la naturaleza de la condición más beneficiosa. El asunto traía la interpretación de cierto CC sectorial de ámbito nacional que reconocía el pago por gastos de locomoción incurridos por el trabajador, en cuantía ligada a las cantidades exceptuadas de gravamen en las normas tributarias que fueran de aplicación. El conflicto afectaba a los trabajadores de nueva incorporación de los centros de trabajo de una empresa ubicados en el País Vasco y Navarra, donde convivían con trabajadores subrogados tras distintas absorciones. El problema surgía en la medida en que las empresas absorbidas abonaban a sus trabajadores, ahora subrogados en la nueva empresa, conforme a las cantidades exceptuadas de tributación en Navarra y el País Vasco, mayores a las del régimen común. Tras la subrogación, la empresa subrogante mantuvo la compensación de gastos en dicha mayor cuantía para los trabajadores subrogados, en la consideración de que se trataba de una CMB, y pasó a abonar a las nuevas contrataciones en menor cuantía y conforme a las cantidades exceptuadas en el resto del territorio nacional.

Tras reflexionar sobre el instituto de la CMB, la doble escala salarial y la discriminación por razón del territorio que la empresa alegaba podía producirse, el TS sentencia que no nos encontramos ante una CMB, puesto que “ni las leyes ni los convenios colectivos son fuente de condiciones más beneficiosas”. No debe confundirse un asunto materia de CMB con otra materia de interpretación convencional. Aquí el litigio no trataba de CMB, siendo una cuestión de interpretación debida de la previsión sobre gastos de locomoción.

La STS 7 febrero 2024 (rec. 1088/2021) versa sobre las mejores retribuciones reconocidas en contrato de trabajo al personal laboral temporal al servicio de las Administraciones Públicas, cuando la contratación ha sido declarada fraudulenta. En el pleito origen de la resolución, la trabajadora impugnaba la comisión de fraude de ley en la contratación temporal por parte de un organismo autónomo de la AGE y solicitaba el reconocimiento como CMB de la mayor retribución que venía percibiendo. Pese a que la sentencia de instancia reconoció que la contratación fue fraudulenta, resolvió que la trabajadora debía incluirse dentro del ámbito de aplicación del CC del que, hasta entonces, había estado excluida. El TS, por su parte, niega tal cualidad a la retribución recogida en el CC, “en la medida en que está en juego la aplicación de normas legales indisponibles y de derecho necesario, que impiden avalar una situación jurídica que supondría consolidar el reconocimiento de unas cláusulas del contrato de trabajo que vulneran el principio de legalidad al que está sometida la actuación del organismo público empleado”. Además, sostiene el TS, reconocer a la previa contratación irregular la virtualidad de asignar retribuciones indebidamente, daría lugar a una discriminación en contra del personal laboral fijo que hubiera adquirido la condición tras la superación de las pruebas selectivas.

En último lugar, la STS 6 marzo 2024 (rec.325/2021) trata la aplicabilidad a las sociedades mercantiles estatales (SME) de la doctrina sobre adquisición de condiciones más beneficiosas en el ámbito de las Administraciones Públicas. El CC que disciplinaba las relaciones laborales de la SME reconocía el derecho de los trabajadores a disfrutar todos los puentes que se estableciesen en el calendario de trabajo, salvando, eso sí, la obligación de recuperar ese tiempo. En lo que nos importa, hasta 2019, el personal había venido prestando servicios en un determinado horario y a razón de 40 horas semanales. En 2019, ese horario cambió por la reducción de jornada anual aprobada en la LPG para 2018, pasando a un horario que sumaba 37,5 horas semanales. Pese a que convencionalmente así se previese, los trabajadores nunca habían sido requeridos por la empresa para recuperar el tiempo de trabajo no prestado por el disfrute de los días de puente. Esto cambió en 2021, cuando la SME incrementa en seis minutos el horario de trabajo diario a fin de garantizar esa recuperación de tiempo no trabajado.

El sindicato actor, accionó en la consideración de que la no recuperabilidad del tiempo no trabajado en los puentes era una CMB y que el cambio constituía una MSCT colectiva.

Dando respuesta al caso, el Alto Tribunal niega que el trascurso de esos años, en los que la empresa no exigió la recuperación del tiempo, supusiese un acto tácito constitutivo de CMB. La doctrina que en la materia se aplica a las Administraciones Públicas, aplicable a la SME, exige que la voluntad inequívoca que caracteriza la concesión de la condición provenga de quien ostente la competencia orgánica, de suerte que, en este caso, al no existir la voluntad de los administradores o del Ministerio que tutela la SME, no puede entenderse válidamente formulada la voluntad de la empresa. Además, el cambio introducido responde a una reforma legislativa, a fin de acomodar la jornada de trabajo a la LPG para 2018, por lo que toda CMB quedaría extinguida por razón de ley. Asimismo, tampoco puede afirmarse la existencia de tal condición por el trascurso de los dos años que median entre la entrada en vigor de la reforma y el cambio de horarios, puesto que la propia LPG para 2018 establece en su DA 144ª que la modificación del tiempo de trabajo solo se puede operar a través de acuerdos o autorizaciones siempre expresas y, en consecuencia, no de forma tácita.

6. Novedades en materia de poder de dirección y control empresarial

Resulta importante determinar cuál es el poder de control del empresario en nuestro ordenamiento jurídico y dónde están los límites de este, de modo que desde una perspectiva generalista se pueda aplicar un criterio justo y proporcional. Así nos encontramos con dos vertientes: una que analiza este poder de dirección del empresario como un poder de dirección y organización de la empresa, y la otra que lo estructura como poder fiscalizador, entendiéndose por este último aquel dirigido a la vigilancia y control. El poder de vigilancia y control deberá entenderse como un poder *ad hoc*, de modo que, en el caso de ser aplicado, deberá de analizarse la intensidad de este, así como su idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

En primer lugar, queremos hacer alusión a la STS 5 junio 2024 (rec. 5761/2022), la cual versa sobre el registro de los enseres personales a una trabajadora sin la audiencia de un tercero, en la misma se argumenta la vulneración del derecho fundamental a la intimidad de la trabajadora recogido en al art. 18 CE y también se alude al art. 18 ET donde se establece la garantía de objetividad, que supone la presencia de un tercero, pudiendo ser este otra persona trabajadora o el representante de los trabajadores.

En segundo lugar, destaca la sentencia STS 6 febrero 2024 (rec. 263/2022), referente al cambio de política en el uso de los dispositivos digitales con impacto en la intimidad de las personas trabajadoras y el criterio relativo a la participación de los representantes de los trabajadores en este sentido, sentencia objeto de análisis en las siguientes líneas y que gira en torno a la protección del derecho a la intimidad de los trabajadores en relación con cambios de la política del uso y vigilancia de los dispositivos digitales propiedad de la

empresa. La sentencia es significativa pues pone de manifiesto la importancia de la participación de los representantes de los trabajadores, como se desprende del art. 87.3 LOPD.

Atendiendo a los antecedentes de hecho nos encontramos por una parte a la empresa, que realiza una comunicación relativa a un cambio de política respecto al uso de los equipos informáticos propiedad de la misma, así como al acceso a internet a través de estos; por otra parte, el sindicato apunta que se ha producido un cambio radical en la política empresarial en cuanto al uso de medios informáticos empresariales, donde inicialmente se permitía el uso privado moderado de los medios informáticos de la empresa, por lo que entiende que dicha comunicación no responde a lo establecido en el art. 87.3 LOPD, pues se realizó sin contar con la participación de la RLPT; y así, la SAN 22 julio 2022 (rec. 178/2022) estimó parcialmente la demanda, declarando la nulidad de la comunicación.

La empresa, invocando el art. 20.3 ET, presenta recurso de casación, entendiendo que ya existía una comunicación previa en relación con la prohibición del uso personal de los dispositivos facilitados por la empresa y que se debía de entender esta comunicación no como una nueva medida sino como un recordatorio de la anterior, por lo tanto, se acoge a lo establecido en el art. 87.3 LOPD, el cual establece el requisito de la participación de los representantes de los trabajadores únicamente en caso de “elaboración” de nuevos criterios y entiende este recordatorio amparado en el art. 20.3 ET. El TS desestima este recurso y declara la firmeza de la SAN.

La sentencia analiza el contenido del art. 20.3 ET estableciendo que el mismo “reconoce el poder de dirección del empresario en el ámbito de la relación laboral y, para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, faculta al empresario para adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control. Se trata de un precepto de carácter general aplicable a todo tipo de actividad, con independencia de los medios materiales que se utilicen para la realización del trabajo”. Y continua poniéndolo en relación con el art. 87.3 LOPD: “en cambio, el artículo 87.3 LOPD se refiere, específicamente, a los criterios de utilización de los dispositivos digitales que el empresario pone a disposición de los empleados para la realización del trabajo y, al respecto, faculta al empresario para establecer normas y criterios para la utilización de los mismos, a la vez que establece limitaciones a ese poder de especificación empresarial vinculadas al derecho a la intimidad de los trabajadores”.

La cuestión que apunta el TS examina el art. 87.3 LOPD y entiende así que la elaboración de los criterios de utilización de dichos medios se realice con la participación de la RLPT. De modo que este precepto supone una “especificación, para un ámbito determinado, del genérico poder de dirección del artículo 20.3 ET, que legalmente se

explica porque, en tal ámbito, la intimidad del trabajador resulta especialmente sensible”. Entiende, por tanto, la AN, que no ha existido una vulneración el art. 20.3 ET.

A continuación, la sentencia se dedica a recordar el carácter imperativo del art. 87.3 LOPD “ en los supuestos en los que el trabajo se realice mediante dispositivos digitales, ya que establece que los empresarios deberán establecer criterios de utilización y que tal establecimiento debe realizarse con la participación de los representantes de los trabajadores. Consecuentemente es claro que, aunque el mandato no tiene efectos retroactivos, cualquier modificación de los criterios previamente establecidos a la entrada en vigor de la LOPD, o cualquier especificación de los mismos, ampliación o restricción debe seguir las normas establecidas en la ley vigente”. Así, a la luz de todo lo expuesto en los hechos del caso, entiende la Sala Cuarta que la actuación de la empresa no supone un “mero recordatorio”, sino que más bien “implica una modificación y, en todo caso, una actualización de los criterios que venían rigiendo en la empresa y que, consecuentemente, debieron ser elaborados cumpliendo la normativa vigente. En efecto, la circular o instrucción (...), tras recordar la prohibición del uso de los equipos informáticos para fines particulares no relacionados con el desempeño de las funciones laborales encomendadas, añade una serie de medidas dirigidas a “impedir el uso indebido de los equipos informáticos” así como “el acceso indebido a internet estableciendo, al efecto la plena accesibilidad de la empresa a todos los ordenadores y a todos los correos electrónicos corporativos facilitados por la empresa al trabajador pudiendo ser en cualquier momento “analizados, examinados, formateados y/o reseteados mediante los oportunos medios informáticos al alcance de la empresa”, sin ninguna otra precisión relativa a la información del interesado o a la participación o presencia del mismo o de sus representantes. Y, “con independencia de que tan amplias posibilidades de acceso pudieran, en su caso, colisionar gravemente con los derechos a la intimidad y dignidad de los trabajadores; lo cierto es que tales criterios debieron ser fijados con la participación de los representantes de los trabajadores, tanto en atención –en abstracto– al discutible contenido de los mismos, como a su contenido de especificación novedosa de anteriores instrucciones”. Por ello, “el mandato no tiene efectos retroactivos, cualquier modificación de los criterios previamente establecidos a la entrada en vigor de la LOPD, o cualquier especificación de los mismos, ampliación o restricción debe seguir las normas establecidas en la ley vigente. Y en este sentido, atendidos los términos literales de la instrucción que aquí se cuestiona, la Sala entiende que resulta palmario que no estamos en presencia de un mero recordatorio, sino que la controvertida instrucción implica una modificación y, en todo caso, una actualización de los criterios que venían rigiendo en la empresa y que, consecuentemente, debieron ser elaborados cumpliendo la normativa vigente”. En este sentido, la sentencia deja claro que el art. 87 LOPD es inmediatamente aplicable desde su entrada en vigor y asume que el

concepto de “elaboración” de los criterios incluye las modificaciones y actualizaciones de los que venían rigiendo en la empresa; y por lo que no cabe duda de que deben participar en la misma los representantes de los trabajadores.

Son preceptos a tener en cuenta en este sentido los arts. 64.5 y 64.6 ET, donde se observa la importancia de la información de la RLPT, así como su participación en relación con la implantación y revisión de sistemas de organización y control. Se desprende de estas líneas que la elaboración unilateral de la empresa de estas medidas o de modificaciones sustanciales en las mismas sin la consulta y participación requerida, está abocada a su nulidad. Asimismo, de la interpretación de los criterios en la SAN, así como en la del Alto Tribunal, se infiere que la participación de la representación sindical será una participación consultiva y no meramente informativa. Esto supone una novedad en sí misma, si atendemos a la posición del TS en sentencias anteriores, como las SSTS 13 septiembre 2016 (rec. 206/2015) u 8 febrero 2021 (rec. 84/2019), donde había considerado que el art. 64.5 y 64.6 ET se refieren a un derecho de participación consultiva, o simplemente, un derecho de información previa.

En definitiva, parece haber asentado claramente el criterio el TS en relación con la posible duda sobre si la información a los representantes de los trabajadores debe de ser consultiva o participativa, al quedar claro que, a la vista de los hechos, la comunicación realizada por la empresa no suponía un mero recordatorio de la política inicialmente impuesta por la misma, sino que existían claramente modificaciones sustanciales, suponiendo estas la aplicación de nuevos criterios.

7. Sucesión empresarial en la jurisprudencia

En materia de sucesión empresarial, no habiéndose producido cambios normativos en 2024, pasamos a continuación comentar los pronunciamientos judiciales más relevantes en la materia. Las resoluciones analizadas consolidan en su mayor parte criterios previos, si bien otras, como la STS 14 marzo 2024 (rec. 81/2022) o la STS 9 julio 2024 (rec. 849/2023), abordan contextos más específicos o que no habían sido objeto de análisis previo.

En primer lugar, la STS 9 enero 2024 (rec. 299/2021) aborda un supuesto de subrogación de personal entre entidades de derecho público, en el que la primera empleadora no había reconocido la antigüedad devengada de los empleados subrogados en la segunda, señalando esta segunda que las limitaciones que le vienen impuestas en el plano presupuestario como empleadora pública no le permitían acceder a la referida pretensión. La Sentencia señala que no es compatible con el art. 14 CE una diferencia de trato por razón de la temporalidad previa y que, en la operación de subrogación de partida,

se debieron asegurar las consecuencias aparejadas, entre ellas este devengo de antigüedad previo a la subrogación.

Como segunda sentencia relevante, la STS 14 marzo 2024 (Rec. 81/2022), analiza el mantenimiento de la condición de RLPT en un supuesto de subrogación empresarial. En concreto, en el supuesto analizado, una compañía (cedente) dedicada a la actividad de servicios de asistencia domiciliaria para mayores y personas dependientes, vende a otra empresa (cesionaria) una rama de su negocio, consistente en la prestación de servicios de asistencia domiciliaria para mayores y personas dependientes. Mientras que en la empresa cedente existía un comité de empresa formado por 9 miembros, en la empresa cesionaria solo existía una delegada de personal. En este caso, la plantilla subrogada incluye a los 9 representantes legales de los trabajadores. En lo que ahora interesa, el debate jurídico se centra en el mantenimiento o no de la condición de RLPT tras la subrogación. A este respecto, la sentencia hace un recorrido por los diferentes pronunciamientos, no siempre coincidentes, en los que trabajadores con estatus de representación legal pasaban a pertenecer a otra empresa, cuestionándose el mantenimiento o no de aquella condición, en interpretación del art. 44.5 ET.

Entre los mismos, pueden destacarse la STS 28 abril 2017 (rec. 124/2016) en la que, se sostiene que, “en la medida en que la conservación del mandato representativo requiere la subsistencia del substrato objetivo y subjetivo o electoral de su representación, es decir, del ámbito en el que fueron elegidos los representantes, la conclusión resultante resulta ser que la desaparición de un centro de trabajo implica la finalización del mandato representativo de los representantes del indicado centro”. En el caso que se resuelve en esa sentencia, se llegó a la conclusión de que la adscripción de los representantes legales a otro centro en el que ya existían representantes, por cierre del que provenían, extingue su mandato. La referida regla general admite excepciones, como la del propio art. 44.5 ET, o en supuestos de fraude de ley como el contemplado en la finalización del mandato representativo antes de que llegase a su término ordinario, o el contemplado en la STS 5 diciembre 2013 (rec. 278/2013), en el que los representantes legales fueron trasladados junto a parte de la plantilla a otro centro en el que no existía RLPT, permitiendo la referida sentencia que los representantes continuaran en su condición hasta las nuevas elecciones o concurriese causa legal de extinción del mandato. Más recientemente, la STS 20 septiembre 2022 (rcud. 1265/2019), señalaba con respecto del art. 44.5 ET que, “del precepto se infiere que la transmisión de empresa no determina, por sí sola, la extinción del mandato de los representantes de los trabajadores, que, por tanto, seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad”, a salvo de las excepciones derivadas de pérdida de identidad de la entidad transmitida por ser absorbida o disuelta, en la nueva estructura empresarial. Extremos

estos últimos que, por constituir la excepción a la regla general de continuidad del mandato representativo, habrán de ser expresamente probados.

En el supuesto ahora enjuiciado, se señala que no se conoce el ámbito de actividad o actividades desplegadas por la demandada (cesionaria) al momento de la adquisición del negocio y por ella tan solo se alega la que la rama de actividad adquirida ha dejado de ser autónoma, pero sin aportar elementos fácticos en los que apoyar tal valoración. En consecuencia, entiende la sentencia que esta falta de prueba implica la aplicación de las garantías del artículo 44.5 ET y, con ellas, el mantenimiento de la condición de representantes legales de los trabajadores de los 9 integrantes del comité de empresa.

En tercer lugar, en la STS 22 mayo 2024 (rec. 2303/2021) se estudian las normas procesales en un supuesto en el que en el procedimiento de instancia hay dos entidades demandas solicitando el abono de cantidad a un trabajador relativa a unas aportaciones a un plan de pensiones, y se condena a una de ellas porque se alega sucesión empresarial, sin que la condenada pudiera oponerse, al no comparecer en el procedimiento de instancia. Se señala, en primer lugar, que dicha incomparecencia no impide que se aprecie la concurrencia de contradicción con otro supuesto en el que sí había comparecido uno de los demandados; y, en segundo lugar, como es conocido, que no puede plantearse en el recurso de suplicación cuestiones que debieron suscitarse en el momento procesal oportuno de la contestación a la demanda, a fin de someterlas a la correspondiente contradicción.

Como cuarta sentencia, la STS 9 julio 2024 (rec. 849/2023) analiza la obligación impuesta por el CC de aplicación, relativa a que la empresa entrante se subroga en la posición de la saliente respecto de los trabajadores adscritos a la actividad objeto de la contrata, en un supuesto en el que en una urbanización de vecinos, en régimen de propiedad horizontal, el servicio de limpieza que venía realizando una empresa es asumido, no por otra empresa, sino por un trabajador autónomo (persona física) sin empleados que tiene intención de desarrollarlo por sí mismo.

Como consecuencia del cese, el trabajador interpone demanda por despido frente a la comunidad de propietarios, su antigua empleadora y el trabajador autónomo (nuevo adjudicatario), siendo estimada parcialmente su demanda en instancia en la que, previa absolución de la comunidad de propietarios y de su anterior empleadora, condenan al empleado autónomo a que, a su opción, readmita al actor en la mismas condiciones que regía antes de producirse el despido, con abono de los salarios de tramitación hasta la notificación de la sentencia, o al pago de la indemnización prevista en el art. 56 ET que cuantifica. El autónomo recurre dicha sentencia y obtiene resolución estimatoria en el TSJ. Por su parte, el TS manifiesta que “la aplicación de la subrogación convencional exige estar en el ámbito de aplicación del convenio que la impone, ya que, en todo caso, para

que las correspondientes previsiones convencionales resulten aplicables, resultará preciso que los sujetos eventualmente afectados se encuentren sometidos a la disciplina del convenio que incluya la cláusula en cuestión”, entendiéndose que, mientras no sea titular, como empleador, de contrato de trabajo alguno, un autónomo, no tiene la condición laboral de empresario. En consecuencia, no queda vinculado por un CC. Asimismo, afirma el TS que la solución adoptada también se desprende de “la lógica jurídica y de la aplicación de los principios elementales del derecho”, y que una interpretación contraria situaría al autónomo fuera del mercado en una contrata de limpieza de 6 horas diarias, de lunes a viernes, si se considerase que le resulta aplicable una previsión convencional como la examinada en un supuesto de sucesión de contratas en el que no se han transmitido elementos patrimoniales y en los que la mano de obra ajena no resulta necesaria ante la realización exclusiva personal y directa del objeto de la contrata por el trabajador autónomo.

La quinta sentencia citada es la STS 11 septiembre 2024 (rec. 1361/2023), que se refiere a un supuesto de despido objetivo de un trabajador que presta servicios para una contratista de *Telefónica*, analizando el cómputo del tiempo de servicios en el que estuvo prestando los mismos servicios para el mismo cliente principal a través de otras empresas, a los efectos del cálculo de la indemnización en el despido objetivo por causas productivas que efectúa la última empresa, a los 8 meses de contratarlo, teniendo en cuenta solo esta última antigüedad. En primer lugar, determina la existencia de subrogación basándose fundamentalmente en la asunción, en un breve lapso de 11 días, de los 13 trabajadores que prestaban servicios en la anterior contrata, declarándose probado que el actor siempre hizo las mismas funciones con la misma categoría de especialista. En consecuencia, con esta primera declaración, entiende que la antigüedad que debe computarse a efectos del cálculo de la indemnización por despido es la de la primera contratista.

En segundo lugar, aborda los efectos que esta falta de reconocimiento de antigüedad deba tener sobre la calificación del despido, según se entienda que se trata de un error excusable, o inexcusable. En el supuesto examinado se aprecia que “no ha habido una complejidad de la sucesión de contratos, ni discrepancias jurídicas que hayan dado lugar a distintas interpretaciones sobre la antigüedad y fraude de los contratos temporales de otros trabajadores en análoga situación, ni se ha probado la falta de oposición de éstos durante muchos años a la antigüedad que se les reconocía en las hojas de salario”. La sentencia concluye que, en casos de sucesión de plantillas, la última empresa debió calcular la indemnización considerando la antigüedad previa, según el art. 44 ET. Entiende igualmente que el referido error es inexcusable, lo que lleva aparejado la improcedencia del despido objetivo efectuado.

Por último, la STS 25 septiembre 2024 (rec. 938/2023) analiza un supuesto de cambio en la adjudicataria del servicio de reprografía de una universidad, en el que la nueva contratista utiliza su propio material para la prestación del servicio de reprografía. La sentencia aplica el art. 13.3 del CC estatal de artes gráficas, que imponía la subrogación laboral a todas las empresas que jurisdiccionalmente o de hecho continuasen el negocio de otra.

La resolución judicial, en aplicación de la doctrina del TJUE (STJUE 27 febrero 2020, C-298/18, *Grafe Pohle*), asume que el criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión de empresa “consiste en saber si la entidad económica mantiene su identidad, lo que se desprende, en particular, de la circunstancia de que continúe efectivamente su explotación o de que esta se reanude [...]”. Para determinar si se cumple este requisito, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación examinada, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario contrate o no a la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades”.

Entiende el TS que el cambio en la adjudicataria del servicio de reprografía de la universidad supone que la nueva empresa contratista va a continuar el negocio de la antigua adjudicataria, el cual consiste en el servicio de reprografía que la universidad necesita para poder cumplir sus fines docentes e investigadores. Por consiguiente, aunque la nueva contratista utilice su propio material para la prestación del servicio de reprografía, se produjo una sucesión convencional que obliga a que la nueva adjudicataria se subrogue en las relaciones laborales de los seis trabajadores que prestaban ese servicio para la antigua contratista, es decir, la norma colectiva obligaba a la adjudicataria a subrogarse en el contrato de trabajo de la actora.

8. Vicisitudes del contrato de trabajo en las administraciones públicas

La contratación laboral en el seno del conjunto de administraciones públicas ha sufrido un cambio de paradigma debido a la evolución del sector público en nuestro país. Como consecuencia de ello, las vicisitudes del contrato de trabajo en todas las vertientes de contratación laboral en la administración también han sufrido un aumento de casuísticas.

La tradicional rigidez del Derecho Administrativo en distintos aspectos, entre ellos, el de la contratación laboral de su personal, ha hecho que lo que se ha denominado por la doctrina científica como “huida del Derecho Administrativo”, haya sido una tendencia

utilizada por ayuntamientos, diputaciones, CCAA y AGE, para proceder a incorporar trabajadores a sus filas. No es baladí la calificación y el modo en el que la contratación laboral en la Administración Pública evoluciona, pues es de suma importancia la interpretación de los tribunales, en un sentido u otro, para que los trabajadores al servicio de éstas –o bien de la empresa contratista– sean considerados como trabajadores indefinidos no fijos. De este modo existen trabajadores públicos por sentencia, que son aquellos indefinidos no fijos en régimen laboral que acceden a la estabilidad en el empleo público²⁰. Es una de las consecuencias que lleva aparejada, por ejemplo, la resolución objeto de estudio en el apartado subsiguiente.

Desde esta perspectiva, están siendo los tribunales del orden social los que arrojan luz respecto de algunas incidencias acerca del contrato de trabajo en las administraciones públicas. Como última instancia, el criterio de la Sala Cuarta del TS es el que fija, de algún modo, el sentido de resolución de vicisitudes en torno a la contratación laboral del personal al servicio de las administraciones públicas. Un ejemplo de ello es la sentencia que, a renglón seguido, se procede a analizar y que, a juicio de quien suscribe, representa e ilustra resoluciones y criterios que pueden tener una gran relevancia tanto en el presente como en el futuro más inmediato.

En primer término, la STS 26 enero 2024 (rec.754/2022) se pronuncia sobre una cuestión de cesión ilegal de trabajadores en el ámbito de la enseñanza en centros con alumnos con necesidades educativas especiales. También trata la consideración de la trabajadora como indefinida no fija, cuestión que ha sido objeto de debate, tanto por la doctrina judicial como científica, en los últimos tiempos.

Entrando en el análisis de la resolución, desde el ente instrumental²¹ de la Consejería competente en materia de educación, véase la Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación, se delega a los gerentes provinciales de esta agencia la contratación del personal que apoye a centros educativos con necesidades especiales. En el marco de esta contratación, el ámbito de aplicación del CC del Personal Laboral de la Junta de Andalucía no incluye a aquellos trabajadores que presten sus servicios para empresas públicas (Hecho 5º) cuando las mismas tengan suscrito un contrato de obra o servicio con la propia Junta de Andalucía. Por consiguiente, el convenio de aplicación será el CC General de Centros y Servicios de Atención a personas con Discapacidad.

²⁰ Por vía de sentencia, es la forma de reconocer estos trabajadores (indefinidos no fijos) en la Administración Pública, ya que no han accedido a ello por un proceso de oposición, concurso o concurso-oposición. Así lo estableció ya el criterio, todavía vigente, de la STS 7 octubre 1996 (rec. 3307/1995).

²¹ Tal y como se señaló en el primer párrafo, la proliferación de entes públicos instrumentales en la Administración Pública ha servido para “flexibilizar” la contratación laboral de personal en el sector público, siendo este un claro ejemplo.

Así, pues, la trabajadora actora venía prestando servicios en calidad de fija discontinua con jornada parcial de 25 horas semanales como auxiliar técnico educativo por cuenta y bajo la dependencia de empresas adjudicatarias del servicio de apoyo y asistencia escolar para el alumnado con necesidades educativas especiales en los centros docentes públicos de la provincia de Jaén, dependientes de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, subrogándose cada empresa en la relación laboral que la actora mantenía con la anterior adjudicataria. La demanda formulada por la trabajadora pretende su consideración como personal indefinido de la Junta de Andalucía, con la respectiva mejora en derechos y condiciones laborales que tal consideración conlleva, así como incluye en su solicitud que se reconozca su cesión ilegal desde el inicio del servicio, con la posibilidad de incorporación a la Junta de Andalucía.

La sentencia del JS fue desestimatoria, sin embargo, el recurso presentado ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía revocó dicha resolución y consideró que sí existe la cesión ilegal de trabajadores, amén de reconocer la condición de trabajadora indefinida no fija al servicio de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía con la categoría profesional y el salario correspondiente. Una vez conocido el criterio del TSJ andaluz, la propia Consejería de la Junta de Andalucía interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina ante el TS que, con la sentencia aquí citada, resuelve la controversia jurídico-laboral anteriormente expuesta.

El TS realiza el siguiente planteamiento: “la controversia suscitada en este recurso de casación unificadora radica en determinar si la trabajadora actora -parte recurrida en el presente recurso- ha sido objeto de cesión ilegal y, en consecuencia, tiene derecho a formar parte de la plantilla de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía” (FJ 1). Y añade que la Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse en numerosas ocasiones sobre la interpretación y procedencia del art. 43.2 ET relativo a la cesión ilegal de trabajadores²², siendo el criterio fijado claro en este sentido: “debe concluirse que las empresas contratistas ejercieron como empresaria real de la trabajadora -aun con la lógica intervención del centro- sin que exista razón para considerar que se apartara de los condicionados de su contrato de prestación de servicio en cuanto a la forma de llevar a cabo éste, todo ello en el marco de una contrata administrativa en la que la Junta de Andalucía, a través de la Agencia Pública andaluzade educación”.

En su FJ 4, reconoce que es recurrente el criterio seguido por el TSJ Andalucía, ahora bien, señala que este mismo criterio ha sido corregido expresamente por el TS en, al

²² P. ej. La STS 15 marzo 2023 (rec. 3390/2020), que establece el siguiente criterio: “para apreciar si concurre o no cesión ilegal habrá que tener en cuenta, en primer lugar, si existe una mera puesta a disposición de los trabajadores o, por el contrario, la empresa contratista ejerce, respecto de los trabajadores como verdadero empresario, manteniendo el control, la organización y la dirección de la actividad laboral”.

menos, cuatro sentencias²³. Por tanto, no se considera a la trabajadora como personal al servicio de la Junta de Andalucía, arguyendo, entre otras cuestiones, que “la vía de externalización que se cuestiona tampoco no cabría entenderse vetada para las que han venido a calificarse de actividades estructurales” y que la propia empresa contratista ha mantenido el control de su prestación de servicios²⁴.

Por otro lado, esa dependencia de la empresa contratista estimada por parte del TS hace que, evidentemente, no haya lugar a la consideración de la trabajadora como personal indefinido no fijo continuo en la Consejería de la Junta de Andalucía, ya que ha apreciado el Tribunal que la trabajadora actora presta sus servicios bajo la dirección y organización de la empresa contratista. Lo expresa así en su apartado quinto del FJ 5: “El segundo motivo casacional se refería a la consideración de la trabajadora como personal indefinido no fijo continuo en jornada completa de la Consejería demandada. La admisión del primer motivo de recurso de casación hace irrelevante el examen del segundo motivo casacional”.

Una vez hecho el análisis de una de las vicisitudes que más controversias jurídicas y de interpretación provocan como es la cesión ilegal de los trabajadores en las Administraciones Públicas, la resolución estudiada nos permite arrojar luz sobre el criterio fijado por la misma, amén de realizar algunas consideraciones finales. La externalización de servicios y la contratación de empresas subcontratistas por parte del sector público en nuestro país es un mecanismo perfectamente válido para la prestación de servicios auxiliares, entre otros, radicando el *quid* de la cuestión en la dependencia, organización y dirección de esa prestación de servicios. Con independencia de para quien sea la labor final, entendiéndose cualquier administración, debe ser clara y evidente la dependencia orgánica y funcional de los trabajadores con la empresa contratista.

Casi con total seguridad se podría afirmar que este será un aspecto que se volverá a discutir en un futuro y que su margen interpretativo es sumamente interesante, teniendo en cuenta, además, los criterios fijados por el TS; pero que se deben estudiar y probar de forma muy pormenorizada por cualquiera de las partes actoras en un litigio de carácter jurídico-laboral. No parece, por concluir, a la luz de los fundamentos detallados que la Sala Cuarta vaya a cambiar su criterio, ya asentado en numerosas resoluciones muy similares a la aquí analizada.

²³ Citadas por el Tribunal Supremo en su FJ 4, entre otras, SSTS 12 enero 2022 (rec. 1903/2020), 13 enero 2022 (rec. 2715/2020), 25 enero 2022 (rec. 553/2020) y 7 febrero 2022 (rec. 175/2020).

²⁴ El FJ 5 así lo expresa: “los hechos probados de autos impiden apreciar la existencia de una cesión ilegal, al haberse acreditado que la empresa contratista mantenía el control de la actividad de la trabajadora”.

IV. DERECHO COLECTIVO ²⁵

En esta nueva edición del Informe anual de la Sección Juvenil, no podía faltar el análisis relativo al Derecho Sindical. En particular, son cinco las temáticas abordadas en el presente informe: el derecho de huelga; la ultraactividad; la implantación de protocolos de teletrabajo y desconexión digital no negociados con la RLPT; los derechos de información vs. la protección de datos; y, por último, la participación institucional.

1. Derecho de huelga

En materia de huelga, seguramente el fallo más destacable del periodo analizado sea el de la reciente STS 14 noviembre 2024 (rec. 227/2022), dictada en Pleno, pues despeja ciertas dudas que habían dejado pronunciamientos anteriores. La problemática tratada es la potencial vulneración del derecho fundamental por parte de empresas distintas a la empleadora, lo que suele producirse en contextos de externalización de la actividad productiva. Confirmando a la sentencia de instancia²⁶, el Pleno aprecia conducta antisindical por parte de la empresa principal, de modo que no es preciso que las empresas implicadas conformen un grupo de empresas. Dada la jurisprudencia anterior en una línea temática que ha sufrido vaivenes, esta puntualización resulta novedosa y relevante.

Muy brevemente, el relato fáctico puede sintetizarse de la siguiente forma: *Telefónica* tiene a nivel estatal distintas contratistas para actividades de mantenimiento, conservación y reparación de la red. A su vez, las empresas contratadas llevan a cabo una subcontratación con otras empresas, incluidos autónomos y TRADES. En los acuerdos mercantiles, recurrentemente aparece una cláusula mediante la cual *Telefónica* puede utilizar indistintamente los servicios de una u otra empresa, garantizándose la intervención de cada una de ellas en defecto de las demás. De este modo, cuando en una zona geográfica alguna empresa contratada no puede atender las demandas, se ofrece a otras, lo cual tienen regulado, desde 2013, en el “Protocolo de socorros y ayudas por empresas colaboradoras”.

Con ocasión de una huelga de duración indefinida convocada por el Comité de Empresa de una de las contratistas, *Cotronic*²⁷, la empresa principal procede a derivar las órdenes de servicio no atendidas por esa empresa a otras colaboradoras. A raíz de ello,

²⁵ Han colaborado en la redacción de este apartado: Cristina ROLDÁN MALENO (coordinadora), Ana GARCÍA GARCÍA, Gratiela-Florentina MORARU, José Enrique RUIZ SAURA y Álex SANS DALMAU.

²⁶ STSJ Cataluña 20 octubre 2021 (rec. 2/2021).

²⁷ Construcciones de las Condiciones del Sur, S.A; el contenido reivindicativo de la huelga aludía al incumplimiento de pago de algunos complementos, a la necesidad de negociar un convenio de empresa y al incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales.

el Comité de Huelga denuncia ante la ITSS hasta en dos ocasiones y, finalmente, los trabajadores huelguistas formulan demanda por vulneración del derecho de fundamental contra las dos empresas. Nos limitaremos en este comentario a la cuestión de fondo, esto es, a la tutela del derecho de huelga frente a empresas distintas a la empleadora formal, sin entrar en otras como la indemnización por daños y perjuicios.

Para abordar esa cuestión, la sentencia trae a colación el pronunciamiento de la STS 22 mayo 2024 (rec. 145/2023), donde se recopila la doctrina del constitucional y de la Sala IV sobre la materia. Como es sabido, la STC 75/2010, de 19 de octubre²⁸, declaró que no sería admisible que en procesos de descentralización productiva los trabajadores carecieran de los instrumentos de garantía y tutela de sus derechos fundamentales con que cuentan en los supuestos de actividad no descentralizada, no pudiendo existir, por la vía de la externalización, espacios inmunes a la vigencia de los derechos fundamentales (FJ 8). Dicha jurisprudencia constitucional en torno a la prohibición del esquirolaje por un empresario tercero fue seguida, como se apuntó, en diferentes pronunciamientos, por el TS. En ellos se destacó el hecho de tratarse de grupos de empresas, incidiendo en ese elemento a la hora de valorar si entre la empresa principal y la huelguista se produce esa especial vinculación en la que fundamentar la vulneración del derecho. De ahí la incertidumbre de si, para apreciar ese vínculo especialmente intenso entre empresa principal y contratista, era necesario el vínculo societario o si, por el contrario, lo relevante está en las posibilidades reales de actuar coordinadamente.

El TS, con la sentencia analizada, despeja las potenciales incertidumbres. Tras exponer varios ejemplos de su doctrina en los cuales no se apreció vulneración del derecho de huelga, declara que no puede aplicarse ese mismo criterio cuando entre la empresa principal y la que se encuentra en huelga existen relaciones interempresariales que pueden estar condicionadas “por estrategias conjuntas de producción, comerciales o de otro tipo” (FJ Quinto 2). Tras ello, trae a colación la cuestión del grupo de empresas, inexistente en el presente caso, para establecer que el criterio resulta igualmente de aplicación allí donde los vínculos entre empresas —principal, contratista y terceras que sustituyen los servicios de la empresa huelguista— sean especialmente intensos, no siendo el grupo de empresa la única situación jurídica a la que es aplicable esta doctrina. Se estima conveniente reproducir literalmente el siguiente párrafo: “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

²⁸ Véase también SSTC 76/10, de 19 de octubre y 98 a 112/10, de 16 de noviembre.

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 pudiese existir entre todas ellas por cualquier otra circunstancia fáctica o jurídica que resulte relevante a estos efectos” (FJ Quinto 3). Quien escribe estas líneas no puede sino celebrar la posición adoptada, insertada en una línea temática que, tras la doctrina inicialmente elaborada por el constitucional, fue acogida en un principio con más proteccionismo para después flexibilizarse.

Por lo demás, para terminar de narrar el caso concreto de la sentencia analizada, resulta fundamental para el Pleno la acreditación de que, durante el periodo de desarrollo de la huelga, el desvío de órdenes a otras subcontratas de la misma zona geográfica de *Cotronic* fue porcentualmente muy superior al producido durante periodos sin huelga, sin que *Telefónica* impidiese esa práctica para evitar la adjudicación a terceros en el contexto huelguístico. Del mismo modo que la sentencia de instancia, el TS no encuentra justificación ni en la cláusula del contrato mercantil mencionada, que no puede operar para evitar que la huelga consiga su finalidad, ni en el hecho de que *Telefónica* preste un servicio público, para lo que habrá de recurrirse a los oportunos servicios mínimos.

Como colofón, se mencionarán sucintamente otras sentencias que también presentan cierto interés, siguiendo un orden cronológico: en primer término, la STS 19 diciembre 2023 (rec. 300/2021) dirime un asunto sobre la interpretación del acuerdo fin de huelga. En concreto, se analiza si dicha fuente resulta aplicable en supuestos de sucesión de empresas. La Sala afirma con contundencia la aplicabilidad del acuerdo fin de huelga a los trabajadores de las empresas que se subrogaron en las relaciones laborales de la mercantil que lo suscribió; en segundo lugar, la STS 7 marzo 2024 (rec. 16/2022) trata un caso de licitud de una huelga, en la que el TS, sin acoger las pretensiones empresariales, recuerda que la huelga tiene cabida durante la vigencia de un convenio cuando su finalidad no sea estrictamente alterarlo. El objetivo de la huelga discutida no persigue la novación, sino fines más amplios que son legítimos; por otro lado, como ya se ha mencionado con ocasión de la sentencia principal aquí comentada, la STS 22 mayo 2024 (rec. 145/2023), donde el TS no aprecia nexo de causalidad entre una huelga de trabajadores y su despido colectivo, no estimando que constituya un caso de represalia; por último, la STS 16 octubre 2024 (rec. 211/2022), aborda un supuesto de esquirolaje interno, el cual confirma, ratificando así la sentencia de instancia. Aquí, *Radio Televisión Andalucía* y *Canal Sur Radio y Televisión* vulneraron el derecho de huelga al mantener la emisión de un programa

informativo de radio sustituyendo internamente a la trabajadora huelguista²⁹, que ejercía de presentadora habitual y solo era sustituida ocasionalmente por vacaciones y otras circunstancias análogas.

2. Ultraactividad

De sobra es ya conocida la modificación de la ultraactividad de los CC mediante el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, el cual termina con el régimen jurídico anterior de la ultraactividad (instalado con la Reforma laboral de 2012), según la cual la vigencia del CC, una vez denunciado y concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio y, de no acordar lo contrario, su vigencia será ilimitada. Sin embargo, por razones procesales y temporales, la jurisprudencia del TS aún no ha conocido conflictos a los que aplicar la mencionada regulación. Por este motivo, las sentencias que se analizan a continuación reiteran doctrina y se resuelven apoyándose en las normas anteriores a la reforma, las cuales limitaban la aplicación de la ultraactividad a un año desde la denuncia del convenio sin que se hubiera acordado uno nuevo o dictado un laudo arbitral, plazo tras el cual perdería su vigencia y se aplicaría, si lo hubiere, el CC de ámbito superior que fuera de aplicación.

La primera de ellas, STS 22 febrero 2024 (rec. 28/2022), trata sobre un conflicto colectivo entre *Babcock Mission Critical Services España, SAU* y su plantilla, a instancia del Sindicato Libre de Trabajadores Aéreos (SLTA) contra dicha recurrente, Sindicato Español de Pilotos de Líneas Aéreas, (SEPLA), Asociación Sindical Española Rescatadores Salvamento Marítimo (ASERSM), Unión General de Trabajadores (UGT), Comisiones Obreras (CCOO) y Confederación General de Trabajadores (CGT). El problema surge a raíz de la implantación unilateral por parte de la empresa de un procedimiento de "gestión de viviendas compartidas" para los trabajadores que pernoctan fuera de su base, pues considera que ya no resulta aplicable el CC de empresa, que recogía el derecho de los trabajadores de la empresa a alojarse en un hotel o abonar dietas por pernocta a cargo de la empresa, por haber finalizado el periodo de vigencia del mismo y haber sido denunciado. En cambio, tal procedimiento es impugnado por los sindicatos, por entender que se opone a lo previsto en el CC de empresa –vigente en ultraactividad– y al Acuerdo alcanzado en el SIMA, siendo su pretensión estimada en primera instancia por la SAN 27 septiembre 2021 (rec. 302/2020).

²⁹ Con anterioridad, en un supuesto sustancialmente idéntico (casos Radio Televisión Galicia), vid. SSTs 13 enero 2020 (rec. 138/2018) y 27 enero 2021 (rec. 140/2019).

Presentado recurso de casación por la empresa, se discute si el Tribunal *a quo* incurre en error al acudir al criterio de interpretación finalista para conocer la voluntad de las partes negociadoras del art. 6.2 CC de empresa que regulaba la vigencia del mismo. Argumenta la recurrente que “las normas se interpretarán según el sentido de sus palabras si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes conforme al sentido literal de sus cláusulas”. El mencionado precepto reza lo siguiente: “una vez denunciado el Convenio y hasta tanto en cuanto se pacte uno nuevo, perderán vigencia sus cláusulas obligacionales, manteniéndose en vigor el contenido normativo en los términos previstos en el art. 86.3 ET”.

En contra de lo sostenido por la empresa demandada, el TS falla la desestimación del recurso de casación y confirma la sentencia de la AN, al entender que el CC de empresa seguía vigente en el momento de la controversia y, por lo tanto, la decisión unilateral de modificar el régimen de pernoctaciones de los trabajadores era contraria a la normativa laboral vigente. Fundamenta su argumentación en los siguientes puntos: 1) de la redacción del art. 86.3 ET y 6.2 CC infiere que la intención de las partes negociadoras, especialmente la empresa, era mantener la vigencia del contenido normativo del convenio después de su denuncia; 2) considera que las acciones de la empresa, como la inclusión del CC en ofertas y contratos de trabajo posteriores a su denuncia, demuestran su intención de mantener su vigencia; 3) un testigo presentado por la propia empresa reconoció que se seguían abonando las dietas según lo establecido en el convenio, incluso después de su supuesta fecha de caducidad; 4) ante la ambigüedad del lenguaje utilizado en el artículo 6.2 CC, se aplica el criterio de interpretación finalista para determinar la voluntad de las partes y concluye que la finalidad era mantener la vigencia del convenio hasta la firma de uno nuevo.

La segunda de las sentencias acoge un supuesto de aplicación de la ultraactividad en caso de subrogación. Así, la STS 21 diciembre 2023 (rec. 163/2021) trata sobre un conflicto colectivo iniciado por la CCOO País Valenciano frente a las empresas *Autopistas AUMAR*, *Abertis Autopistas España, S.A.U.* y *Mantenimiento de Infraestructura S.A. (MATINSA)*, surgido a raíz de la subrogación de 51 trabajadores de *AUMAR* a *MATINSA*, argumentando que deberían mantener los mismos pluses y beneficios que tenían con su anterior empleadora, esto es aquellos recogidos en el CC que consideran aplicable en ultraactividad en el momento de la subrogación. Primero la STSJ Comunidad Valenciana 19 enero 2021 (rec. 22/2020) y ahora el TS desestiman las pretensiones de la parte actora y fallan a favor de las empresas, al entender que el CC de origen expiró y no se ha negociado uno nuevo tras la subrogación, por lo que resulta aplicable el convenio de ámbito superior, el cual no recoge los pluses y beneficios en cuestión.

Si bien tras la subrogación de la plantilla deben respetarse las condiciones anteriores al traspaso y, por ello, debe mantenerse la aplicación del mismo convenio aún en fase de ultraactividad (ex art. 44.1 ET), ello se impone solo hasta que resultara aplicable un convenio distinto. Además, ese nuevo CC tiene que ser claramente "nuevo", es decir, suscrito y publicado con posterioridad a la fecha de efectos de la transmisión de empresa, por lo que no es válido aplicar un CC que estuviera en vigor en el momento de la sucesión. Sin embargo, ello no significa que se obligue indefinidamente a la empresa entrante a mantener las condiciones de la anterior, sino en tanto que dichas condiciones se mantengan mientras lo esté el CC de origen, incluso en fase de ultraactividad y hasta que sea sustituido por la entrada en vigor de un nuevo convenio.

Sin embargo, ambos tribunales aceptan la argumentación de nueva empresa adjudicataria, la cual alegaba la extinción de la vigencia del CC anterior tras el periodo de un año de su denuncia, y, no existiendo uno nuevo, publicado y con entrada en vigor con posterioridad a la subrogación, se debe estar a lo establecido en el art. 86.3 ET, lo que en este caso supone acudir al CC provincial, en cuyo ámbito de aplicación se encuentra la unidad transmitida y que se corresponde con el de ámbito superior. Es decir: 1) el CC que se aplicaba en *AUMAR*, la empresa de origen de los trabajadores, tenía vigencia hasta el 31 de diciembre de 2019. Tras ser denunciado, el convenio expiró, dejando de ser aplicable a partir del 30 de junio de 2020; 2) tras la subrogación de los trabajadores a *MATINSA*, el 1 de enero de 2020, no se negoció un nuevo CC que les fuera aplicable; 3) puesto que no se ha negociado un nuevo convenio tras la subrogación, se debe aplicar el CC provincial, en este caso, los de la construcción de las provincias de Valencia y Alicante, que estaban vigentes en el momento de la subrogación.

3. La implantación de protocolos de teletrabajo y desconexión digital sin negociar con la RLPT

Tras la llegada de la pandemia originada por el Covid-19, el teletrabajo ha experimentado un impulso palpable en España y otros países de nuestro entorno. El legislador no es ajeno a esta realidad y, en los últimos años, ha aprobado nuevas leyes específicamente enfocadas a regular el trabajo *online* en diversas facetas, como puede ser la LTD o la llamada "Ley Rider"³⁰. Asimismo, la negociación colectiva está reservando un espacio cada vez mayor a preceptos relacionados con la digitalización del trabajo, p.ej.

³⁰ Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la LET, aprobado por el RDLeg 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales.

la desconexión digital, la provisión de herramientas tecnológicas para el trabajo, el teletrabajo como medio para favorecer la conciliación laboral y familiar, etc.

En particular, es reseñable la necesidad de que las empresas pongan en marcha protocolos de desconexión digital, es decir, documentos que alberguen con claridad las medidas de aplicación para dotar a su plantilla de garantías para que el tiempo dedicado al uso de medios tecnológicos con fines profesionales no invada su esfera privada, especialmente, la familiar. Todo ello, en relación con lo dispuesto en el art. 88 LOPDP, en el art. 18 LTD y en el art. 20 bis ET. No obstante, al tratarse de una regulación reciente y enfocada a un escenario laboral novedoso, en ocasiones surgen controversias sobre su puesta en marcha, debiendo los tribunales del orden social encargarse de determinar el criterio prevalente. Así ocurre en el supuesto que se analizará a continuación.

La controversia jurídica comienza cuando *Ayesa Advances Technonogies, S.A.*, una empresa dedicada a la actividad de servicios tecnológicos de ingeniería y consultoría, implantó a raíz del Covid-19 su denominada “Política de Smart Job”, la cual comprendía entre otras cosas el trabajo a distancia y la desconexión digital. Previamente a ello, dio audiencia a la RLPT para que emitiera un informe con sus valoraciones al respecto.

Posteriormente, en fecha de 13 de junio de 2022, la mercantil comunicó a la RLPT que procedía a revisar la mencionada política para adaptarla al RDL 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia (después confirmado por la LTD), dándole nuevamente audiencia a la representación unitaria en términos similares a los de la anterior ocasión. Ante ello, uno de los sindicatos con implantación en el seno de Ayesa, ASC, emitió informe desfavorable con respecto a la medida adoptada por la empresa. Finalmente, la implantación definitiva de la nueva política de teletrabajo y desconexión digital de Ayesa tuvo lugar el 3 de octubre de 2022.

Más tarde, el 12 de febrero de 2024, ASC interpuso demanda de conflicto colectivo interesando “la nulidad de la actuación unilateral de la empresa denominada Procedimiento Smart Job, consistente en la implantación unilateral de un régimen colectivo de teletrabajo”. Y en ello, en base a la consideración de que la implantación unilateral del sistema de teletrabajo y de la política de desconexión digital omitiendo su previa negociación con la representación unitaria de las personas trabajadoras es contraria al art. 88 LOPDP y supone una vulneración del derecho a la libertad sindical, en su vertiente de negociación colectiva. Además, se incidió en que la manera de proceder de la empresa también era contraria al convenio de aplicación, concretamente, al XVIII CC estatal de empresas de consultoría, tecnologías de la información y estudios de mercado y de la opinión pública (BOE núm. 177, de 27 de julio de 2023), el cual regula el trabajo a distancia en su art. 41.

Por su parte, Ayesa se opuso a esta pretensión planteando que “ni el trabajo ni la política de desconexión digital deben ser negociados de forma colectiva con la representación legal de la plantilla, sino solo ser oída”.

Por último, el Ministerio Fiscal coincidió parcialmente con los argumentos de ASC y solicitó que la sentencia acogiese las pretensiones de esta en lo concerniente a la desconexión digital, pues consideró que la política sobre esta cuestión, efectivamente, debió ser objeto de negociación colectiva.

Una vez expuesto lo anterior, se analizará el criterio de la AN, el cual difiere del planteado por ASC para fundamentar su demanda. Concretamente, la SAN 6 mayo 2024 (rec. 62/2024) hace una distinción, de un lado, entre las exigencias legales que deben cumplirse para la adecuada puesta en marcha de políticas de desconexión digital en la empresa y, de otro, sobre lo concerniente a la regulación del ejercicio de los derechos de desconexión. Específicamente, señala que “mientras que la elaboración de las primeras se encuentra encomendada en la empresa, previa audiencia a la RLPT, la regulación del ejercicio de tales derechos se encomienda a la negociación colectiva y, en su defecto al acuerdo de empresa”.

Para establecer esta distinción, la AN se remite a los apdos. 2 y 3 del art. 88 LOPDP, que regula el “Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral”. Literalmente, el segundo apartado de este artículo señala que las modalidades de ejercicio de la desconexión digital “se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores”. Sin embargo, en el apartado siguiente, para que la empresa elabore “una política interna dirigida a trabajadores” acorde a la legalidad vigente, el legislador solo le insta a efectuar la “previa audiencia de los representantes de los trabajadores”.

Además, se da la particularidad de que este art. 88.3 LOPDP es prácticamente coincidente con la redacción del art. 18.3 LTD y, por tanto, reitera que el requisito de participación de la RLPT se concreta en esa “previa audiencia” a la elaboración de la política interna. Asimismo, el art. 41 del convenio aplicable anteriormente mencionado no desvirtúa lo anterior, pues en su tercer y último párrafo se limita a reconocer el derecho a la desconexión digital en el ámbito del trabajo a distancia “tanto en los términos establecidos legalmente, como en las políticas existentes en cada una de las empresas”.

Ha de resaltarse que, con este pronunciamiento, la AN viene a desmarcarse de lo argumentado en su SAN 22 marzo 2022 (rec. 33/2022), cuyo FJ 16 expuso literalmente la siguiente fundamentación: “obvio es, que ningún derecho presenta perfiles absolutos desde el momento en que su ejercicio convive con otros derechos que ocasionalmente pueden contraponerse, pero los límites al derecho a la desconexión digital en el teletrabajo no los puede establecer unilateralmente el empresario, sino que, como indica el art. 88

LOPDP, se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores”.

En consecuencia, la AN ha dejado de entender que la modulación del derecho a la desconexión digital ha de surgir de la negociación colectiva, para considerar que la normativa de aplicación habilita a la empresa para autorregular esta cuestión con la única obligación de escuchar previamente a la representación unitaria.

Llegados a este punto, un último interrogante que cabe resolver es qué ocurriría si tampoco se diera audiencia previa a la representación unitaria, es decir, cuál podría ser la consecuencia de que la mercantil también obvie dicho requisito. Esta no es una cuestión baladí, ya que podría dudarse entre considerar que la omisión de este requisito pueda acarrear la nulidad de la política de desconexión o suponer una mera infracción administrativa en virtud del art. 7.7 LISOS.

Pues bien, el TS abordó una controversia relativamente similar a esta en su STS 6 febrero 2024 (rec. 263/2022). En ella, se analizó la licitud del establecimiento de criterios para la utilización en la empresa de medios digitales sin haber contado con la participación de la RLPT, ni siquiera para que emitiera el correspondiente informe. Concretamente, la resolución hace referencia a una serie de directrices implantadas por la empresa para “impedir el uso indebido de los equipos informáticos”, así como “el acceso indebido a internet”. Para ello, la mercantil se reservó la plena accesibilidad a todos los ordenadores y cuentas de correo corporativas facilitadas a la plantilla, pudiendo analizar y examinar dichos elementos y, en caso de estimarse oportuno, incluso formatearlos o resetearlos “sin ninguna otra precisión relativa a la información del interesado o a la participación o presencia de del mismo o de sus representantes”.

En este caso, la conducta empresarial fue considerada un incumplimiento de los arts. 87.3³¹ y 88.3 LOPDP y, por ende, fue declarada nula. Y ello por entenderse que “tales criterios debieron ser fijados con la participación de los representantes de los trabajadores, tanto en atención -en abstracto- al discutible contenido de los mismos, como a su contenido de especificación novedosa de anteriores instrucciones”. De esta forma, el Alto Tribunal corroboró la fundamentación expuesta en fase de instancia por la SAN 22 julio 2022 (rec. 178/2022).

³¹ Cabe recordar que el art. 87.3 LOPDP aborda específicamente “los criterios de utilización de dispositivos digitales”, señalando lo siguiente: “los empleadores deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente. En su elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores”.

Pese a tratarse de un supuesto de hecho que no es estrictamente idéntico al analizado por la antedicha SAN 6 mayo 2024 (rec. 62/2024), este criterio puede aplicarse analógicamente a las políticas empresariales de desconexión digital.

4. Derechos de información de los representantes de los trabajadores y protección de datos

Los derechos de información y vigilancia que la ley atribuye a los representantes de los trabajadores (legales o sindicales) constituyen un elemento esencial para el desarrollo de su actividad de promoción y defensa de los intereses de sus representados (STC 142/1993 y STS 21 diciembre 2015, rec. 56/2015). Sin embargo, la amplitud y multiplicidad de materias sobre las que se predicen estos derechos, colisionan en ocasiones con otras previsiones del ordenamiento jurídico, lo que precisa de una ponderación de los derechos en juego y obliga a profundizar en el contenido y alcance de las instituciones jurídicolaborales.

En este sentido, la Sala Cuarta del TS ha tenido ocasión recientemente de pronunciarse acerca de la relación entre los derechos que asisten a las mencionadas representaciones colectivas en sus labores de vigilancia y control del cumplimiento de la legislación laboral en un sentido amplio y los derechos de protección de datos. Así, la STS 24 septiembre 2024 (rec. 236/2022) resuelve sendos recursos de casación contra la SAN 19 abril 2022 (rec. 39/2022) dictada en procedimiento de conflicto colectivo. La cuestión más relevante a los efectos de lo que aquí se trata reside en el derecho de la RLPT a acceder a la información relativa al registro de jornada, particularmente a la identidad (nombre y apellidos), provincia y población del trabajador al que corresponden los apuntes en el registro.

El art. 34.9 ET, que generalizó el deber de llevanza del registro diario de jornada, como resultado de las Conclusiones del Abogado General en el marco de la cuestión prejudicial sometida por la AN al TJUE –STJUE 14 mayo 2019 (C-55/18) *Deutsche Bank*–, confiere en su párrafo tercero el derecho a la RLPT a acceder al mencionado registro. El problema surge en el presente caso a la hora de determinar el alcance concreto de dicha facultad en relación con los datos de las personas que obran en el registro. El Tribunal, como la sentencia de instancia, recuerda la anterior STS 7 febrero 2018 (rec. 78/2017) sobre la necesidad de conocer los datos de los trabajadores para un adecuado ejercicio de las funciones de vigilancia que tienen encomendados los órganos de representación.

Acudiendo a los arts 6.1 RGPD y 11 LPDP, el TS estima lícito el tratamiento de dichos datos cuando deriva la necesidad de dar cumplimiento a una obligación legal o cuando se fundamente en el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable, como sucede en el caso, en virtud de los

arts. 34.9 y 64.7 ET. Además, dicha limitación al derecho a la protección de los datos de carácter personal se encontraría justificada, toda vez que, como recuerda la Sala, estos no tienen un carácter absoluto (STC 292/2000) y resulta evidente la conexión directa entre los datos cedidos y las funciones que los representantes legales y sindicales tienen encomendadas ex arts. 34, 64 ET, 10.3.1 LOLS y 7 y 28 CE. Estos datos son, a juicio del Tribunal, pertinentes, proporcionales y necesarios, máxime cuando guardan estrecha relación con la obligación de proteger la salud y seguridad de los trabajadores (STS 18 enero 2023, rec. 78/2021).

En cambio, distinto es el sentido de la STS 21 noviembre 2024 (rec. 218/2023), en relación con el registro salarial previsto en los apdos. 2 y 3 del art. 28 ET y en el RD 902/2020, el cual desarrolla la citada previsión, apartándose así del criterio sostenido por la AN (SAN 16 mayo 2023). En el presente caso, el Alto Tribunal resuelve la cuestión acerca de si el registro salarial debe contener datos que permitan la identificación de la retribución individualizada de las personas trabajadoras.

La Sala Cuarta acude tanto a la redacción de la norma estatutaria, que establece la obligación de llevanza del registro de los valores medios “de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor”, como a la norma reglamentaria, la cual hace referencia a la “media aritmética y la mediana” de las percepciones, para descartar que deba realizarse el registro desde parámetros meramente individuales.

El Tribunal realiza una interpretación restrictiva de la norma, al permitir la exclusión del registro, en base a la legislación en materia de protección de datos, de aquellos grupos de trabajadores que por su composición reducida pudieran permitir la identificación de la retribución individualizada de sus integrantes, validando así el límite acordado al principio de transparencia retributiva, que no se encuentra explícitamente recogido en el art. 28 ET, sin considerar el carácter instrumental de dicho derecho para el adecuado ejercicio de los órganos de representación y el deber de sigilo que recae sobre estos en relación con la información de carácter reservado que se les proporciona por razón de su cargo (art. 65 ET).

Resoluciones como las que aquí se exponen revelan la necesidad de una regulación más detallada de los derechos laborales, así como un tratamiento específico de aquellas materias que, sin pertenecer de modo exclusivo al terreno del Derecho del Trabajo, tienen un impacto directo sobre las relaciones laborales, así como la conveniencia de reforzar la posición de los órganos de representación colectiva, con el fin de una mejor y más eficaz labor de promoción y defensa de las personas trabajadoras ante los cambios y desafíos que presenta el actual mundo del trabajo.

5. Participación institucional y mayor representatividad

En el año 2022, el Ministerio de Trabajo y Economía Social formulaba una consulta pública previa a la elaboración de un Anteproyecto de Ley de “Participación Institucional”, con el principal propósito de dar respuesta a la falta de desarrollo del art. 129 CE y a la necesidad de conformación de un marco de derechos y obligaciones para las organizaciones sindicales y empresariales llamadas a cumplir esta función. Desde el Ministerio de Trabajo se reafirmaba el protagonismo cobrado por el diálogo social, el cual requiere consolidación a través del derecho constitucional a la participación institucional. Aunque no se haya avanzado en esta idea, el objetivo de la norma consistía en ordenar la participación institucional de las instancias sindicales y empresariales en los órganos colegiados con funciones de decisión, propuesta, asesoramiento, seguimiento o control, que actúen integrados en la Administración General del Estado o en alguno de los organismos públicos; la participación de sujetos sindicales y empresariales en los foros y mesas de concertación socio-económicos para la promoción y defensa de los intereses que le son propios; etc. Por ello, la STC 63/2024, de 10 de abril, no puede ser más pertinente, motivo por el que sus principales aportaciones van a ser esbozadas en siguientes líneas.

Con ocasión de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el TS, en relación con distintos postulados de la Ley 30/2015, de 9 de diciembre, por la que se regula el sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral, el TC ha tenido la ocasión de volver a pronunciarse respecto del sistema de mayor representatividad configurado en la LOLS y la posible vulneración de los arts. 14 y 28 CE. Los antecedentes de hecho que han conducido a la sustanciación de este pronunciamiento derivan de un recurso contencioso-administrativo especial para la protección de derechos fundamentales formulado por el sindicato USO, fundamentado en la vulneración de determinados preceptos de la referida ley, en la medida en que exigen el requisito de mayor representatividad y/o representatividad de las instancias sindicales para participar en determinadas actividades en el marco de la formación profesional para el empleo.

Sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, el Ministerio Fiscal no se opuso a su formulación, al entender que concurre una conexión regulatoria entre la Ley 30/2015 y el RD 694/2017, conexión que permite entender cumplido el “juicio de relevancia”, señalando que la infracción constitucional de la norma reglamentaria no puede desvincularse de la ley de cobertura. Por su parte, USO se reafirma en la previa solicitud de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Por último, el abogado del Estado formuló su oposición, al entender que la participación indistinta de cualquier sindicato en el sistema de formación profesional para el empleo conduciría a una coyuntura de

atomización sindical y empresarial que impediría a los actores sociales cumplir con las funciones encomendadas por la Ley 30/2015 y el RD 694/2017.

Frente a las anteriores posturas, el TS acordó plantear la cuestión de inconstitucionalidad, sosteniendo que la validez de la Ley 30/2015 condiciona la resolución del recurso contencioso-administrativo planteado por USO contra el RD 694/2017, al existir una conexión regulatoria por la cual la aplicación de la norma reglamentaria implica la de la Ley 30/2015. El TS sostiene que para resolver la duda de inconstitucionalidad hay que determinar si la formación profesional para el empleo es una actividad encuadrable en la función de “representación institucional” ex art. 7 LOLS o no. El TS plantea que la exclusión del sindicato recurrente de la posibilidad de participar en el ejercicio de las funciones consultivas en materia de formación profesional afecta a los derechos consagrados en los arts. 14 y 28 CE. Para lo anterior, el TS se apoya en la doctrina del TC sobre la institución de la mayor representatividad, concluyendo que los sindicatos de notoria implantación nacional (como es el caso de USO) podrían ostentar las funciones de consulta y planificación contempladas en la Ley 30/2015, al interpretar que los aspectos regulados en la misma no se integran en el ámbito de la representación institucional, donde la atomización sindical puede menoscabar la defensa de los intereses de las personas trabajadoras.

Admitida a trámite la cuestión de inconstitucionalidad, entre las diferentes posturas que merecen ser reseñadas, el abogado del Estado interesó la inadmisión y, subsidiariamente, la desestimación de la misma, al entender que el TS defiende la participación de un “sindicato de notoria implantación nacional” sustituyendo el criterio de la mayor representatividad de la Ley 30/2015, en un “puro ejercicio de reconstrucción del precepto legal”. El abogado del Estado esgrime, entre sus argumentos, la evolución legislativa del sistema de formación profesional para el empleo y el rol de las organizaciones sindicales en la misma. Añade que un sistema eficaz y eficiente requiere un determinado grado de representatividad o implantación que, de no concurrir, daría lugar a la atomización sindical y empresarial que obstaría el cumplimiento de las funciones que la ley encomienda a los interlocutores sociales. Por su parte, el Ministerio Fiscal solicita la declaración de constitucionalidad de los mandatos legales impugnados, advirtiendo que la participación institucional no se concreta en funciones decisorias o consultivas o en el origen de los fondos que sostienen el sistema, sino en el carácter público de los organismos afectados y en la defensa de los intereses generales. El sindicato USO, en sus alegaciones, insiste en que las funciones consagradas en los artículos objeto de controversia no se integran en el concepto de “representación institucional” y alega que no concurre justificación legal para requerir la representatividad en la participación en materia formativa. Por último, el sindicato apunta que el sistema de formación profesional se financia con fondos públicos

y con las cuotas aportadas por todas las personas trabajadoras, por lo que han de prevalecer los intereses del conjunto de los trabajadores sobre los de los sindicatos, con independencia de su representatividad.

Tras rechazar la solicitud de inadmisión del abogado del Estado y verificar la parcial concurrencia de los óbices procesales exigidos por el art. 35 LOTC, el TC procede a retratar la trascendencia del sistema de formación profesional para el empleo en nuestro ordenamiento jurídico y la participación de las organizaciones sindicales en el mismo para, con posterioridad, reflejar la doctrina aplicable al presente supuesto. En primer lugar, el TC se refiere a la función constitucional de los sindicatos perfilada en el art. 7 CE y el derecho de libertad sindical contemplado en el art. 28.1 CE. Otro aspecto de esencial relevancia abordado en este enjuiciamiento es el relativo a la importancia de conciliar la igualdad de trato de los sindicatos con el principio de promoción del hecho sindical, sin olvido de la consideración de la mayor representatividad como requisito objetivo de diferenciación entre sujetos sindicales.

La delimitación de todos los anteriores aspectos conduce al TC a la resolución de la cuestión planteada. Una de sus consideraciones merece especial mención, pues indica que la participación institucional trasciende el mero hecho de ostentar la representación institucional de los trabajadores ante las Administraciones Públicas, comprendiendo cualquier otra forma de intervención de los sindicatos en las funciones desarrolladas por un organismo público que el legislador considere otorgar a las instancias sindicales como contenido del derecho comprendido en el art. 28.1 CE. El TC concluye que el trato diferencial de los sindicatos derivado de la mayor representatividad puede considerarse objetivo y razonable en el plano de la participación institucional. El Alto Interpretante señala que la existencia del trato diferencial se da en niveles superiores del sistema de formación profesional, donde la dispersión podría impedir un eficaz funcionamiento. Respecto del ámbito de la programación, señala que el trato diferencial se produce en las modalidades de oferta formativa de carácter complementario, que exige una evaluación y consideración integral de las necesidades del mercado laboral y, por último y en lo que se refiere a la gestión económica de los fondos de formación, el TC señala que la diferencia de trato no alcanza esta vertiente, pues descansa en un régimen de concurrencia competitiva. Por todo ello, el TC desestima la cuestión de inconstitucionalidad.

V. PROTECCIÓN SOCIAL ³²

1. Cotización adicional de solidaridad

El tiempo, esa dimensión de la que ningún ser humano puede escapar, nos persigue y nos atrapa, e inevitablemente nos condiciona llegado el momento. Todas las personas, una vez cumplida la edad exigida, nos retiraremos del trabajo, cesaremos en el ámbito profesional, cediendo el paso a otras personas trabajadoras. Pero esta transición no es tan sencilla, no se trata de una mera “sustitución del puesto de trabajo”, dado que el sistema de SS que se sustenta sobre el factor trabajo ha de seguir funcionando, no puede estancarse y ha de garantizar el sostenimiento del sistema de pensiones. Garantizar pensiones adecuadas ha sido –y sigue siendo– una de las mayores preocupaciones de los poderes públicos y de la sociedad en general, de ahí que ya se empezara a tratar el tema de su sostenibilidad financiera en las recomendaciones del Pacto de Toledo de 1995, así como en sus posteriores revisiones, las cuales se han ido integrando en los textos normativos de forma paulatina para poder hacer frente a esta problemática de tanto calado social y económico.

El art. 41 CE establece que “los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad”, por lo que es una obligación de la administración que gestiona el sistema de Seguridad Social asegurar pensiones adecuadas ante la situación de jubilación. Pero ¿cómo se rige el sistema de SS?

Este sistema español de SS se guía por el principio de solidaridad intergeneracional, lo que equivale a decir que las personas que se encuentren trabajando en cada momento, la población activa, sufragarán –mediante sus cotizaciones sociales– las prestaciones de las personas que se encuentren inactivas, entre las que se incluyen las personas beneficiarias de pensiones de jubilación. Por tanto, las cotizaciones sociales vienen estrechamente ligadas al principio de solidaridad, tal como ya dijera Canalejas a comienzos del siglo XX cuando afirmó que “nadie niega ni siquiera discute los inmensos beneficios que a la sociedad contemporánea dispensa el seguro: atenúa el desequilibrio económico, combate la miseria y fomenta la solidaridad, haciendo que los fuertes presten auxilio a los débiles, enlazando la infancia, con la ancianidad, sin detenerse ante las barreras de preocupaciones o egoísmos que separan las clases sociales”.

³² Han colaborado en la redacción de este apartado: Catalina SMINTINICA (Coordinadora), Ana CASTRO FRANCO, Francisco Xabiere GÓMEZ GARCÍA, Irene MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Alicia MORENO NÚÑEZ, Francisco Miguel ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE, José Manuel PAZÓ ARGIBAY, Aránzazu ROLDÁN MARTÍNEZ y Andrés URBANO MEDINA.

Entendida la importancia del principio de solidaridad intergeneracional para el sostenimiento del sistema de pensiones, y teniendo en cuenta la problemática existente sobre el futuro de las pensiones de jubilación, consecuencia del déficit presupuestario que ha experimentado en la última década el fondo de reserva de SS, el legislador introdujo la denominada cotización adicional de solidaridad a través del 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. Para la introducción de este nuevo mecanismo de financiación se añadió un nuevo art. 19 bis LGSS, modificándose en paralelo el Reglamento General de Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social e incorporando así a nivel reglamentario la regulación necesaria para hacer posible la aplicación de la cotización adicional de solidaridad.

Hay que tener en cuenta, como ya advirtió la doctrina, que hasta el año 2023 las bases máximas de cotización estaban topadas, por lo que todo lo que se percibiera por encima de esa cantidad estaba exento de cotización, limitando así la progresividad de la fórmula de financiación a la SS en su nivel contributivo. Se trataba, por tanto, de una medida jurídica injusta e injustificada, puesto que eso impedía que quienes más ganaran, cotizaran en función de sus ganancias efectivas, mientras que las clases medias y las personas trabajadoras con sueldos más bajos tenían que cotizar por todo lo que ganaban, e incluso por encima de lo que ganaban en el caso de que sus retribuciones estuvieran por debajo del importe de la base mínima de cotización de las categorías profesionales menos cualificadas.

Esa situación cambia con la introducción de la cotización adicional de solidaridad, que en definitiva se trata de una cuota extra para las personas que reciben un salario más alto, puesto que, tal como se indica “el importe de las retribuciones de los trabajadores por cuenta ajena que supere el importe de la base máxima de cotización, quedará sujeto, en toda liquidación de cuotas, a una cotización adicional de solidaridad que se establece en función del exceso de retribuciones del trabajador sobre la base máxima de cotización establecida para cada año en la Ley de Presupuestos Generales del Estado”. De esta forma, se refuerza la progresividad del principio de solidaridad, pues la pretensión no es otra que las personas con mayores ingresos contribuyan algo más al sistema de SS.

No obstante, este mecanismo no se aplicará de forma total e inminente, sino que se realizará de forma gradual desde el año 2025 hasta el año 2045. Su procedimiento versará respecto a la aplicación de la diferencia que resulte entre la base máxima de cotización por contingencias comunes establecida para el Régimen General y el importe de la base de cotización que supere esta. Esta cotización adicional será repartida entre trabajador y

empresario, en la misma proporción en la que se distribuye el tipo de cotización por contingencias comunes.

Se ha de añadir una obligación complementaria para las empresas que tienen trabajadores con un excedente de cotización, y es que deberán de comunicar a la TGSS los datos que identifiquen a las personas trabajadoras por esta cotización adicional de solidaridad, así como el periodo obligatorio de abono de tal cotización.

En general, este mecanismo nace para poder recaudar más fondos para la SS. Es una medida preventiva, dado que esta recaudación viene motivada por el déficit presupuestario en el que se encuentra actualmente la SS, pretendiendo aportarle más valor económico para poder hacer frente a las pensiones de jubilación futuras.

Ha de tenerse en cuenta que el sostenimiento de las pensiones de jubilación se encuentra estrechamente ligado a sus fuentes de financiación, y así ha sido visto por el Pacto de Toledo inicial y sus posteriores revisiones. Gran parte de la problemática de este déficit se debe a la dilación por parte del Estado en la inaplicación total de la separación de fuentes de financiación, por la no asunción de sus compromisos financieros en lo que respecta a las prestaciones no contributivas, teniendo que soportar dicho gasto la Seguridad Social mediante las cotizaciones sociales.

Vista esta nueva cotización que empezará a aplicarse a partir de 2025, se hace notorio preguntarnos ¿es realmente viable el sostenimiento del sistema de pensiones tal y como lo conocemos hoy en día? Puesto que la carga en materia económica, el esfuerzo, siempre lo soporta el ciudadano – la persona trabajadora– y siempre bajo la rúbrica del principio “solidario”; y si bien es cierto que nuestro sistema viene basándose en esta solidaridad desde sus inicios, actualmente no parece proporcional el costo soportado a nivel de cotizaciones y presupuestario. Un trabajador soporta en sus nóminas estas disminuciones de ingresos por solidaridad, pero no se tienen en cuenta otros factores de índole económico y social muy importantes, como es el creciente costo de la vida, en lo que incluimos vivienda, alquiler y alimentación, entre otros, elementos básicos para poder vivir. Si además se le suman cotizaciones adicionales, como el Mecanismo de Equidad Intergeneracional y la cotización adicional de solidaridad, además de otras cargas impositivas, estas personas no están trabajando para poder vivir, sino que trabajan para poder sobrevivir, y véase la diferencia, pues el sistema ha de ser protector del ciudadano, y el ciudadano parece que no puede soportar todo el peso que podría conllevar las elevadas cotizaciones y un elevado coste de vida.

Es por tanto necesario vislumbrar otras formas de financiación de las pensiones de jubilación, no solo mediante cotizaciones, sino mediante otras fuentes de financiación tal vez vinculadas al factor tecnológico, puesto que el avance tecnológico actual barrunta una previsible desaparición de puestos de trabajo, con la consiguiente disminución de

cotizaciones de ser sustituidos por aplicaciones o robots dotados de IA, pudiendo tener un gran impacto en la financiación de las pensiones de jubilación. De ahí que una propuesta de la doctrina iuslaboralista sea la imposición de una cuota especial por robotización para empresas que supriman puestos de trabajo a consecuencia de la automatización de sus procesos productivos. Es por tanto la hora de preguntarse, si realmente el sostenimiento de las pensiones de jubilación se va a poder garantizar únicamente mediante el aumento de cotizaciones sociales a los trabajadores, o si el sistema ha de avanzar –en igual medida que lo realiza la sociedad– y adaptar su estrategia para la obtención de otras fuentes de financiación que no incluyan el factor trabajo de forma principal, teniendo en cuenta que el sistema público de pensiones ha de hacer frente de manera solvente a las problemáticas que podrían incurrir, no solo para asegurar el sostenimiento de unas pensiones dignas –que es su objetivo nuclear–, sino también para contribuir a garantizar el derecho a trabajar para poder vivir, y no trabajar para poder sobrevivir.

2. La cotización por períodos de prácticas y becas de investigación

Para entender el punto de partida y cuál ha sido el cambio legislativo implementado, es necesario diferenciar entre varios perfiles implicados. Por un lado, tenemos a los denominados “becarios/as”, que realizan prácticas formativas en empresas, instituciones o entidades y que, a su vez, pueden ser remunerados o no remunerados. Estas prácticas podrán realizarse en el ámbito universitario, de formación profesional o de enseñanzas artísticas y deportivas superiores. Por otro lado, tenemos al Personal Investigador en Formación (PIF).

Respecto de los primeros, los becarios y becarias cuyas prácticas fuesen remuneradas, ya se contemplaba la cotización a la SS desde noviembre del año 2011. Concretamente, fue el RD 1493/2011³³ el que procedió a integrar en el Régimen General de la Seguridad Social (RGSS), como asimiladas a trabajadores por cuenta ajena, a las personas que participan en programas de formación que incluyeran la realización de prácticas formativas en empresas, instituciones o entidades, siempre y cuando (i) dichas prácticas no fuesen meramente lectivas, sino que incluyesen la realización de prácticas formativas en esas empresas, instituciones o entidades; (ii) conllevasen una contraprestación económica, cualquiera que sea el concepto o la forma en que se perciba; y (iii) no diesen lugar al establecimiento de una relación laboral que ya hubiese determinado el alta en el régimen

³³ Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación, en desarrollo de lo previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social.

de SS correspondiente. La cotización correspondía a quien abonase la remuneración correspondiente. Con respecto al PIF, esta integración en el RGSS se produjo, con carácter previo, a través del RD 63/2006, de 27 de enero³⁴, cuya entrada en vigor se produjo el 4 de febrero de 2006.

Sin embargo, las personas con beca cuyas prácticas no eran remuneradas no se han beneficiado de esta cotización durante la duración de sus prácticas. Su situación fue prevista por el RDL 28/2018³⁵, el cual, aunque sí que estableció la obligación de cotización, no se llegó a implementar.

La promulgación del RDL 2/2023, de 16 de marzo, supuso la incorporación en la LGSS de una DA 52ª relativa a la inclusión en el sistema de SS de aquellos alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación, tanto si son alumnos universitarios y esas prácticas están dirigidas a la obtención de titulaciones oficiales de grado y máster, doctorado, o a la obtención de un título propio de la universidad; como si son alumnos de formación profesional, siempre que no se presten en régimen de formación profesional intensiva. Esta previsión entró en vigor, finalmente, el 1 de enero de 2024, tras postergarse dicha fecha por el art. 212 RDL 5/2023, de 28 de junio³⁶.

Con esta modificación, que se aplica a estudiantes en prácticas ya sean estas remuneradas o no, se les incluye como asimilados a trabajadores por cuenta ajena en el RGSS, lo que permite que, por fin, se contemple la cotización a la SS de todos los colectivos inicialmente descritos.

Es importante tomar en consideración que la DA 52ª resulta de aplicación no solo a quien en la fecha de entrada en vigor (1 de enero de 2024) se encuentre en la situación previamente descrita, sino también a quienes lo hubieran estado con anterioridad a dicha entrada en vigor. Estos últimos podrán suscribir un convenio especial, por una única vez, en el plazo, términos y condiciones que determine el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, que les posibilite el cómputo de la cotización por los periodos de formación o realización de prácticas no laborales y académicas realizados antes de esa fecha de entrada en vigor, hasta un máximo de cinco años.

³⁴ Real Decreto 63/2006, de 27 de enero, por el que se aprueba el Estatuto del personal investigador en formación.

³⁵ Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo.

³⁶ Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

El ámbito de aplicación de la DA 52ª ha sido precisado por el RDL 8/2023, de 27 de diciembre³⁷. En primer lugar, además de a los alumnos universitarios y de formación profesional, para incorporar también a aquellos alumnos de enseñanzas artísticas superiores, enseñanzas artísticas profesionales y enseñanzas deportivas del sistema educativo. Por otro lado, en su DF 11, faculta a la persona titular del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones para adoptar las disposiciones normativas que posibiliten, de manera extraordinaria, la suscripción de un convenio especial, a solicitud de los interesados, que permita ampliar, hasta un máximo de cinco años, el cómputo como cotizado de los periodos de formación a que se refiere la DA 1ª RD 1493/2011, de 24 de octubre, considerando también incluidos en la situación objeto de regulación los periodos prestados por aquellos que, siendo graduados universitarios y a través de los correspondientes estudios oficiales de doctorado, antes del 4 de febrero de 2006 (fecha de entrada en vigor del RD 63/2006, de 27 de enero, por el que se aprueba el EPIF), hubieran participado en programas de formación de naturaleza investigadora, tanto en España como en el extranjero. Es decir, además de las personas en prácticas no remuneradas (antes del 1 de enero de 2024), y las personas en prácticas remuneradas (antes del 1 de noviembre de 2011), se incorpora dentro del ámbito de aplicación de estos convenios especiales al personal investigador en formación (antes del 4 de febrero de 2006). En otras palabras, supone la inclusión todos aquellos colectivos que se encontraran en una de las situaciones previamente descritas antes de la entrada en vigor de las respectivas previsiones que ampararon su cotización a la SS.

Como consecuencia de todo lo anterior, en este año 2024 se dictó la Orden ISM/386/2024, de 29 de abril³⁸, que vino a “establecer las condiciones, el plazo y las normas de procedimiento para la suscripción del convenio especial (...) para computar la cotización por los períodos de prácticas formativas y de prácticas académicas externas, en ella reguladas, que se hubieran realizado antes de su entrada en vigor”.

Como hemos visto, esta entrada en vigor de la inclusión en el RGSS y consiguiente cotización se ha producido en diferentes momentos temporales en función del colectivo concreto al que nos refiramos. Por ello, esta Orden dedica sus ocho primeros artículos a delimitar el ámbito de aplicación del convenio especial en los supuestos regulados por la DA 52ª, y su DA 2ª a regular los convenios especiales “extraordinarios”, previstos en el

³⁷ Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía.

³⁸ Orden ISM/386/2024, de 29 de abril, por la que se regula la suscripción de convenio especial con la Seguridad Social a efectos del cómputo de la cotización por los períodos de prácticas formativas y de prácticas académicas externas reguladas en la disposición adicional quincuagésima segunda del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, realizadas con anterioridad a su fecha de entrada en vigor.

RDL 8/2023, a los que hemos aludido con anterioridad. Por lo tanto, alude de forma diferenciada a los convenios “ordinarios” –los de la DA 52ª LGSS– y “extraordinarios” –los del RDL 8/2023–. Los primeros se dirigen a quienes hubieran realizado prácticas formativas para la obtención de titulaciones oficiales o títulos propios de las universidades, o en régimen de formación profesional intensiva, o en el marco de enseñanzas artísticas superiores, enseñanzas artísticas profesionales y enseñanzas deportivas del sistema educativo. Por su parte, los extraordinarios amparan a dos colectivos: (i) “becarios en programas de formación no dirigidos a la obtención de un título, fueran o no de naturaleza investigadora” que ya hubieran suscrito un convenio especial de acuerdo con el RD 1493/2011, y (ii) a los estudiantes de doctorado que se encontrasen en programas de formación de naturaleza investigadora (PIF), en España o en el extranjero, con anterioridad a la entrada en vigor del RD 63/2006, de 27 de enero, por el que se aprueba el EPIF, es decir, el 6 de febrero de 2006.

En general, la Orden contempla que estos colectivos puedan acogerse a un convenio especial, previa solicitud, por una única vez, a fin de posibilitar el cómputo de la cotización correspondiente a los períodos de prácticas realizados, hasta un máximo de 1.825 días. Sin embargo, en el caso de que la persona solicitante ya hubiera suscrito un convenio especial en virtud de las normas que acordaron su inclusión en el RGSS y consiguiente cotización, ese convenio especial se suscribirá exclusivamente por la diferencia entre 1.825 días (es decir, cinco años) y el número de días que ya les fueron reconocidos y computados en virtud de dicho convenio especial anteriormente suscrito.

En julio de este mismo año, ante las críticas que la anterior Orden suscitó, se publicó la Orden ISM/812/2024, de 26 de julio³⁹, cuya entrada en vigor se produjo el 2 de agosto de 2024. Entre otras modificaciones, en esta nueva Orden se matiza que el período máximo de prácticas objeto de cómputo en el nuevo convenio especial no podrá ser superior a 1.825 días (cinco años), con independencia de los períodos reconocidos en un posible convenio anterior. Es decir, en ese límite de 1.825 días no se incluyen aquellos que ya les fueron reconocidos y computados en virtud del convenio especial anteriormente suscrito con arreglo al RD 1493/2011. Ello incrementa el periodo de tiempo que podía ser objeto de convenio especial a un total de siete años. Del mismo modo, amplía el plazo de solicitud de estos convenios que inicialmente era de dos años, hasta el 31 de diciembre de 2028.

³⁹ Orden ISM/812/2024, de 26 de julio, por la que se modifica la Orden ISM/386/2024, de 29 de abril, por la que se regula la suscripción de convenio especial con la Seguridad Social a efectos del cómputo de la cotización por los períodos de prácticas formativas y de prácticas académicas externas reguladas en la disposición adicional quincuagésima segunda del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, realizadas con anterioridad a su fecha de entrada en vigor.

Otro de los aspectos controvertidos de la anterior Orden, ahora atendido por la Orden ISM/812/2024, es el relativo al excesivo coste de la cotización. El acceso a este convenio especial para cotizar retroactivamente por esas prácticas implicaba el abono de las cuotas no cotizadas, lo que podía llegar a suponer una elevada cuantía para las personas afectadas. La Orden de julio, a este respecto, habilita el fraccionamiento del pago hasta en el doble del periodo cubierto, y hasta un máximo de 84 mensualidades. Además, permite tomar como base de cotización la base mínima correspondiente al año de realización de la actividad formativa o de prácticas, rebajando así el coste inicialmente previsto.

Por último, aquellos que, en virtud de la Orden ISM/386/2024, hubieran ya solicitado el convenio especial y hubieran obtenido resolución a su solicitud, podrán solicitar la modificación conforme a las disposiciones de la Orden ISM/812/2024, y, en el caso de que la solicitud no hubiera sido aún resuelta a la entrada en vigor de esta segunda, se resolverán ya atendiendo a sus disposiciones.

3. Actualizaciones en materia de prestaciones por desempleo

Revisaremos a continuación ciertas novedades prestacionales ligadas a la situación de desempleo, como son la reforma de los subsidios o lo atinente al reintegro estas prestaciones cuando percibidas por error de la Administración competente.

3.1. *La reforma de los subsidios por desempleo*

La reciente reforma del sistema de protección por desempleo en España, introducida mediante el RDL 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, representa un cambio estructural que responde a la necesidad de adaptar este mecanismo a un mercado laboral dinámico y a los desafíos sociales del contexto actual. Esta transformación busca mejorar la cobertura, flexibilizar los requisitos y simplificar los procedimientos, fortaleciendo así la protección por desempleo en el nivel asistencial y promoviendo la inserción laboral activa de los desempleados.

La reforma pivota sobre dos ejes principales. Por un lado, aborda los desafíos derivados de la necesidad de modernizar la protección por desempleo en un contexto de transformación social y económica. Por otro, responde al mandato europeo de garantizar

medidas efectivas que promuevan la igualdad de género y la corresponsabilidad en el ámbito familiar, a través de permisos laborales más equitativos y adaptados.

En este sentido, se subraya que las políticas de conciliación no solo buscan equilibrar las responsabilidades familiares y laborales, sino también corregir las desventajas históricas que enfrentan las mujeres en el mercado laboral. La transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 se enfoca en promover la igualdad real mediante la implementación de permisos parentales intransferibles, flexibles y compensados económicamente.

La exposición de motivos enfatiza la urgencia de reformar el nivel asistencial de la protección por desempleo, que hasta ahora presentaba importantes barreras administrativas y amplias zonas grises en la cobertura. En línea con los compromisos asumidos en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, esta reforma busca, de un lado, reducir desigualdades en el acceso simplificando los requisitos para los colectivos vulnerables, como jóvenes, mujeres víctimas de violencia de género y personas trabajadoras eventuales y fortalecer la empleabilidad incorporando a las personas beneficiarias de subsidios en itinerarios personalizados de formación y empleo. Y, por otro lado, aumentar la flexibilidad estableciendo compatibilidades entre el subsidio y trabajos a tiempo parcial o completo, así como actividades formativas. Estas medidas se enmarcan en una visión estratégica que vincula la protección social con la inserción laboral activa, asegurando una red más inclusiva y eficiente.

Como adelantábamos, la reforma elimina barreras que dificultaban el acceso al nivel asistencial del sistema de protección por desempleo. Una de las modificaciones más destacadas es la eliminación del plazo de espera de un mes tras agotar una prestación contributiva, un cambio incluido en el remodelado art. 274 LGSS. Esto permite que los solicitantes accedan de forma inmediata al subsidio asistencial, reduciendo tiempos de incertidumbre y vulnerabilidad. Además, el nuevo art. 275 LGSS redefine las condiciones para considerar responsabilidades familiares, incorporando un criterio más inclusivo basado en el ingreso medio de la unidad familiar. Este cambio elimina el tope de ingresos individuales como criterio de exclusión, garantizando una protección más equitativa para familias con múltiples personas dependientes.

El sistema amplía su alcance al incluir colectivos previamente excluidos. Así, el nuevo art. 276 LGSS otorga acceso a los menores de 45 años sin cargas familiares que hayan agotado una prestación contributiva tras al menos 360 días cotizados. Asimismo, se introduce la posibilidad de que trabajadores con menos de seis meses de cotización accedan al subsidio, incluso sin responsabilidades familiares, ampliando así el espectro de beneficiarios y arrojando luz sobre las antes mencionadas zonas grises de la protección asistencial. Se introduce además, vía art. 278 LGSS, un subsidio exclusivo para víctimas de violencia de género o sexual, reafirmando el compromiso del Estado con la protección

de colectivos vulnerables. También se mantiene la protección histórica para los emigrantes retornados, asegurándoles el acceso inmediato al subsidio al regresar a España.

La reforma aborda la disparidad en la duración de los subsidios. Con la remodelación del art. 277 LGSS se unifica la duración de los subsidios por agotamiento de prestaciones contributivas con responsabilidades familiares, eliminando las diferencias según la edad del beneficiario. Por otro lado, los subsidios por cotizaciones insuficientes mantendrán una duración proporcional al tiempo cotizado.

En cuanto a las cuantías, el art. 280 LGSS introduce un modelo decreciente que establece tres tramos de reducción a lo largo del tiempo. Este enfoque busca promover la reincorporación al mercado laboral. Además, el sistema elimina la reducción proporcional para jornadas parciales, lo que beneficia directamente a los trabajadores con contratos a tiempo parcial.

Se introducen también importantes avances en la compatibilidad entre subsidios y trabajo. Ahora, los beneficiarios podrán mantener el subsidio mientras realizan trabajos por cuenta ajena a tiempo parcial o completo durante un máximo de 180 días. Esta medida, concebida como un "complemento de apoyo al empleo", reduce las penalizaciones económicas asociadas a la reincorporación laboral.

Adicionalmente, el nuevo art. 283 LGSS facilita la compatibilidad del subsidio con ayudas derivadas de acciones formativas o prácticas académicas, fomentando la adquisición de competencias laborales mientras se recibe apoyo económico.

La reforma enfatiza la conexión entre la protección asistencial y las políticas activas de empleo. Según lo dispuesto en el art. 3 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, los beneficiarios deberán suscribir un "acuerdo de actividad" que compromete a ambas partes, el solicitante y el SEPE. Este acuerdo incluye medidas como la búsqueda activa de empleo y la participación en programas personalizados de formación y empleo.

La reforma del art. 284 LGSS endurece los supuestos de suspensión del subsidio como consecuencia de incumplimientos relacionados con las medidas de inserción laboral, reforzando así la corresponsabilidad entre beneficiarios y servicios públicos. Asimismo, se elimina la exclusión histórica de las personas trabajadoras agrarias eventuales. Mediante los nuevos arts. 286 y 287 LGSS se establece su derecho a acceder al subsidio asistencial, eliminando las restricciones previas sobre la duración de las prestaciones y el cómputo de periodos cotizados. Este avance representa un paso significativo hacia la igualdad en la protección social de este colectivo. Además, se actualizan los procedimientos para el reintegro de prestaciones indebidas, incluyendo fraccionamientos y compensaciones parciales. Estas medidas ofrecen mayor flexibilidad a los beneficiarios económicamente vulnerables, evitando situaciones de sobreendeudamiento.

Finalmente, la reforma simplifica los procedimientos administrativos y mejora la claridad normativa. Entre las medidas destacadas, se introduce en el art. 284 LGSS la ampliación de 15 a 30 días del plazo permitido para ausencias temporales al extranjero sin perder el subsidio.

La reforma del sistema de protección por desempleo en España representa un cambio profundo y necesario, alineado con los compromisos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Al ampliar la cobertura, simplificar los procedimientos y promover la inserción laboral, el RDL 2/2024 responde a las necesidades de un mercado laboral en evolución y refuerza la red de seguridad social para los colectivos más vulnerables. Este avance marca un hito en la protección asistencial, realizando un esfuerzo por adaptarla a las demandas sociales y económicas del siglo XXI.

3.2. Novedades legislativas y jurisprudenciales en materia de reintegro de prestaciones por desempleo indebidamente percibidas por error de la Administración

3.2.1. Antecedentes

El presente análisis aborda las recientes sentencias relativas al reintegro de prestaciones indebidas por desempleo derivadas de errores de la Administración. Estos fallos introducen un cambio significativo en la interpretación del marco normativo español al aplicar la doctrina emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso *Cakarevic contra Croacia* (STEDH, 26 abril 2018). En este contexto, resulta pertinente repasar el marco normativo interno, la evolución jurisprudencial y las tensiones entre los principios de legalidad, seguridad jurídica y buena fe en relación con el reintegro de prestaciones.

La revisión y reintegro de prestaciones indebidas en el ámbito de la SS está regulado principalmente en los arts. 146 LRJS y 55.3 LGSS. El primero de los preceptos otorga al SEPE una potestad revisora de hasta cuatro años en casos de errores materiales, de hecho, o aritméticos, así como por omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario. Fuera de estas causas, el plazo se reduce a un año, tras el cual es necesario acudir al procedimiento judicial. Por su parte, el art. 55.3 LGSS dispone que el plazo de prescripción para la obligación de reintegro es de cuatro años. El *dies a quo* de la prescripción puede operar no solo desde la fecha de su cobro sino también desde la otra (ulterior) a partir de la cual fuese posible ejercitar la acción para exigir su devolución. Las SSTs 26 mayo 2024 (rec. 4045/2022) y 5 junio 2024 (rec. 3827/2021) unifican doctrina respecto a la fecha inicial para que el SEPE pueda reclamar el reintegro de las prestaciones por desempleo indebidamente percibidas, como consecuencia de la incompatibilidad con los salarios percibidos en otro trabajo por cuenta ajena, situación que

se desvela en una posterior sentencia de despido. La Sala cuarta concluye que “debe tenerse como data válida aquella en que el SEPE tiene conocimiento del dictado de la sentencia declarativa de despido cuyos hechos probados acreditan que la beneficiaria simultaneaba servicios por cuenta ajena y prestación por desempleo”.

Del art. 55.3 LGSS se desprende que, aunque la percepción indebida de la prestación no sea imputable al beneficiario, sino a un error de la Entidad Gestora, tal circunstancia no enerva la obligación del beneficiario de reintegro, pues el precepto establece tal obligación “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”. Bajo el amparo del antiguo art. 45 LGSS en su redacción original, y ante la ausencia de una normativa específica sobre esta cuestión, la jurisprudencia intentó flexibilizar el marco normativo. De esta forma, sucesivas sentencias del TS permitieron ponderar la conducta adoptada por el beneficiario y la tardanza del organismo gestor en regularizar la situación, en relación con el origen de la situación de percepción indebida y su mantenimiento en atención al principio de buena fe y a los perjuicios que podían derivarse para el patrimonio del beneficiario de la acumulación de períodos de percepción indebida. Esta postura se apoyaba en normas como el art. 110 de la Ley 39/2015, que permite considerar la equidad y la buena fe en la revisión de actos administrativos. Sin embargo, la Ley 66/1997 introdujo un nuevo párrafo tercero en el art. 45 que eliminó cualquier margen de flexibilidad, afirmando que la devolución era obligatoria, “independientemente de la causa del error”. Este cambio legislativo fue respaldado por el TS, que adoptó una interpretación estricta del marco normativo. Sin embargo, la doctrina del TEDH en el caso *Cakarevic* como se verá a continuación, ha influido en una revisión de esta perspectiva.

3.2.2. Doctrina del TEDH en el Caso *Cakarevic* contra Croacia y su aplicación por los tribunales españoles. La reciente jurisprudencia de unificación de doctrina del Tribunal Supremo

La STEDH 26 abril 2018 concluyó que obligar a devolver prestaciones en situaciones donde el error era exclusivo de la Administración y la devolución suponía una carga excesiva para el beneficiario, constituía una violación del derecho a la propiedad (art. 1 del Protocolo 1 del CEDH). Este fallo se basa en tres elementos: 1) expectativa legítima del beneficiario; 2) injerencia legalmente prevista en el derecho de propiedad; y 3) proporcionalidad de la medida adoptada en relación con el impacto en el afectado. Los tribunales españoles desarrollaron dos líneas interpretativas al aplicar esta doctrina: una primera defiende la plena aplicación de la doctrina *Cakarevic*, destacando la STSJ País Vasco 2 julio 2019 (rec. 1119/2019), la cual exime del reintegro cuando el beneficiario actuó de buena fe y la devolución resultaba desproporcionada, atendiendo a las circunstancias

personales, familiares y económicas del beneficiario; y una segunda línea, representada por la STSJ Cataluña 9 abril 2019 (rec. 5480/2018), limitando la aplicabilidad de la doctrina *Cakarevic* a procesos de ejecución y manteniendo la obligatoriedad del reintegro en fases declarativas según la legislación interna.

En 2024, el TS emitió varias sentencias que consolidan un enfoque flexible y protector en materia de reintegro de prestaciones indebidas. Nos referimos a la STS 4 abril 2024 (rec. 1156/2023), a la que siguieron las SSTS 29 abril 2024 (recs. 858/2022; 1158/2023; 1159/2023 y 631/2024) y la STS 30 mayo 2024 (rec. 1093/2023). En todas ellas se examinaron sendos supuestos en los que se había acordado una reducción de jornada del 75% en el periodo de consultas de un ERTE por causas ETOP como consecuencia de la COVID o de un ERTE por fuerza mayor autorizado por silencio administrativo. El TS analizó si la normativa vinculada a la COVID-19 permitía excepciones al límite del 70 % de reducción, concluyendo que no. Sin embargo, destacó que el reconocimiento inicial del SEPE fue erróneo y no atribuible a los beneficiarios, quienes actuaron de buena fe. Además, el TS consideró que las prestaciones percibidas, modestas y destinadas a cubrir necesidades básicas, no podían ser reclamadas sin considerar el impacto sobre los beneficiarios.

En sus fallos, el TS aplicó de oficio la doctrina *Cakarevic*⁴⁰, argumentando que la devolución completa de la prestación transfería injustamente la responsabilidad del error administrativo al beneficiario, vulnerando los principios de equidad y confianza legítima. Interesa destacar que, a diferencia de las anteriores sentencias de suplicación, estas resoluciones estiman la pretensión de los trabajadores al reconocer su derecho a la prestación y anulan la revocación realizada por el SEPE. Varios TSJ ya están adoptando estos criterios en asuntos similares, consolidando un cambio significativo en la jurisprudencia española. Por ejemplo, la STSJ Comunidad Valenciana 25 junio 2024 (rec. 3006/2023) aplicó los criterios de las SSTS 4 abril 2024 (rec. 1156/2023) y 29 abril 2024 (rec. 1092/2023) para resolver un caso de reintegro del Ingreso Mínimo Vital (IMV), inicialmente reclamado debido a un error de la Administración que finalmente se demostró inexistente⁴¹. Asimismo, varios TSJ han revisado su doctrina anterior, inicialmente

⁴⁰ En la STSJ Madrid 15 febrero 2024 (rec. 770/2023) sobre pensión no contributiva de invalidez, la recurrente no había solicitado la aplicación de la doctrina del TEDH, sino la jurisprudencia flexibilizadora que se basaba en la buena fe. Sin embargo, el TSJ lleva a cabo un control de convencionalidad y considera que “si nos limitáramos a valorar la legislación interna en la materia y la jurisprudencia recaída, la conclusión habría de ser contraria a la pretensión deducida en el recurso, pero, llegados a este punto, la Sala no puede ignorar el contenido del art. 1 del Protocolo Adicional al Convenio para la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas, ratificado por España, y la interpretación que le dio el TEDH en la sentencia dictada el 26 abril 2018 (asunto nº 48921/13, caso *Cakarevic c. Croacia*)”.

⁴¹ *Vid.* también STSJ Extremadura 22 mayo 2024 (rec. 530/2023) en relación con pensión de invalidez no contributiva donde hubo en parte error de la Administración y responsabilidad del

restrictiva en cuanto a la aplicación de la doctrina *Cakarevic* [Véase SSTSJ Comunidad Valenciana 2 julio 2024 (rec. 2993/2023) en relación con subsidio de liberado de prisión; 16 julio 2024 (rec. 3259/2023) en relación con una prestación transitoria de IMV durante el año 2020, por conversión de la prestación por hijo o menor a cargo; y también STSJ Castilla y León/Burgos 27 junio 2024 (rec. 248/2024)].

El análisis de la STS 15 octubre 2024 (rec. 806/2022) aborda un caso en el que el SEPE reclamó el reintegro de un subsidio por desempleo para mayores de 55 años, concedido indebidamente por error administrativo. El beneficiario recibió 16.300,46 euros entre 2018 y 2021, tras haberse reconocido su solicitud con datos incorrectos sobre el periodo de cotización requerido. Al detectar el error, el SEPE solicitó la revocación del subsidio y la devolución de las cantidades percibidas. El JS revocó el derecho al subsidio, pero rechazó la obligación de reintegro, considerando que el error no fue imputable al beneficiario. En apelación, el TSJ Castilla y León estimó parcialmente el recurso del SEPE y ordenó el reintegro, sosteniendo que el caso no era equiparable al precedente del TEDH, dado que el beneficiario no padecía condiciones extremas como enfermedad mental o carencias económicas graves. En casación, el TS consideró aplicable la doctrina del TEDH, destacando que: 1) el beneficiario actuó de buena fe y no indujo al error del SEPE; 2) las prestaciones percibidas eran modestas y esenciales para su subsistencia; y 3) la devolución transferiría toda la carga del error al beneficiario, causando un perjuicio desproporcionado. El TS concluyó que, según el principio de equidad y la doctrina del TEDH, los errores administrativos no deben solventarse a expensas de los ciudadanos afectados, especialmente en ausencia de conflicto con otros intereses. Por tanto, anuló la decisión del TSJ, desestimando la reclamación del SEPE de reintegro y confirmando esta vez, a diferencia de las anteriores sentencias de la Sala, la revocación del subsidio.

La sentencia comentada establece una doctrina general respecto al reintegro de prestaciones indebidas debido a un error administrativo, marcando el fin de la interpretación estricta de los arts. 55.3 LGSS y 146 LRJS. Tras muchos años, parece haberse recuperado, por otra vía, la jurisprudencia flexibilizadora que aplicaba el principio de equidad. Esta vez, el TS no ha acudido directamente al art. 110.1 Ley 39/2015, sino que ha realizado un control de convencionalidad, examinando la compatibilidad de las normas internas con los tratados internacionales, en particular el art. 1 del Protocolo 1 del CEDH, que garantiza el derecho a la propiedad. Con base en esta vinculación, el TS ha matizado la obligación de reintegrar prestaciones indebidamente percibidas. Al integrar los principios de equidad y de confianza legítima, se suaviza la exigencia de devolución de las

beneficiario; en relación con la RAI, *vid*, STSJ Extremadura 23 mayo 2024 (rec. 116/2024); en relación con IMV, *vid*, SSTSJ La Rioja 30 julio 2024 (rec. 150/2024) y 17 septiembre 2024 (rec. 171/2024) y la STSJ Madrid 12 septiembre 2024 (rec. 333/2024).

prestaciones, estableciendo que no siempre es obligatorio su reintegro. La Entidad Gestora no debería adoptar esta medida si vulnera derechos fundamentales como el derecho a la propiedad, la buena fe o la confianza legítima. En este sentido, los tribunales nacionales deberán realizar un análisis caso por caso, ponderando el impacto de la medida sobre los derechos del individuo frente al interés general de la Administración. Por otro lado, aunque las sentencias no se pronuncian directamente al respecto, parece evidente que la naturaleza procesal del asunto, ya sea en un proceso declarativo como el del art. 146 LRJS o en uno de ejecución, no influye significativamente en la aplicación de la doctrina establecida. De hecho, en la sentencia recurrida se insistía en que la aplicación de la doctrina Cakarevic solo sería de aplicación en un futuro proceso de ejecución.

Así pues, para el TS la clave está en la protección de los derechos fundamentales y en la ponderación de las circunstancias específicas de cada caso. Está por ver cómo reaccionarán las entidades gestoras, las cuales siempre se han mostrado reacias a una interpretación flexible que excluya la obligación de reintegro, apostando por otros procedimientos administrativos que tratan de garantizar el cobro, aunque teniendo en cuenta las necesidades económicas del beneficiario. Esta idea es la que parece inspirar la nueva regulación sobre reintegro de prestaciones indebidamente percibidas por desempleo llevada a cabo por el art. segundo.Dieciséis del RDL 2/2024, de 21 de mayo⁴², que ha introducido un tercer párrafo en el art 295 LGSS, de modo que “la entidad gestora podrá conceder la compensación parcial, así como el fraccionamiento de pago para el reintegro de las prestaciones por desempleo indebidamente percibidas, en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente, a solicitud del sujeto responsable del mismo, que deberá ser presentada con anterioridad al inicio de su recaudación en vía ejecutiva. Tanto la compensación parcial como el fraccionamiento del pago comprenderán el principal de la deuda, así como el recargo que fuera exigible en la fecha de su solicitud. Además, el fraccionamiento del pago devengará intereses, desde el momento de su concesión hasta la fecha de pago, conforme al interés de demora que se encuentre vigente en cada momento durante su duración”.

En la propia Exposición de Motivos del RDL se justifica la reforma por la necesidad de facilitar a los ciudadanos y a las empresas el cumplimiento de las obligaciones de reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas, “atendiendo a la más reciente doctrina

⁴² RDL 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 RDL se aprobó tras el fracaso del RDL 7/2023, de 19 de diciembre, disposición que fue derogada por no haber sido convalidada por el Congreso.

jurisprudencial”. Se considera especialmente importante establecer una regulación propia de los procedimientos de fraccionamiento y compensación parcial, en este RDL que, si bien es de alcance general, favorecerá en mayor medida a las personas beneficiarias del subsidio por desempleo, de cuantía más reducida, acomodando el cumplimiento de su obligación de reintegro a un procedimiento de descuentos parciales sobre el subsidio reconocido. En este sentido, se considera urgente actualizar y completar la regulación de los distintos procedimientos en la materia que se inició por el RDL 1/2023, de 10 de enero, o, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas, que modificó los arts. 33 y 34 del RD 625/1985, de 2 de abril por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo, en cuanto al de reintegro de prestaciones indebidas.

Finalmente, se observa que los procedimientos de fraccionamiento y compensación parcial, que se venían aplicando con carácter residual en la gestión del SEPE, se han incrementado paralelamente a la gestión y revisión de los expedientes de reintegro de prestaciones indebidas derivadas de ERTE COVID-19, lo cual hace necesaria su inclusión en la LGSS⁴³. En consecuencia, se han incorporado dos nuevos artículos, el 33 bis y el 34 bis al RD 625/1985, que desarrollan las previsiones del nuevo art. 295 LGSS.

4. Justiciabilidad de las prestaciones por dependencia

Durante el año 2024, en materia de protección social ha entrado en vigor la Disposición Final 9ª, apdo. 2 del RDL 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo.

En concreto, la disposición ha venido a dar cuerpo a un proyecto legislativo con la LRJS. A la entrada en vigor de la LRJS, el legislador contempló en aquel momento, una *vacatio legis* de 2 meses general para toda la norma, a excepción de determinadas materias, como las comprendidas en el art. 2, letras o) y s) LRJS en relación a las prestaciones derivadas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, que hasta entonces venían siendo enjuiciadas por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

En principio, este plazo de entrada en vigor singularizado venía acompañado de un encargo en la DF 7ª.2 LRJS, por el cual se encomendaba a fijar en una ulterior Ley, un Proyecto remitido por el Gobierno a las Cortes Generales en el plazo de tres años

⁴³ La Exposición de Motivos coincide con la del RDL 7/2023, por lo que la referencia a la “jurisprudencia” no debe hacerse a la STS de 4 de abril de 2024. (disposición derogada por no haber sido convalidada por el Congreso).

(hipotéticamente debería haber tenido lugar en 2014), teniendo en cuenta la incidencia de las distintas fases de aplicación de la Ley de Dependencia, así como la determinación de las medidas y medios adecuados para lograr una ágil respuesta judicial en estas materias.

Todo lo transcurrido desde entonces comportaba que la no acción del Gobierno alejase las prestaciones por dependencia al orden jurisdiccional de lo social. El RDL 6/2023, al suprimir el apartado de la DF 7^a.2 LRJS, ha marcado un nuevo hito para el *iuslaboralismo*, tanto desde el punto de vista de la protección social, como desde el punto de vista del derecho procesal laboral. No en vano, durante el lapso de tiempo que media entre la LRJS y el RDL 6/2023, el silencio de los poderes ejecutivo y legislativo no ha impedido que el judicial debiera pronunciarse al respecto. Diversas sentencias entraron a resolver la verdadera competencia del orden jurisdiccional social respecto a las prestaciones incluidas en la Ley 39/2006, destacando las SSTs 17 septiembre 2013, (rec. 2212/2012), 14 enero 2014 (rec. 1115/2013), 6 febrero 2014 (rec. 908/2013), 25 febrero 2014 (rec. 1142/2013).

En general, en todas estas sentencias se analizaba la consideración de las prestaciones por situación de dependencia como prestaciones de SS, ex art. 41 CE, independientemente del sujeto protegido, de la consideración de situación de necesidad, o de la consideración como órgano de la SS de la entidad dedicada a la gestión de dichas prestaciones. La jurisprudencia venía entendiendo que las disposiciones de la LRJS eran meridianamente claras, y en tanto no se produjera una intervención vía legal, no habría ninguna otra posibilidad de excluir al orden contencioso-administrativo de tales asuntos, a pesar del inconveniente que para los sujetos beneficiarios o interesados les pudiera suponer. Todas estas sentencias estaban bastante fundamentadas, si cabe a raíz de lo delicado del tema a resolver.

Entre los fundamentos jurídicos empleados aparecían: 1) la propia referencia de la Ley 39/2006 al conocimiento de dicho orden contencioso-administrativo; 2) la exclusión por parte del art. 2 de la LPL/ 1995 a los órganos del orden social en cuestiones relativas a la asistencia y protección social pública; 3) el carácter de protección social y no de seguridad social de las prestaciones por dependencia, a raíz del art. 2.2 LGSS; 4) la especial concurrencia entre el nivel no contributivo de la SS y las prestaciones de la Ley 39/2006.

En efecto, la Ley 39/2006 reconoce sobre ella misma que “establece un nivel mínimo de protección, definido y garantizado financieramente por la AGE. Asimismo, como un segundo nivel de protección, la Ley contempla un régimen de cooperación y financiación entre la AGE y las CCAA, mediante convenios para el desarrollo y aplicación de las demás prestaciones y servicios que se contemplan en la Ley. Finalmente, las CCAA podrán desarrollar, si así lo estiman oportuno, un tercer nivel adicional de protección a los ciudadanos”.

Por tanto, por mor del art. 104 RDL 6/2023 queda redactada la letra o) del art. 2 LRJS en los siguientes términos, los órganos jurisdiccionales del orden social, por aplicación de lo establecido en el artículo anterior, conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan: “en materia de prestaciones de Seguridad Social, incluidas la protección por desempleo y la protección por cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia, así como sobre la imputación de responsabilidades a empresarios o terceros respecto de las prestaciones de Seguridad Social en los casos legalmente establecidos. También las cuestiones referidas a aquellas prestaciones de protección social que establezcan las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias, dirigidas a garantizar recursos económicos suficientes para la cobertura de las necesidades básicas y a prevenir el riesgo de exclusión social de las personas beneficiarias. Igualmente, las cuestiones litigiosas relativas a la valoración, reconocimiento y calificación del grado de discapacidad, así como sobre el reconocimiento de la situación de dependencia y prestaciones económicas y servicios derivados de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, teniendo a todos los efectos de esta Ley la misma consideración que las relativas a las prestaciones y los beneficiarios de la Seguridad Social”.

Con ello se da cumplimiento a lo que en su día contemplaba la Exposición de Motivos de la LRJS, por la cual esta inclusión supone adaptar la normativa procesal laboral a la doctrina constitucional en su interpretación de la protección social, conforme al art. 41 CE y, de esta manera, la jurisdicción social pasa a estar configurada como el juez natural de todas las esenciales políticas públicas relativas a la protección social. Y, más especialmente, la culminación del proyecto legal supone dar una tutela judicial efectiva a los derechos de las personas en situación de dependencia. Con ello se pone punto final al calificado por parte de la doctrina científica como “peregrinaje” de los dependientes en materia de prestaciones por dependencia.

5. El intenso debate, a tres bandas, sobre la ampliación del permiso por nacimiento y cuidado de menor en familias monoparentales

La ampliación de la duración del permiso por nacimiento y cuidado de menor en familias monoparentales ha centrado una de las controversias más interesantes del año 2024 en lo que a materia social se refiere. El peculiar debate al respecto, a tres bandas, entre dos Salas del TS (Social y Contencioso-Administrativo) y el TC se ha solventado, siquiera por el momento, a favor de dicha ampliación.

5.1. La postura de la STS 30 enero 2024 (rec. 1081/2023)

La sentencia de la Sala de lo Social del TS fija como controversia de base la determinación de si en una familia monoparental, la única progenitora, que ya ha disfrutado de la prestación por nacimiento y cuidado del menor, tiene derecho también al disfrute de la prestación que le hubiera correspondido al otro progenitor, de haber existido.

La solicitante es familia monoparental, con una hija biológica y, habiendo disfrutado ya del periodo de maternidad y percibiendo del INSS la prestación correspondiente, presentó solicitud de revisión de la prestación, solicitando el reconocimiento de la prestación por nacimiento y cuidado de menor por un total de 32 semanas; es decir, las 16 semanas adicionales que le hubieran correspondido al otro progenitor.

En su fundamentación, el TS reitera su propia doctrina al respecto, establecida previamente en su STS 2 marzo 2023 (rec. 3972/2020). Comienza advirtiendo que la solución que pueda darse a tal cuestión no solo afectará al ámbito de las prestaciones contributivas de la SS, sino que también produciría efectos en el ámbito de su relación contractual con el empleador, dado que para el disfrute de la prestación solicitada resultaría ineludible la ampliación de la duración de la suspensión del contrato prevista en el art. 48.4 ET. Aceptar la pretensión de la solicitante, continúa añadiendo, implicaría varias consecuencias que interferirían sensiblemente en el orden normativo establecido, yendo más allá de la aplicación e interpretación de la norma, funciones jurisdiccionales, y situándose en el ámbito de su creación, una función que corresponde al legislador, sin que la misma pueda ser suplida a través de resoluciones judiciales. Por un lado, supondría la creación una prestación contributiva nueva en favor de los progenitores de familias monoparentales que, además, quedaría estrictamente limitada a la duplicación de la duración de la misma, sin modificar los condicionantes específicos en materia de período de cotización previa o del régimen jurídico de su propia concesión o subsistencia, alterando la configuración diseñada por el legislador. Por el otro, implicaría también la modificación del régimen jurídico de la suspensión contractual por causa de nacimiento y cuidado de hijo del art. 48.4 ET.

Trae a escena también el TS al otro sujeto de la relación contractual, la empresa, que se vería obligada a soportar una duración mayor de la suspensión contractual, lo que afectaría a sus previsiones de sustitución o de reorganización y que no le eximiría del cumplimiento de las obligaciones de cotización en materia de SS. Hace también el TS en su fundamentación un recorrido normativo concluyendo que, ni de la CE, ni de ninguna norma de la UE, ni de ningún acuerdo o tratado internacional ratificado por España, puede inferirse el reconocimiento al único progenitor de una familia monoparental de la prestación

por nacimiento y cuidado de menor que le hubiera correspondido al otro progenitor en supuestos en los que ya se le ha reconocido dicha prestación propia.

Apelando a la especial protección que debe darse al menor como principio que debe informar el ordenamiento jurídico, concluye el TS que en toda la regulación de la prestación por nacimiento de hijo y cuidado del menor está presente la atención a ese singular interés, pero que no es el único al que debe atenderse; razón por la que el legislador también ha prestado especial atención al principio de igualdad entre hombres y mujeres al confeccionar una normativa que, asimismo, tiene como finalidad lograr la corresponsabilidad entre ambos progenitores en el cuidado del menor, tratando el legislador de conciliar todos los intereses que deben considerarse en la regulación de tan delicada materia.

5.2. *La interpretación de la STS, Cont.-Admtivo., 15 octubre 2024 (rec. 5372/2022)*

Atendiendo a un supuesto de hecho similar, aunque referido a una trabajadora sujeta al régimen estatutario del empleado público, la Sala de lo Contencioso del TS resolvió este año 2024 el recurso de casación presentado por la representación procesal de una trabajadora de la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León, a quien le había sido denegada la ampliación del permiso por nacimiento y cuidado de menor (de 16 a 24 semanas), al ser esta una familia monoparental.

La Sala Tercera del TS fija como interés casacional de este asunto determinar si, al amparo del art. 49 EBEP, en caso de familias monoparentales es posible la ampliación del permiso por nacimiento que le hubiera correspondido al otro progenitor en igualdad de condiciones al resto de las familias para evitar la discriminación del menor. La posición de la trabajadora solicitante giraba en torno a la igualdad y a la protección del interés del menor, pues consideraba que los hijos recién nacidos de una familia monoparental no podían disfrutar de la compañía y los cuidados de un progenitor durante menos tiempo que los recién nacidos en una familia biparental. Citando, además de dicho art. 49 EBEP, la Convención de los Derechos del Niño, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el art. 14 CE, entre otros.

En su fundamentación, la esta Sala se aleja de los argumentos esgrimidos por la Sala Cuarta para rechazar la ampliación del permiso, a quien incluso dedica una breve mención en su fundamento octavo, para centrarse en el análisis y alcance que permite el art. 49 EBEP. Lo hace, por un lado, matizando que de su redacción no puede concluirse que no autorice, ni imponga, ni prohíba que al permiso de maternidad pueda añadirse, o no, el permiso del otro progenitor, siempre en la parte que resulte aplicable, es decir, excluyendo las seis primeras semanas de descanso obligatorio, que son las posteriores al parto o al hecho causante. Partiendo de esto, la Sala Tercera pone a continuación su atención en el

hecho de que el propio art. 49 EBEP sí contempla un supuesto muy concreto de familia monoparental que daría derecho a una ampliación de este permiso, como es el supuesto de fallecimiento de la madre, situación en la que se permite que el otro progenitor pueda hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste de permiso de la madre fallecida.

En este supuesto del progenitor viudo, la duración del permiso sí se extiende hasta el límite de las familias biparentales, posibilidad que la Sala Tercera interpreta como una evidencia de que el legislador ha tenido en cuenta el interés superior del menor en este tipo de permisos, aunque limitado al supuesto del fallecimiento de la madre. No obstante, esta interpretación es en la que se va a fundamentar la interpretación de la Sala para sostener que los efectos y diferencias entre las familias monoparentales y biparentales, que podría generar la aplicación del art. 49 EBEP, no parece compatible ni con la CE, ni con el derecho de la UE, ni con las normas internacionales, ni con el resto del ordenamiento jurídico.

Siendo variados los intereses que convergen sobre este derecho, a juicio de la Sala, el interés del menor destaca sobre todos ellos, siendo un interés superior, que se erige por encima de todos los demás, situándose en un plano destacado y preferente. La igualdad entre los menores recién nacidos, evitando la aparición de cualquier forma de discriminación por razón de nacimiento, o por cualquier otra condición o circunstancia personal o social, se salvaguarda en el art. 14 CE, con independencia de que haya nacido en un tipo u otro de familia. Concluye la Sala que esta igualdad exige evitar cualquier clase de discriminación, toda vez que la interpretación que se haga del artículo en litigio debe resultar conforme con ese derecho fundamental y con la interdicción de cualquier forma de discriminación, debiendo alejarse, por tanto, de interpretaciones que erosionen este derecho fundamental. En consecuencia, el tipo de familia no puede determinar la diferencia de trato, de modo que el nacido en una familia monoparental disfrutará del cuidado, atención y protección familiar por un tiempo muy inferior, 16 semanas, que tendría si hubiera nacido en una familia biparental, 26 semanas.

En opinión de la Sala Tercera, su interpretación del art. 49 EBEP es la que resulta conforme con la CE, en concreto con los arts. 14 y 39, y el resto del ordenamiento jurídico, respetando la igualdad y el interés superior del menor mediante la proscripción de cualquier forma de discriminación por razón de nacimiento; no apreciando ninguna circunstancia que proporcione una justificación razonable para explicar la diferencia de efectos jurídicos entre dos situaciones jurídicas equiparables, es decir, entre menores recién nacidos en familias monoparentales o biparentales.

5.3. STC 140/2024, de 6 de noviembre

En la STC 140/2024, de 6 de noviembre, el TC resuelve la cuestión de inconstitucionalidad número 6694/2024, promovida por la Sala de lo Social del TSJ Cataluña en relación con el art. 48 ET, apdos. 4, 5 y 6, en conexión con el art. 177 LGSS, relativos a la suspensión del contrato de trabajo y prestación por nacimiento y cuidado de menor, por posible vulneración de los arts. 14, 39 (apdos. 1, 2 y 4) y 41 CE; del art. 10 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 UE; y del art. 2.4 LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

La Sala del TSJ cuestionaba, por un lado, si la regulación actual del régimen de suspensión del contrato de trabajo y la prestación por nacimiento y cuidado de menor, suponía una discriminación indirecta por razón de sexo, dado que el impacto negativo y desfavorable de esta regulación incidiría de manera más intensa sobre las mujeres trabajadoras, que son quienes encabezan mayoritariamente las familias monoparentales. Por otro lado, a los efectos que nos ocupan, se planteaba también si dicha regulación supondría un trato discriminatorio hacia el menor nacido en una familia monoparental, al implicar un tiempo de cuidado inferior que el nacido en una familia biparental, a pesar de que estos menores tienen idénticas necesidades; pudiendo colisionar con el obligado respeto al interés superior del menor, al recibir un trato discriminatorio respecto de los nacidos en familias biparentales.

Tras un ilustrativo recorrido por la evolución normativa y jurisprudencial de la protección por nacimiento y cuidado de menor, (entre otras, las comentadas en las líneas precedentes), el TC concluye que, a pesar de la sustancial identidad de las necesidades de cuidado que tiene cualquier recién nacido, las normas cuya constitucionalidad se cuestiona por parte del TSJ Cataluña provocan una diferencia de trato entre los menores nacidos en una familia monoparental y los nacidos en una familia biparental en tanto que, en el primer caso, tan solo podrán recibir los cuidados de su madre biológica por un período máximo de dieciséis semanas mientras que, en el segundo caso, podrán recibir también los cuidados del otro progenitor por idéntico período de tiempo. Nos encontramos, por tanto, ante una diferencia de trato normativa que tiene su origen en una de las razones prohibidas de discriminación que expresamente contempla el art.14 CE, la de nacimiento.

En consecuencia, el TC estima la cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre los arts. 48.4 ET y 177 LGSS, al no prever la posibilidad de que las madres biológicas de familias monoparentales, trabajadoras por cuenta ajena, puedan ampliar su permiso por nacimiento y cuidado de hijo más allá de dieciséis semanas, disfrutando del permiso, y la correspondiente prestación económica de la SS, que se reconocería al otro progenitor, en

caso de existir. Esta situación genera, *ex silentio*, una discriminación por razón de nacimiento de los niños y niñas nacidos en familias monoparentales, la cual es contraria al art. 14 CE, en relación con el art. 39 CE, en tanto que esos menores disfrutaban de un período de cuidado de sus progenitores significativamente inferior a los nacidos en familias biparentales.

6. Cambio de doctrina en el régimen de compatibilidades entre prestaciones de IP en grado de absoluta y gran invalidez y el trabajo por cuenta ajena: STS 11 abril 2024 (rec. 197/2023)

Esta sentencia del TS modifica su criterio interpretativo en relación con el régimen de compatibilidades entre prestaciones de IP en grado de absoluta y gran invalidez y el trabajo por cuenta ajena, estableciendo que solo serían compatibles estas prestaciones de IP con trabajos esporádicos o marginales, sin dar lugar a la inclusión en el sistema de SS.

Los antecedentes de hecho de la sentencia son los siguientes: el actor tenía reconocida una IP total para su profesión habitual desde junio de 2015 y, a partir de enero de 2017 comenzó a prestar servicios para la *ONCE* como vendedor de cupones. En enero de 2018, el actor pidió la revisión de su grado de invalidez, siéndole denegado por la entidad gestora al entender que sus dolencias no se habían agravado. El trabajador presentó demanda cuya sentencia le reconoció la gran invalidez, con los derechos inherentes a tal situación. La entidad gestora formalizó recurso de suplicación contra la sentencia dictada ante el TSJ de Andalucía, que desestimó el recurso y confirmó la sentencia de instancia.

La entidad gestora notificó al actor que no procedería a abonarle la pensión de gran invalidez hasta que dejara de prestar servicios en la *ONCE*. El actor solicitó la ejecución provisional de la sentencia, que luego se tramitaría como definitiva, y, en noviembre de 2020, se dictó un auto que ordenaba al INSS y a la TGSS a abonar la pensión correspondiente al periodo de abril de 2018 a noviembre de 2019. Interpuesto recurso de reposición por el letrado de la SS, el auto fue confirmado en diciembre de 2020.

El INSS y la TGSS interpusieron recurso de suplicación contra el auto dictado. La STSJ Andalucía, Sevilla, 26 octubre 2022 (rec.340/2021) estimó el recurso de la entidad gestora, revocó el auto de instancia y acordó no haber lugar a despachar la ejecución por entender que la pensión de gran invalidez es incompatible con las rentas derivadas del trabajo en la *ONCE*, ya que su función es sustituir la falta de rentas del trabajo. El trabajador no está de acuerdo con la sentencia dictada *ad quem* e interpone recurso de casación para la unificación de doctrina con un único motivo, alegando infracción del art. 198.2 LGSS y aportando como sentencia de contraste la del TSJ Cataluña 30 enero 2002 (rec. 1152/2001). El TS ha de determinar si el reconocimiento de una gran invalidez a un

trabajador de la *ONCE* es compatible con el hecho de que continúe vendiendo cupones en dicha organización.

El TS sentencia que la percepción de la pensión por gran invalidez es incompatible con el trabajo a tiempo completo en una determinada actividad laboral, en el presente caso, con el trabajo en la *ONCE*. Su fallo implica cambio de criterio interpretativo seguido por parte de la sala IV del TS, cuya fundamentación se asienta en dos bloques argumentativos. El primero realiza un repaso de la evolución de la doctrina jurisprudencial, dividida en dos fases: una primera, constituida por las SSTS 20 diciembre 1985 y 13 mayo 1986, sostiene que la intención del legislador cuando se refiere al ejercicio de aquellas actividades sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido, hace referencia única y exclusivamente a los trabajos de tipo marginal y de mínima significación, porque cualquier otra interpretación rompería con todo el sistema y la doctrina de la Sala que tiene declarado que “la incapacidad permanente absoluta es aquella situación que impide al trabajador la realización de cualquier actividad por liviana y sedentaria que sea, ya que el resultado de una interpretación distinta, conduciría a un resultado, como acaba de anticiparse, de contradicción plena con el sistema y conduciría al absurdo”; y una segunda fase, marcada por las SSTS 30 enero 2008 (rec. 480/2007) y 16 octubre 2013 (rec. 907/2012), donde se declara la compatibilidad de la gran invalidez con el trabajo por cuenta ajena. Esta doctrina se reitera en numerosas sentencias sin diferenciar entre grados, entre otras, SSTS 23 abril 2009 (rec. 2512/2008) y 20 marzo 2019 (rec. 2648/2017).

En el segundo bloque argumentativo, se recogen las razones y argumentos que a juicio del TS avalan el cambio de criterio, volviendo a la interpretación primigenia de la Sala. Este cambio de criterio viene dado porque la Sala IV del TS interpreta que un recto entendimiento del art. 198.2 LGSS permite que las prestaciones de IP (absoluta y gran invalidez) sean compatibles solo con trabajos marginales y de poca importancia, que no requieran alta ni cotización en la SS. Estos trabajos deben ser residuales, mínimos y limitados, y no pueden ser los que se realizaban habitualmente ni otros que generen ingresos regulares y requieran inclusión en el sistema de SS.

El cambio de criterio interpretativo se sustenta en las siguientes razones que se recogen en el FJ 4 de la sentencia, en síntesis, los siguientes:

- a) Interpretación literal de los preceptos que regulan la incapacidad permanente: se cita el art. 198.2 LGSS que se refiere a la compatibilidad de “aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del incapacitado y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión”. Entiende el TS que la norma habla de “actividades compatibles” y no “trabajos” y por tanto se está refiriendo a labores o tareas limitadas y no a ocupaciones permanentes o cotidianas que daría lugar a su inclusión en la SS.

b) Interpretación sistemática del art. 194 LGSS y la DT 26ª LGSS, así como el art. 198 LGSS: el TS señala que “resulta difícil imaginar que, por un lado, la norma [art. 194 según redacción DT 26ª LGSS] califique la IPA como situación que inhabilita por ‘completo’ al trabajador para ‘toda’ profesión u oficio; y que, por otra, esté permitiendo la compatibilidad con actividades que, según la definición anterior no podría realizar”. Y añade que el art. 198.1 LGSS hace referencia a la compatibilidad con el “salario” que pueda percibir el trabajador en funciones no coincidentes con las que provocaron la IP Total, mientras que el art. 198.2 LGSS “no se refiere, en ningún momento al salario, sino a actividades que sean o no ‘lucrativas’”. Finalmente, el art. 198.3 LGSS que nos ocupa, reitera para después de la jubilación la previsión del apdo. 2 respecto de la IP absoluta y gran invalidez antes de producirse la jubilación. Concluye el TS que “la lógica de la interpretación sistemática solo puede conducir a que la recta hermenéutica de las actividades compatibles únicamente puede referirse a tareas o funciones que no sean las correspondientes a alguna profesión u oficio, sino a labores de índole accesorio, marginal, ocasional o limitado que, siendo o no lucrativas, no den lugar a su inclusión en el sistema de Seguridad Social”.

c) Finalidad genérica de las prestaciones del sistema de SS: consiste en “subvenir situaciones de necesidad de los ciudadanos o, más concretamente, de los afiliados al sistema, en tanto que la Seguridad Social es un régimen jurídico de protección social formado, entre otras ayudas o servicios, por prestaciones públicas que tratan de colocar a los ciudadanos a salvo de las situaciones de necesidad social a las que la vida les puede enfrentar”. El régimen jurídico de cada prestación, incluyendo su compatibilidad, está condicionado por el sistema de financiación y su interpretación debe alinearse con el diseño constitucional y legal del Sistema, así como con los principios de suficiencia de las prestaciones y equilibrio financiero.

d) Finalidad específica de las prestaciones de IP: estas prestaciones están diseñadas para compensar la pérdida de rentas salariales debido a la imposibilidad de trabajar causada por la situación incapacitante sufrida por el trabajador. Se argumenta por el TS que, si no hay tal pérdida de ingresos porque la incapacidad no impide trabajar, no se justifica la prestación, ya que no existe una necesidad específica que requiera protección social y el esfuerzo financiero de la comunidad. Este razonamiento ha sido esgrimido en distintas sentencias en las que se ha venido entendiendo que las prestaciones de IP son absolutamente incompatibles con el desempeño de la misma actividad por la que se proclama la incapacidad. En la misma tónica, en relación con la pensión de invalidez total ha declarado que tiene

por finalidad “la de suplir el defecto de rentas de trabajo que genera en un asegurado la pérdida definitiva del empleo que desempeñaba. La pensión de invalidez tiene, por tanto, una función de sustitución de las rentas salariales que ya no se pueden obtener en el ejercicio de la actividad laboral”.

e) La compatibilidad entre prestaciones limita las opciones de otros desempleados y contradice la lógica del sistema de SS. La Sala IV del TS da a entender que la ocupación de un empleo por parte del beneficiario de la prestación “podría haber sido ocupado por un trabajador desempleado que percibía prestación pública de desempleo y que sí resultaba -y resulta- incompatible con ese nuevo empleo. De esta forma, aplicando el entendimiento anterior del sistema de compatibilidades resultaba que el beneficiario seguía percibiendo rentas del trabajo, mientras que la SS abonaba dos prestaciones: una de incapacidad al propio beneficiario y otra de desempleo al trabajador que no percibía rentas de trabajo por carecer de empleo y que podría haber accedido a las rentas del trabajo derivadas del empleo que ocupaba el beneficiario de la prestación de incapacidad”. Por este motivo, estima que esta posibilidad es contraria “a la lógica y a la sostenibilidad del sistema de prestaciones públicas de protección social; y, también al principio de solidaridad”.

f) La necesidad de revisar el sistema de incapacidades en general, y en particular, la del beneficiario afectado en orden a potenciar sus capacidades y la consecución de rentas dignas.

g) El TS argumenta que el sistema de protección social en general y las políticas de asistencia social deben arbitrar nuevos mecanismos tendentes a la reinserción socio laboral de las personas con discapacidad para el trabajo mediante programas y actividades destinadas al incremento de sus capacidades laborales sin necesidad de sustituirlas con aportaciones prestacionales que resultan incompatibles con aquellos trabajos.

Concluye el TS que “la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida en la sentencia recurrida, al considerarse incompatible la pensión por Gran Invalidez con el trabajo a tiempo completo en una determinada actividad laboral (en los presentes autos, el trabajo en la *ONCE*)”.

Las consecuencias prácticas del cambio de doctrina son cuantitativas y cualitativas. La Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica ha publicado el Criterio Técnico

de Gestión núm. 11/2024, de 13 de junio de 2024⁴⁴, con el fin de dar una solución práctica a los graves efectos que produce la STS 11 abril 2024, al establecer la incompatibilidad de las pensiones de IPA con trabajos que determinen la inclusión en el sistema de SS, abriendo la puerta al INSS al instar en estas situaciones el art. 200 LGSS relativo a la revisión de grado de discapacidad, materializando el tránsito de la incompatibilidad a la extinción de la pensión de IPA y/o GI.

El mencionado Criterio de Gestión determina dos formas de actuación: la incompatibilidad y la compatibilidad. En la situación de incompatibilidad, la percepción de la pensión de IPA será incompatible con la realización de aquel trabajo o actividad que dé lugar a la inclusión en un régimen del sistema de la SS. A tal efecto, se suspenderá el pago de la pensión de IPA durante el desempeño de dichos trabajos o actividades, dictándose resolución en la que se fundamente la suspensión en la nueva doctrina del TS, y se reanudará cuando cese la realización de dicho trabajo o actividad. En los casos donde el beneficiario tenga reconocido el complemento para remunerar a la persona que le asiste, según el art. 196.4 LGSS, la suspensión de la pensión no afectará a este complemento. Lo establecido en este punto no impide que el INSS podrá instar la revisión del estado del beneficiario de acuerdo con el art. 200 LGSS.

En la situación de compatibilidad, es decir, en aquellos casos en los que, de acuerdo con la anterior doctrina del TS el pensionista viniese compatibilizando el percibo de la pensión de IPA con el ejercicio de un trabajo por cuenta ajena o de una actividad por cuenta propia que hubiera dado lugar al alta en un régimen de la SS, durante la vigencia de dichos contratos de trabajo o de las citadas actividades se mantendrá la compatibilidad sin perjuicio de que se pueda iniciar, si así procediese, el procedimiento de revisión con el objeto de determinar si se mantiene el grado, en el supuesto de que el interesado no hubiera cumplido la edad de jubilación y de que dicho procedimiento no se hubiera ya iniciado cuando se tuvo conocimiento de que el interesado estaba trabajando. De este modo, la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica, ha entendido que las personas con discapacidad que desde antes de la STS 11 abril 2024 venían compatibilizando su pensión IPA/GI con una actividad por cuenta propia o ajena, se les permite mantener la percepción de la pensión y los rendimientos de la actividad, es decir, son compatibles, sin perjuicio de que se pueda iniciar el procedimiento de revisión.

⁴⁴ Se puede consultar el Criterio de Gestión 11/2024, de 13 de junio, en el siguiente enlace: <https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/f4e6784a-518a-491d-9cae-a55304a990b0/CRITERIO+DE+GESTION+11-2024.pdf?MOD=AJPERES>

7. Novedades respecto a la IT

La gestión de la prestación económica por IT ofrece cada año varios pronunciamientos que resultan de interés, en especial por causa de la participación en el Sistema de protección social de las Entidades Colaboradoras. Buena muestra de ello aparece a continuación:

7.1. *El abono de la prestación transcurridos 730 días y hasta la declaración de IP*

Comenzando por lo más reciente, el TS estima un recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS y la TGSS, resolviendo el debate sobre a quién corresponde el pago de la prestación de IT cuando, transcurridos 730 días, todavía no existe una resolución administrativa que declare la existencia de incapacidad permanente.

La sentencia recurrida había condenado a la Entidad Gestora a reintegrar a la Mutua demandante las cantidades abonadas por ésta, a varios trabajadores a quienes tenía bajo su cobertura en situaciones de IT por contingencias comunes, correspondientes a periodos superiores a 730 días.

Recorre la STS 9 diciembre 2024 (rcud. 5638/2022), en primer lugar, al último inciso del art. 170.3 LGSS, el cual dispone que “durante la prórroga de la situación de incapacidad temporal se mantendrá la colaboración obligatoria en el pago de la prestación, así como la colaboración voluntaria, en su caso”. Después rechaza la aplicación de cierta doctrina anterior de la Sala, alguna señalada tanto por la recurrente como por la recurrida⁴⁵, pues no dan respuesta a la responsabilidad en el pago del subsidio prorrogado cuando es una Mutua la que asume la gestión y pago del subsidio ordinario. Finalmente, es la STS 20 febrero 2012 (rcud 699/2011)⁴⁶ la que sirve de referencia al fallo, pues condenaba durante la prórroga de efectos de la incapacidad a la entidad gestora, entidad colaboradora o empresa responsable del pago de la prestación de IT.

En la sentencia actual, acogiendo un argumento de la parte demandada, cabe entender que ese tiempo de 730 días que el art. 174 LGSS marca como máximo de la IT, lo es cuando “se procede a demorar la calificación en los supuestos en los que, ante la necesidad de seguir con el tratamiento, hay expectativas de recuperación o mejoría a efectos de reincorporarse al trabajo, pero aquí estamos ante la pendencia de la calificación de incapacidad permanente más allá de ese tiempo de demora que la ley permite”. Por lo tanto, dado que el art. 82.1 LGSS indica que “las prestaciones y los servicios atribuidos a

⁴⁵ STS 23 noviembre 2011 (rcud. 1422/2011).

⁴⁶ Doctrina que también aparece en la STS 398/2020, de 22 de mayo, (rcud. 4584/2017).

la gestión de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social forman parte de la acción protectora del sistema y se dispensarán (...) con el mismo alcance que dispensan las entidades gestoras en los supuestos atribuidos a las mismas”, y siendo en este caso la Mutua competente para ello y obligada al pago de la prestación, no procede reintegro alguno por parte del INSS, sobre el que no recaía la responsabilidad que ahora se le demanda.

7.2. Establecimiento de la base reguladora en los supuestos de recaída de IT

La STS 11 septiembre 2024 (rcud. 2314/2021) implica a un trabajador que estuvo en situación de IT desde el 24 de mayo al 8 de noviembre de 2016, fecha esta última en la que fue dado de alta médica, si bien el 9 de marzo de 2017 tuvo una recaída y volvió a la situación de IT hasta el 6 de diciembre de 2017, en un supuesto legal recogido en el art. 169.2 LGSS.

La cuestión que se plantea en el presente recurso es cuál debe ser la base reguladora en los supuestos de recaída de IT, si debe calcularse una nueva en función de las cotizaciones del segundo proceso o corresponde la ya reconocida en el primer proceso, como postula la sentencia recurrida (siendo superior esta última BR en 900 euros).

Pues bien, recurriendo a la doctrina de las SSTS 2 octubre 2003 (rcud. 3605/2002) y 12 julio 2007 (rcud. 5448/2005), la Sala razona que el problema no puede resolverse directamente a partir de la mera literalidad de la normativa reguladora de la controvertida contingencia, sino que debe buscarse la solución que mejor se acomode a la finalidad perseguida por el subsidio, que no es otra que “la de suplir la falta de rentas derivada de una situación de baja laboral, por lo cual cabe entender que la prestación ha de estar conectada con la situación más próxima a la de la última baja, de manera que esta nueva situación es la que determina (...) el reconocimiento del derecho y la cuantía del mismo, lo que significa que (...) es en el momento de la recaída en el que habrá que volver a calcular la BR de la prestación en atención a las circunstancias concurrentes en ese momento”.

7.3. La IT posterior al reconocimiento de las prestaciones de desempleo no da lugar a la ampliación de la duración de esa situación de desempleo reconocida

La STS 15 octubre 2024 (rcud. 3302/2022) trata el caso de un trabajador declarado en IT derivada de accidente de trabajo mientras está prestando servicios en su empresa. Con posterioridad, pasa a situación legal de desempleo y mientras percibe la prestación de desempleo, inicia un nuevo proceso de IT que se califica como recaída de aquel anterior derivado de accidente de trabajo. El actor reclama infracción del art. 283 LGSS entendiendo que la prestación de desempleo debe ampliarse por el periodo durante el que

ha estado en situación de IT derivada de accidente de trabajo como recaída del mismo proceso anterior a la percepción del desempleo.

La Sala recurre al criterio que ya fijó en la STS 22 noviembre 2023 (rcud. 3230/2020), constatando que el supuesto de la sentencia recurrida no se rige por el art. 283.1 LGSS (extinción del contrato durante la situación de incapacidad temporal), sino que lo hace por el art. 283.2 LGSS (trabajador que esté percibiendo la prestación de desempleo total y pase a la situación de IT que constituya recaída), cuyo párrafo tercero indica que “el período de percepción de la prestación por desempleo no se ampliará por la circunstancia de que el trabajador pase a la situación de incapacidad temporal”, literalidad a la que hay que estar puesto que, revisando la LGSS/1994, “en lo que se refiere a su duración, el legislador ha unificado el régimen jurídico aplicable a todos supuestos de recaída de la IT mientras se perciben las prestaciones de desempleo, con independencia de la contingencia de la que la misma derive”.

8. Controversias en torno a la pensión de viudedad

La pensión de viudedad es una de las prestaciones clave de la protección por muerte y supervivencia, de ahí que sea una de las materias recurrentes, tanto en este informe como en los litigios judiciales. Dos son las situaciones a destacar durante este último año:

8.1. Flexibilidad de requisitos en situaciones de Violencia de Género

El art. 221 LGSS establece que tienen derecho a la pensión de viudedad quienes, cumpliendo los requisitos establecidos en el art. 219 LGSS, se encuentren unidos al causante en el momento de su fallecimiento como pareja de hecho. Se exige, concretamente, “una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años”.

La STS 29 abril 2024 (rec. 3303/2022) afronta la cuestión de si una mujer que, por razón de violencia de género, no estaba ya unida ni convivía con el causante en el momento de su fallecimiento, tiene derecho a la pensión de viudedad de parejas de hecho. Pues bien, en estos supuestos en que el otro integrante de la pareja de hecho ejerce la violencia de género contra la mujer con la que convive, la protección de esta exige, entre otras muchas cosas, que cese la convivencia, la cual no solo es imposible e indeseable, sino que ha de evitarse a toda costa. Es decir, la convivencia se rompe, no exactamente por la libre voluntad de la mujer, sino porque la violencia ejercida sobre aquella hace imposible la convivencia⁴⁷. Por ello, de exigirse e imponerse esta convivencia

⁴⁷ SSTs 13 abril 2023 (rec. 793/2020); 5 julio 2023 (rec. 1981/2020); y 4 octubre 2023 (rec. 1352/2021).

como requisito, no se alcanzaría la finalidad primordial y principal de proteger a la víctima de la violencia de género.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, protege a las mujeres de la violencia proveniente no solo de sus cónyuges, sino también de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia. No es razonable entender que la voluntad de la ley sea la de exigir la convivencia en el momento del fallecimiento del causante para acceder a la pensión incluso en el supuesto de que la convivencia haya tenido que cesar con anterioridad por la concurrencia de violencia de género. De tal forma que la respuesta global y multidisciplinar que reclama la exposición de motivos de esa norma sigue presentando deficiencias que hay que corregir y subsanar.

Un exponente de cómo se van superando estos déficits de protección lo constituye la entronización de la violencia de género en la regulación de la pensión de viudedad en los supuestos de separación y divorcio. Así, la disposición final tercera de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, dispensó del requisito de ser acreedoras de pensión compensatoria a las mujeres que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación o divorcio. De suerte que la aplicación analógica es plausible, por cuanto la concurrencia de violencia de género debe eximir del cumplimiento de determinados requisitos que carecen de sentido cuando existen malos tratos. En caso de que la convivencia haya tenido que cesar por la existencia de violencia de género y si se cumplen el resto de los requisitos, esa ausencia de convivencia no puede ser un obstáculo infranqueable para que la mujer víctima de violencia pueda acceder a la pensión de viudedad de parejas de hecho.

Del mismo modo, el art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, sobre integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas, establece que “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”. Además, en su art. 15 dispone que el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los poderes públicos. En el caso presente, la Sala no ha sido desconocedora del criterio de interpretación de la perspectiva de género.

Ahora bien, cabe recordar que el legislador requiere de dos simultáneos requisitos para que el miembro supérstite de la pareja de hecho pueda obtener la pensión de viudedad: de un lado, la convivencia estable e ininterrumpida durante el periodo de cinco años; de otro, la publicidad de la situación de convivencia *more uxorio*, imponiendo —con carácter constitutivo y antelación mínima de dos años al fallecimiento— la inscripción en el registro

de parejas de hecho (en alguno de los registros específicos existentes en las CCAA o Ayuntamientos del lugar de residencia) o la constancia de su constitución como tal pareja en documento público. La solución “no consiste en una exigencia probatoria duplicada sobre un mismo extremo, tal y como pudiera deducirse de la confusa redacción del artículo 221.2 LGSS, sino que los dos mandatos legales van referidos a otras tantas exigencias diferentes, como son: la material, de convivencia como estable pareja de hecho durante el mínimo de cinco años; y la formal —*ad solemnitatem*— de su verificación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho y dotada de análoga relación de afectividad a la conyugal, con dos años de antelación al hecho causante”⁴⁸. De ahí que la jurisprudencia del TS indique que la pensión de viudedad no es en favor de todas las parejas de hecho con cinco años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de aquellas “registradas” cuando menos dos años antes (o que han formalizado su relación ante notario en iguales términos temporales) y que cumplan el requisito convivencial; lo que ha llevado a afirmar que la titularidad del derecho únicamente corresponde a las “parejas de derecho” y no a las genuinas parejas de hecho. Por ello, aun cuando la acreditación de la convivencia puede realizarse por cualquier medio de prueba que tenga fuerza suficiente para procurar convicción al respecto, sin que necesariamente haya de serlo por el certificado de empadronamiento, la existencia de la pareja de hecho debe acreditarse en los concretos términos establecidos en la norma, no teniendo validez otro tipo de documentos, como la tarjeta sanitaria en la que la demandante figura como beneficiaria del causante, emitida por el INSS; el certificado de empadronamiento; el Libro de Familia; el testamento nombrando heredera a la persona con la que se convive; las disposiciones testamentarias de los convivientes en las que, además de legar una cuota del 30% de su herencia al otro, manifiestan que ambos convivían maritalmente; el certificado municipal de la reserva para la ceremonia nupcial; o la condición de beneficiaria del plan pensiones del causante.

En el asunto en cuestión, la Sala ha entendido que no hubo imposibilidad de haber cumplido con dicho requisito durante las casi dos décadas de convivencia, pues no consta que existiera la voluntad por parte de ambos, demandante y causante, de querer constituirse como pareja de hecho en un momento anterior, es decir, niega que la propia existencia de convivencia bajo la situación de violencia de género fuera la razón por la que existe falta de registro de la pareja, al mismo tiempo que rechaza el argumento de la sentencia recurrida, la cual entendía que “si aceptamos que no se debe exigir el requisito de la convivencia en los últimos cinco años, tampoco debería exigirse a la actora el requisito del ‘registro’ de la pareja de hecho al menos dos años antes del fallecimiento”.

⁴⁸ STS 21 diciembre 2023 (rcud. 2234/2022).

Por otra parte, y en sentido contrario, se ha vuelto a reiterar la doctrina para la concesión de la pensión de viudedad a víctimas de violencia de género al aplicar de forma flexible el requisito de conexión temporal con el momento de separación o divorcio. Así, en la STS 17 octubre 2024 (rec. 3336/2022) el TS ha reconocido el derecho a la pensión de viudedad a una mujer sin pensión compensatoria, aunque los episodios de violencia de género no se produjeron en el momento en el que se fijó la separación o el divorcio.

El art. 220 LGSS, que regula la pensión de viudedad en supuestos de separación, divorcio o nulidad matrimonial, dispone que “en todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme”, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho. Es este un elemento cronológico que no puede interpretarse de modo mecanicista, examinando cuanto acaece en un determinado día. Más bien, en el momento de la separación judicial o divorcio debe concurrir una razonable conexión de funcionalidad temporal, una proximidad que ponga de relieve la probabilidad de que la ruptura del matrimonio viene condicionada por cualquier acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.

En el supuesto enjuiciado, aunque el divorcio fue en 2017, la conexión temporal de la violencia de género con la ruptura del matrimonio resulta evidente en el caso de la separación, puesto que la sentencia de esta separación judicial es del año 2000 y la actora había presentado denuncias contra su cónyuge en 1998, 1999 y 2000, recayendo sentencia condenatoria en ese año 2000. Pero, inclusive, la violencia de género prosiguió tras esta sentencia de separación, dado que la demandante presentó denuncia el 2 de septiembre de 2004, lo que dio lugar a un juicio de faltas donde se dictó orden de alejamiento y sentencia condenatoria del causante el 7 de septiembre de 2004. A mayores, el 30 de marzo de 2005 el causante fue condenado por malos tratos y amenazas y el 23 de febrero de 2011 por la comisión de una falta de amenazas.

Por todo ello, en aplicación de los criterios flexibles y los conceptos abiertos que permitan una mejor atención a las situaciones de necesidad (art. 41 CE), al menos en casos determinados, la Sala concluye que también existió una razonable conexión temporal con el momento del divorcio, aprovechando para señalar adicionalmente que el periodo no superior a diez años al que se refiere la disposición transitoria decimotercera.¹ LGSS, se relaciona con la no exigencia de pensión compensatoria y no con la violencia de género.

8.2. Constitucionalidad del requisito de constitución de formal de la pareja de hecho

Como se acaba de ver *supra*, el argumento de la obligación del registro o constitución mediante documento público de la existencia de pareja de hecho a efectos de la pensión de viudedad ya había sido atendido por el TS, sin embargo, en este año ha sido el Pleno del Tribunal Constitucional quien se ha pronunciado, mediante Auto 89/2024, de 24 de septiembre (rec. 7368/2023), sobre la “finalidad constitucionalmente legítima” de este requisito. Así, ante la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Social del TSJ Illes Balears, manifiesta que el segundo párrafo del art. 221.2 LGSS no introduce un elemento de diferenciación arbitrario o carente de una justificación objetiva y razonable; al contrario, cuenta con una triple justificación: proporcionar seguridad jurídica en el reconocimiento de pensiones, evitar el fraude, y coordinar internamente el sistema prestacional de la Seguridad Social. Reitera así su posición de que no viola el art. 39 CE, ya que “es la libre opción de los convivientes de no formalización de su realidad familiar conforme a los criterios legales definidos la que determina la consecuencia denegatoria de la pensión solicitada, y no por tanto una decisión normativa contraria a las protecciones enunciadas en aquellas previsiones constitucionales”⁴⁹. Acogiendo positivamente la argumentación del INSS, entiende que “tanto la inscripción registral como el documento público de constitución de la pareja de hecho son de fácil ejecución y dependen exclusivamente de la voluntad de sus miembros, no pudiéndose imputar a la norma la existencia de un exceso de rigor en su exigencia”.

Asimismo, niega la existencia de una posible discriminación indirecta por razón de sexo, prohibida en el art. 14 CE, como disposición formalmente neutra que impacta negativamente sobre las mujeres al ser ellas las beneficiarias en un 90% de la pensión de viudedad derivada de pareja de hecho con dependencia económica. Confirmando la fuerte feminización de esta prestación, indica que este motivo no puede considerarse, por sí mismo y aisladamente, causante de la discriminación alegada, sosteniendo que la imposición del precepto cuestionado para el acceso a la pensión de viudedad no determina, ni formal ni materialmente, que las mujeres se encuentren en peor situación que los hombres para su cumplimiento y que, siguiendo esa misma lógica, todos los requisitos establecidos para el acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho adolecerían de este mismo vicio de inconstitucionalidad.

⁴⁹ En la STC 51/2014, de 7 de abril de 2014 (FJ 4), frente a la LGSS/1995, pero de idéntica dicción a la actual.

9. La necesaria referencia a la jubilación

Lo atinente a la prestación de jubilación viene marcada por el acuerdo de la Mesa de Diálogo Social de Seguridad Social “para flexibilizar la jubilación, involucrar mejor a las mutuas en los tratamientos sanitarios y regular las profesiones penosas”⁵⁰, afectando a varias modalidades de jubilación, principalmente para incentivar la demora en el paso a la jubilación total. A la espera de ver traducidas todas sus propuestas en normativa legal, vamos a destacar brevemente otro par de cuestiones que la jurisprudencia tuvo a bien reiterar en este 2024.

9.1. Necesidad de correspondencia entre las bases de cotización del trabajador relevista y del jubilado parcial

El art. 215 LGSS contiene el núcleo principal de la regulación de la jubilación parcial, siendo su apartado 2.e) el que presenta el requisito discutido en la STS 25 septiembre 2024 (rcud. 403/2022). El supuesto de hecho incumbe a una trabajadora de 61 años que solicita acceder a esa modalidad de jubilación tras firmar un contrato de trabajo a tiempo parcial del 50%, vinculado a uno de relevo que suscribe otra trabajadora por el 50% restante, si bien el porcentaje de cotización de esta última es inferior al 65% del promedio de las bases de cotización de los seis últimos meses del período de base reguladora de la pensión de jubilación parcial.

Pese a que la literalidad del precepto no deja lugar a duda, sostiene la representación de la trabajadora que pretende acceder a la jubilación parcial que existen otros elementos interpretativos, los cuales permiten soluciones más acordes con la finalidad perseguida por el legislador. Así, entiende que el esfuerzo exigido de cotización equivalente estaría cumplido aplicando el 65% previsto en relación con el 50% de parcialidad y no sobre el 100% cotizado por la jubilada, pues de lo contrario la suma de cotizaciones de ambas no sería inferior al 165% para un solo puesto de trabajo.

La Sala hace un recorrido por la evolución de las exigencias de esta figura, destacando en especial la cobertura del puesto a cubrir por la persona relevista, afirmando que la exigencia de correspondencia de bases es continua y que el legislador era consciente de la incidencia que la exigencia tiene en el acceso a la jubilación parcial, motivo por el cual desestima el recurso.

⁵⁰ Como así fue anunciado por el Gobierno, tal como se puede comprobar en <https://www.inclusion.gob.es/w/la-mesa-de-dialogo-social-de-seguridad-social-alcanza-un-acuerdo-para-flexibilizar-la-jubilacion-involucrar-mejor-a-las-mutuas-en-los-tratamientos-sanitarios-y-regular-las-profesiones-penosas>

9.2. *Retractación de una prestación de jubilación anticipada reconocida*

El art. 3 LGSS insta la irrenunciabilidad de los derechos de la Seguridad Social, siendo nulo todo pacto, individual o colectivo, por el cual el trabajador renuncie a ellos. Pues bien, la STS 25 septiembre 2024 (rcud. 4211/2021) debe decidir si una beneficiaria puede renunciar a una pensión de jubilación anticipada, al momento de serle notificada su concesión, bajo el pretexto de no haber sido informada debidamente de su cuantía por el funcionario de la entidad gestora. Manifiestan tanto el INSS como el TSJ Comunidad Valenciana que solo podría extinguirse la pensión por causa de incompatibilidad o por fallecimiento de la persona pensionista, pues no está prevista legal o reglamentariamente la renuncia⁵¹.

El TS comparte que la renuncia como tal a la prestación de jubilación estaría prohibida por nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, entiende que lo aquí enjuiciado no supone una expulsión del patrimonio jurídico de la beneficiada del derecho a una prestación presente o futura, sino que pretende no hacer uso de la misma para mantenerse activa y volver a solicitarla de nuevo cuando lo estime más conveniente para sus intereses.

Dado que la posibilidad no está prevista en la norma, pero tampoco está expresamente prohibida, recuerda que la solicitud de jubilación no resulta obligatoria para quienes cumplan la edad ordinaria y que el propio sistema incentiva la prolongación de la vida activa, de ahí que, más allá de que exista una falta de información o que esta sea inexacta o equivocada, procede aceptar la decisión de la trabajadora de dejar sin efecto la prestación reconocida.

VI. CORRESPONSABILIDAD ⁵²

1. El permiso por nacimiento y cuidado del menor en familias monoparentales

El debate sobre la extensión del permiso por nacimiento y cuidado del menor (anteriormente maternidad y paternidad) en el supuesto específico de las familias monoparentales es un tema jurídico de múltiples aristas que ha sido objeto de un extenso e inconcluso debate por parte de la doctrina académica y judicial desde que por el RDL 6/2019 se procedió a la equiparación/unificación de los citados permisos.

En todo caso, la constitucionalidad de dicho debate ha sido objeto de interpretación a través de la STC 140/2024, 6 noviembre 2024, siendo ponente la Magistrada María Luisa SEGOVIANO, en un pronunciamiento que ha concluido, o al menos construido, los

⁵¹ STSJ Comunidad Valenciana 19 octubre 2021 (rec. 1468/2021).

⁵² Han colaborado en la redacción de este apartado: Laura CASANOVA MARTÍN (coordinadora), Javier CARBALLO DE JESÚS, Ana DOMÍNGUEZ MORALES y Mónica RICO CASAL.

cimientos sobre los que debe configurarse la cuestión del permiso por nacimiento y cuidado del menor en el caso de familias monoparentales.

El principal objeto del debate es la ausencia de alusión explícita en el art. 48.4 ET a la especificidad de este tipo de familias, cuestión que en todo caso no es simétrica a la previsión que el legislador realizó para el supuesto de discapacidad del hijo o hija (art. 48.6 ET), donde se reconoce que “en caso de haber una única persona progenitora, esta podrá disfrutar de las ampliaciones completas previstas para el caso de familias con dos personas progenitoras”.

Esta falta de previsión es lo que ha llevado a la divergencia de criterio entre la doctrina (judicial y académica) e incluso entre las diferentes Salas del TS, las cuales han emitido sentencias en sentidos contrarios (Social en sentido denegatorio y Contencioso-Administrativo apostando por la concesión).

Hasta la entrada en vigor del RDL 6/2019, la trascendencia de este debate era menor puesto que, de acumularse ambos permisos, solo se le adicionaría a la progenitora gestante un máximo de 5 semanas correspondientes al otro progenitor (inexistente en el caso de familias monoparentales), es decir, la ampliación del citado permiso era una cuestión menor, al igual que el beneficio que su acumulación reportaría a la familia y al cuidado del menor.

Sin embargo, desde la aprobación de la citada norma por la que se procede a la equiparación de los permisos y su consecuente intransferibilidad, se produce una nueva situación en la que un menor nacido en una familia biparental dispone de 16 semanas con cada uno de los progenitores, pudiendo distribuir libremente este tiempo (excepto las seis primeras semana de disfrute obligatoria tras el alumbramiento) durante los 12 meses siguientes al parto, haciendo un total de 32 semanas, mientras que el nacido en una familia monoparental solo dispone de las 16 semanas correspondientes a la única progenitora.

Es esta nueva situación la que ha sido objeto de un largo debate que ha concluido con el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad por parte del TSJ Cataluña y que, como se ha expuesto, ha resuelto el TC con una sentencia pionera que declara la inconstitucionalidad de los arts. 48.4 ET y 177 LGSS.

No obstante, aunque la discusión ha girado generalmente en torno a los arts. 14 y 39 CE, no se debe obviar la necesaria contribución a la fundamentación jurídica de preceptos como el art.68 CC, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE o 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 cuidadores.

De todos modos, los vértices que alumbran el debate se concretan en la delimitación del objeto de protección o bien jurídico a proteger del permiso por nacimiento, el respeto

al derecho constitucional de protección de la familia y el respeto al derecho fundamental a la igualdad y no discriminación (fundamentalmente en lo que se refiere al ámbito del nacimiento y del sexo).

1.1. *Las divergentes interpretaciones del TS*

En los últimos tiempos, el criterio empleado por la Sala Cuarta se correspondía con la denegación de la ampliación/acumulación del permiso por nacimiento en el caso de familias monoparentales. Entendía el TS, según la STS 12 diciembre 2023 (rec. 2814/2022), que de proceder a la acumulación se estaría invadiendo una competencia exclusiva del legislador, pues de facto “supondría crear una prestación nueva en favor de los progenitores de familias monoparentales” lo que sería estrictamente función de aquel y no de los tribunales, entre cuya labor “no se encuentra la modificación del régimen de prestaciones de la seguridad social”.

Esta doctrina restrictiva supone una interpretación literal de la norma, entiendo personal e intransferible el disfrute del permiso por nacimiento, sin que quepa la posibilidad de acumulación en el caso de las familias monoparentales, aún a sabiendas que ello redundaría en un perjuicio para el menor, quien históricamente ha sido el bien jurídico objeto de protección en dicha prestación.

Recordando los antecedentes legislativos inmediatos a la promulgación del RDL 6/2019, el bien jurídico a proteger, como ya se ha apuntado, era el menor, pero desde entonces parece que se ha suscitado una suerte de “protección compartida”: sin duda, ese interés superior del menor y, al tiempo, la igualdad en el disfrute del permiso de ambos progenitores, toda vez que también a ambos les corresponde la asunción de las cargas familiares.

De este modo, entendiendo ese bien jurídico a proteger y, en consecuencia, el derecho del menor a recibir cuidados y disfrutar de su familia durante un tiempo de calidad, en las familias monoparentales se procedería, en pura lógica, a la acumulación de ambos permisos (16 semanas correspondientes a la o el progenitor real, más 10 semanas que serían las propias del progenitor inexistente), un criterio que, aunque fue asumido por resoluciones de TSJ -como la STSJ Cantabria 8 abril 2022 (rec.234/2022)-, ha sido completamente desechado por la Sala Cuarta.

No ha seguido el mismo criterio el TS a la hora de reconocer la citada prestación por nacimiento para el caso de la paternidad derivada de gestación subrogada⁵³. Pese a

⁵³ Aunque en la práctica, a través de la Instrucción del 5 de 2010 de la Dirección General de Registros y Notariado, se admite la inscripción registral de los menores nacidos en el extranjero en virtud de gestación subrogada en aras del interés superior del menor, lo cierto es que la legislación española es clara en relación a la ilicitud de esta técnica. Es a través del art. 10 Ley 14/2016, de 26

suponer ésta un acto *contra legem*, pues el hecho causante que legalmente la integra no comprende ese tipo de paternidad -y menos de maternidad-, el Tribunal se ha inclinado por la aplicación de forma analógica del supuesto de prestación por adopción.

Sin embargo, pese a esta firme posición de la Sala de lo Social, sostenida en el tiempo, recientemente la Sala de lo Contencioso-Administrativo ha emitido una sentencia en sentido absolutamente contrario. La apuesta por parte del orden contencioso por la procedencia de la acumulación de los permisos⁵⁴, mediante la STS, Cont.-Admtivo., 15 octubre 2024 (rec. 5372/2022), se fundamenta básicamente en el interés superior del menor en relación con el deber de cuidado familiar derivado del art. 68 CC, así como la protección del derecho a la igualdad y no discriminación, tanto por parte del menor como de la progenitora.

El propio art. 14 CE reconoce este derecho a la igualdad “sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento (...) o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, así es que, en palabras del propio tribunal “el tipo de familia, no puede determinar la diferencia de trato, de modo que el nacido en una familia monoparental disfrutará del cuidado, atención y protección familiar (que establece el art. 68CC) por un tiempo muy inferior, 16 semanas, que tendría si hubiera nacido en una familia biparental, 26 semanas”, suponiendo esta diferencia de trato “una discriminación entre menores que se cualifica por el perjuicio indudable que padecen quienes se ven privados tempranamente de los cuidados que dispensan con su presencia constante alguno de sus progenitores”, máxime si tenemos en cuenta que se trata de atención y protección a un menor en la edad más temprana.

La falta de alusión directa por parte de la normativa (laboral y administrativa) a las familias monoparentales implica, tal y como entiende la citada sentencia, una mayor labor interpretativa por parte de los tribunales y no una simple declaración negativa del derecho de las familias, que sería de facto una discriminación por nacimiento a aquellas personas nacidas en familias de una sola progenitora frente a aquellas otras de dos progenitores.

1.2. Enmienda del TC a través de la STC 140/2024 de 6 de noviembre

Ante la existencia de jurisprudencia contradictoria emitida por distintas salas del TS sobre supuestos de hecho equivalentes, se había generado una incertidumbre jurídica sobre la que ha aportado luz la reciente STC 140/2024 de 6 de noviembre, al declarar

de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, donde se determina que es nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato de gestación subrogada; nulidad que es reiterada en los arts. 32 y 33 LO 1/2023, de 28 de febrero, de modificación de la LO 2/2010, de interrupción voluntaria del embarazo.

⁵⁴ No se debe obviar que se trata de un marco jurídico diferente: una relación laboral estatutaria (ET) frente a una de empleado público (EBEP).

inconstitucional que las madres biológicas de familias monoparentales no puedan ampliar su permiso más allá de las 16 semanas previstas en el art. 48.4 ET.

Las principales argumentaciones seguidas por el máximo intérprete de la CE a la hora de asumir este criterio se corresponden con las siguientes:

a) Existencia de antecedentes normativos que permitían la acumulación de los permisos de paternidad y maternidad en determinados supuestos. Además de hacer un repaso histórico sobre la configuración del permiso por maternidad y paternidad (ahora por nacimiento y cuidado del menor), la sentencia recuerda que, previamente a la aprobación del RDL 6/2019, existía la posibilidad de acumulación del permiso de paternidad y maternidad para su disfrute exclusivamente por uno de los progenitores: “en el caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor tendría derecho a suspender su contrato de trabajo por el período que hubiera correspondido a la madre, lo que será compatible con el ejercicio del derecho al disfrute del permiso de paternidad”. Una acumulación que, en todo caso, persigue favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y que sirve también como precedente para el caso de las familias monoparentales, puesto que lo que está en juego es, tal y como se ha aludido anteriormente, el interés superior del menor y su cuidado en un momento de su vida donde la vulnerabilidad y dependencia es máxima.

b) Interpretación normativa a la luz de la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás acuerdos y tratados internacionales ratificados por España. Hace referencia también la Sentencia a que, de acuerdo con el art. 10.2 CE, el asunto en cuestión ha de ser interpretado a la luz de la Declaración Universal de Derechos Fundamentales y demás acuerdos y tratados internacionales ratificados por España. En consecuencia, dado que lo que se pone en cuestión es el derecho a la igualdad y no discriminación de los menores, la Magistrada Ponente saca a colación el art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, donde se pone de relieve que los legisladores (“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen”) han de tener en cuenta el interés superior del menor, aspecto en el que también incide el art. 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, que además reconoce el derecho de los niños “a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar”.

c) La alusión del art. 48.6 ET a las familias monoparentales en caso de discapacidad de hijo o hija y la especial protección de familias monoparentales en determinados supuestos. Aunque el legislador no ha otorgado especial protección

a las familias monoparentales en el supuesto ordinario de nacimiento y cuidado del menor, esta consideración especial no ha sido ajena a nuestro ordenamiento jurídico, especialmente en el ámbito de la SS. Así pues, recuerda el TC la previsión que el art. 48.6 ET establece para el caso de nacimiento de hijo con discapacidad en familia de un único progenitor, en cuyo caso podrá disfrutar de las ampliaciones completas previstas para los dos progenitores. También se concede especial protección en el caso del subsidio por nacimiento no contributivo al conceder a la familia monoparental un período añadido de 14 días naturales a la prestación no contributiva ordinaria de 42 días.

d) Prohibición de la discriminación por razón de nacimiento en familia monoparental. Reconoce finalmente el TC la prohibición de la discriminación de las familias monoparentales frente a las biparentales, y ello en virtud del art.14 CE en relación con los arts. 39.2 y 3 CE, puesto que la prohibición de discriminación por razón de nacimiento incluye el nacimiento en cualquier modelo de familia que para más inri, no depende nunca de la voluntad del nacido, sino de la voluntad, circunstancias personales de sus progenitores u otras cuestiones aleatorias que hace más gravoso este tratamiento diferenciado y discriminatorio entre los nacidos en familias monoparentales a respecto de los alumbrados en familias biparentales. Tanto es así que, con la actual configuración del permiso, los primeros disfrutarán de un tiempo de cuidados con su progenitor notablemente menor que los segundos, y en todo caso, como acertadamente expone el Alto Interprete, “no nos encontramos aquí ante supuestos desiguales, sino ante una misma necesidad de atención y cuidado de los menores nacidos en familias monoparentales respecto de los nacidos en familias biparentales; igual necesidad a la que responde de forma diferenciada la norma cuya constitucionalidad ahora se cuestiona”.

Es a la luz de esta serie de fundamentos de derecho que el TC estima la Cuestión de Inconstitucionalidad planteada por el TSJ de Cataluña y declara inconstitucionales los arts. 48.4 ET y 177 LGSS y, a su vez, aporta luz sobre el debate generado en el seno del TS sobre la protección de las familias monoparentales en el supuesto específico del permiso por nacimiento y cuidado del menor. Ahora bien, esta declaración de inconstitucionalidad no implica la nulidad de estos preceptos, puesto que esta declaración implicaría la expulsión del ordenamiento jurídico de las normas que reconocen a todos los progenitores los permisos por nacimiento y cuidado del menor. En el presente supuesto, la declaración de inconstitucionalidad ha de entenderse “en el sentido de adicionarse, al permiso previsto en el primer párrafo para la madre biológica (16 semanas), el previsto en el segundo para

progenitor distinto (10 semanas, al excluirse las 6 primeras), todo ello en tanto el legislador no solventa esta laguna normativa.

2. Disfrute de permisos retribuidos por necesidades familiares a la luz de los últimos pronunciamientos de la AN

El ET dispone, en su art. 37, una serie de situaciones que permiten la ausencia retribuida del trabajador durante periodos breves de tiempo, cuyo propósito es conciliar el tiempo de trabajo con las necesidades o responsabilidades personales y familiares. En los últimos tiempos este precepto ha sido objeto de varias reformas propiciadas, en gran medida, por el Derecho Europeo. Entre la normativa más reciente en materia de conciliación destaca la Directiva 2019/1158 UE⁵⁵, al albur de la cual se han modificado los permisos objeto de análisis jurisprudencial que veremos a continuación. El cómputo y naturaleza de los días en los que han de disfrutarse tales permisos no ha sido cuestión pacífica, como así se ha podido apreciar en los diferentes pronunciamientos que han tratado estas cuestiones. Durante el presente año la AN ha sido llamada a valorar algunos de los permisos referidos en tal precepto legal desde diferentes perspectivas en cuanto a su disfrute.

El primero en el tiempo es la SAN 25 enero 2024 (275/2023). El litigio parte de una reclamación de conflicto colectivo en la modalidad de impugnación del convenio colectivo. Se pretende la declaración de nulidad de dos subapartados del art. 30.1 del III CC del sector del contact center, en materia de cómputo de permisos retribuidos. En tal precepto convencional se reconoce, en primer lugar, el derecho de ausentarse, previo aviso y justificación, durante tres días naturales en caso de accidente grave sin hospitalización o con hospitalización, o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario. El modo de disfrute de estos será de forma continuada dentro de los diez días naturales, contados a partir del primer día laborable para la persona trabajadora en que se produzca el hecho causante, inclusive. De otro lado, se fijan dos días naturales en caso de fallecimiento de familiar, contados a partir del primer día laborable para la persona trabajadora en que se produzca el hecho causante. Pues bien, se solicita por parte de los sindicatos demandantes la declaración de nulidad del término “natural”, de tal modo que los permisos retribuidos allí reconocidos se puedan disfrutar en días hábiles. De no aceptarse tal interpretación, consideran, se estaría contraviniendo lo establecido en la

⁵⁵ 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. Directiva que tiene por fundamento la igualdad entre mujeres y hombres.

Directiva 2019/1158, el art. 37 ET y la jurisprudencia existente en interpretación de este último precepto.

La Sala anticipa el sentido de su fallo en su fundamento jurídico cuarto, estimatorio de la pretensión de los demandantes, sobre la base de distintos argumentos que pasa a enumerar. En primer lugar, en lo referido por el primero de los permisos controvertidos, tras la modificación introducida en el art. 37.3 b) ET por el RDL 5/2023, de 28 de junio - que entre otras iniciativas traspone a nuestro ordenamiento la Directiva (UE) 2019/1158-, la Comisión Paritaria del CC en cuestión ha acordado reconocer los días previstos en la normativa vigente, ampliado con respecto a lo previsto anteriormente, si bien su disfrute se hará en las condiciones establecidas en el CC; esto supone para el permiso contenido en la letra b) -y también en la letra d)- del art. 30.1 CC, que los días tendrán la consideración de naturales. Frente a ello, el art. 37.3.b) ET configura el permiso de cinco días para el caso de accidente o enfermedad grave del pariente, sin especificar expresamente su naturaleza jurídica. En todo caso, considera el juzgador, debe resolver una cuestión de legalidad y no de interpretación o aplicación de la jurisprudencia preexistente. Por tanto, prosigue analizando el precepto legal, cuya redacción actual es fruto de la transposición de la Directiva 2019/1158 sobre el permiso de cuidadores, disponiendo su art. 6 que los días de disfrute en ella previstos son laborables. En este punto, por tanto, la norma de la UE es clara, sin que quepa optar por otra interpretación. No contradice lo anterior el hecho de que el CC introduzca una mejora que consiste en que se añadirá un día más si es necesario hacer un desplazamiento de 200 kilómetros o más.

Con relación al permiso por fallecimiento de familiar que ha sido reubicado en un apdo. bis del art. 37.3.b) ET, destaca el juzgador que el mismo no responde a la transposición de la Directiva, por lo que ahora sí que debe entrar a valorar si el precepto se ajusta a la consolidada jurisprudencia recaída sobre este asunto. En virtud de esta, el art. 37.3 ET constituye una norma de derecho necesario relativo que puede ser mejorado, pero no empeorado vía negociación colectiva⁵⁶. En ella se advierte que los permisos se conceden para su disfrute en días laborables, pues de lo contrario carecería de sentido permitir la ausencia del trabajo. De este modo, la interpretación que aquí se ofrezca ha de ser acorde con lo razonado por el TS, salvo que el CC establezca una mejora del régimen legal. Descendiendo al supuesto litigioso, procede la comparación de ambos preceptos, el convencional y el legal, evidenciándose la inexistencia de mejora con carácter general. El CC parte de días naturales y el precepto legal omite la naturaleza, resultado de lo cual

⁵⁶ Con cita de las SSTs 25 enero 2011 (rec. 216/2019), 13 febrero 2018 (rec. 266/2016) y 25 enero 2023 (rec. 124/2021).

deben reputarse hábiles. No obstante, se alega por la parte empresarial, de nuevo, que el precepto mejora lo previsto en la Ley, por cuanto añade un día más si se supera el desplazamiento de 200 kilómetros o más. En efecto, admite el juzgador la existencia de una mejora que resulta compatible con lo previsto en la norma y con la jurisprudencia citada, debiendo aplicarse, por lo tanto, el precepto convencional, pero solo para este caso en particular. Por tanto, dado que esta mejora no alcanza la generalidad del permiso, sino que solo lo resuelve en un supuesto concreto, se concluye con la aplicación de un doble régimen en virtud del hecho causante. Si existe necesidad de desplazamiento, se acude a la fuente convencional, en tanto que mejora lo previsto legalmente, pero si no existe tal necesidad, el permiso así configurado resultaría ilegal y deberá disfrutarse en virtud de lo reputado por la jurisprudencia ya sentada, esto es, en días hábiles.

La segunda sentencia objeto de comentario es la SAN 12 septiembre 2024 (rec. 167/2024). De nuevo, nos encontramos ante un procedimiento sobre conflicto colectivo iniciado por varios sindicatos frente al *Grupo Empresarial Race S.L., Asegurace S.A., Race Asistencia S.A., Unión de Automóviles Club S.A.* Consideran los demandantes que la empresa realiza una interpretación restrictiva del modo de disfrute de los permisos por hospitalización y enfermedad grave previstos en los arts. 37.3.b) y 37.9 ET, pero en esta ocasión el conflicto gira en torno al momento de inicio de los mismos, exigiendo los sindicatos demandantes que se declare ilegal el que den comienzo el día del hecho causante, pues ante el silencio de la norma, tal inicio no tiene por qué coincidir con tal momento. Por ello, solicitan que sean los propios trabajadores quienes decidan el *dies a quo* para el inicio del permiso y, en consecuencia, los días de disfrute, siempre y cuando el hecho causante siga vigente.

Es debido, ahora sin lugar a duda, acudir a la jurisprudencia elaborada por el TS en relación a este supuesto. En su virtud, la regla general es que, si el día en que se produce el hecho causante no es laborable, los permisos por razones familiares no se inician hasta el primer día laborable siguiente, ya que se conceden para su disfrute en días laborables, pues en días festivos no es preciso pedirlos porque no se trabaja⁵⁷. En su caso, se deberá aplicar el CC cuando allí se prevea que el inicio del cómputo será el que se produce el hecho causante, lo que no sucede en este caso, sino que se trata de una interpretación que la empresa hace del mismo, resultando, por tanto, restrictiva o limitadora del disfrute del permiso.

El juzgador, para concluir admitiendo la pretensión de los demandantes, complementa su postura con una serie de argumentos, cuyo razonamiento pasamos a sintetizar: siendo

⁵⁷ Entre otras, SSTs 13 febrero 2018 (rec. 266/2016), 29 septiembre 2020 (rec. 244/2018), 24 febrero 2022 (rec. 176/2021) y 3 octubre 2023 (rec. 239/2021).

la finalidad el cuidado del familiar, el objetivo perseguido con el mismo, máxime tras la aprobación de la Directiva 2019/1158, es el de ofrecer más oportunidades de permanecer en el mercado de trabajo a hombres y mujeres con responsabilidades de cuidado de familiares. A ello se añade una interpretación de tipo sociológico en el sentido de que normalmente tales permisos son disfrutados por mujeres. Aplicando la perspectiva de género como principio informador del ordenamiento jurídico, la empresa debe iniciar la fecha del hecho causante conforme al principio de igualdad real, para evitar la perpetuación de la “brecha laboral de género”, pues “implica que el colectivo que tradicionalmente asume los cuidados vea mermados sus derechos por esta causa, a la par, que supone un desincentivo para que los hombres asuman el deber de corresponsabilidad en las cargas familiares”. Por todo lo anterior, admite la demanda y, siendo verdaderamente lo más interesante o llamativo de la solución del problema planteado, admite que sean los trabajadores afectados quienes determinen la fecha de inicio del disfrute del permiso, en función de sus posibilidades de conciliación, siempre mientras el hecho causante permanezca.

3. Adaptación de jornada y parientes de segundo grado: comentario a la Sentencia núm. 438/2024, de 18 de noviembre, del Juzgado de lo Social núm. 2 de Santander

No resultan novedosas las persistentes peripecias y dificultades derivadas del ejercicio efectivo del derecho a solicitar la adaptación de jornada por motivos de conciliación del art. 34.8 ET, a pesar de que el referido precepto haya sido reformado recientemente de la mano del RDL 5/2023, de 27 de junio, en trasposición de la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio de 2019, sobre conciliación de la vida familiar y profesional de los progenitores y cuidadores. Las últimas modificaciones amplían (o concretan) el ámbito subjetivo de aplicación y refuerzan la tutela y las garantías inherentes a su ejercicio, si bien se conserva el núcleo esencial de este derecho y las dudas aplicativas que lo caracterizan.

Conviene recordar que nos encontramos ante un derecho individual y personalísimo, que se construye sobre la solicitud como elemento delimitador central, es decir, no garantiza la concesión automática de las medidas de adaptación solicitadas, sino que más bien se trata de una “expectativa de derecho estimable si resulta razonable y proporcional en relación con las necesidades personales y con las necesidades organizativas y productivas de la empresa, en una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, dirigida a compatibilizar los intereses en juego” (STSJ Asturias 28 febrero 2023, rec. 2426/2022). Precisamente, esta presunción de reconocimiento del derecho se ha visto enfatizada por la última reforma legislativa sobre la materia, al acortar el periodo de negociación y establecer que, ante el silencio o la falta

de negativa motivada expresa de la empresa, la persona trabajadora debe entender concedida su petición.

Así las cosas, aunque la fundamentación de la dimensión constitucional de los derechos de conciliación se apoya en la salvaguarda del derecho a la no discriminación (art. 14 CE) y del mandato de la protección de la familia y la infancia (art. 39 CE), ello no quiere decir que se trate de derechos absolutos. El TC ha establecido la doctrina aplicable a la interpretación del art. 34.8 ET, destacando que habrá de atenderse a cada caso concreto, valorando las circunstancias personales y familiares de la persona trabajadora y las eventuales dificultades que la empresa puede tener para conceder la medida solicitada, siempre teniendo en cuenta la dimensión constitucional de los derechos de conciliación en esta ponderación de intereses (SSTC 26/2011 y 119/2021), así como la finalidad transversal de fomentar una conciliación corresponsable y un equilibrado reparto de las responsabilidades familiares, siempre con perspectiva de género. Más allá de la razonabilidad y la proporcionalidad de las medidas solicitadas, el límite último será que su adopción resulte excesivamente gravosa para la organización de la empresa.

Por su propia definición, la adaptación de jornada implica una considerable heterogeneidad y flexibilidad en las formas concretas que puede adoptar (horario diario, flexibilidad en la entrada o salida, distribución irregular de la jornada, elección de turno, etc.), quedando a criterio inicial de la persona trabajadora la propuesta que mejor se ajuste a sus necesidades concretas, debidamente justificadas. Pero lo anterior lleva aparejada una amplia dispersión de criterios y pronunciamientos judiciales contradictorios, al deber atender a las circunstancias concretas de cada caso, especialmente en lo que al trabajo a turnos se refiere. Y ello es así porque entran en juego otros aspectos a tener en cuenta, como es el impacto que la concesión de las medidas de conciliación puede tener en el resto de la plantilla, planteándose también en muchos casos si pudiera constituir motivo organizativo suficiente para llevar a cabo modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Asimismo, es importante tener presente que esta dispersión judicial raramente podrá ser resuelta por instancias superiores, ya que el procedimiento específico del art. 139 LRJS no admite, por regla general, el recurso de suplicación (salvo que se incluya la acción de indemnización por daños y perjuicios por cuantía superior a 3.000€ o por vulneración de derechos fundamentales).

Pues bien, con todo lo anterior en mente, la sentencia aquí atendida se ha descrito como pionera, al tratarse del primer pronunciamiento judicial que concede la adaptación de jornada solicitada para el cuidado de una menor de 12 años a un familiar de segundo grado, la abuela. Como ya se ha adelantado, la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación, en este caso incluyendo a los familiares de segundo grado, se llevó a cabo por el RDL 5/2023, tratando de aportar mayor seguridad jurídica y de adaptar la normativa a

una realidad social cambiante, en la que los modelos familiares y de convivencia están en plena transformación. Esta concreción se hizo también con ciertas cautelas para evitar la perpetuación de roles y estereotipos de género que tienden a atribuir en exclusiva a las mujeres las responsabilidades de cuidados y de reproducción social.

En lo que a la adaptación de jornada se refiere, los criterios son algo más flexibles que para la reducción de jornada del art. 37.6 ET, para la cual se exige una necesidad de “cuidado directo” derivada de la edad, accidente o enfermedad y que implique que la persona receptora de los cuidados no pueda valerse por sí misma, ni desempeñe actividad retribuida. Y esta precisión es especialmente relevante, porque ante las carencias o las dudas interpretativas derivadas del art. 34.8 ET, en ocasiones y ante la ausencia de desarrollo convencional, se han venido interpretando conjuntamente estos dos preceptos. Sin embargo, la redacción actual del art. 34.8 ET reconoce expresamente este derecho para solicitar la adaptación de jornada a las personas trabajadoras que “tengan necesidades de cuidado respecto de los hijos e hijas mayores de doce años, el cónyuge o pareja de hecho, familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora, así como otras personas dependientes cuando, en este último caso, convivan en el mismo domicilio, y que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos, debiendo justificar las circunstancias en las que fundamenta su petición”. Entendemos que la convivencia se exige únicamente cuando se trate de personas dependientes (que no tienen por qué ser familiares de la persona trabajadora), aunque esta circunstancia podría también alegarse para justificar la concurrencia de las necesidades de cuidado. Por tanto, se amplía considerablemente el ámbito subjetivo, permitiendo la entrada a estructuras familiares y comunitarias diversas.

Pasando a las circunstancias concretas de este caso, los hechos probados apuntan que la actora lleva trabajando como comercial en su empresa desde agosto de 2013, resultándole de aplicación el CC de Teleinformática y Telecomunicaciones (BOE 19 junio 2024), de ámbito estatal y en el que no se desarrolla el ejercicio del derecho a la adaptación de jornada del art. 34.8 ET. El centro de trabajo en el que presta sus servicios se encuentra en un centro comercial, con horario de apertura de 10:00 a 22:00. La plantilla está compuesta por 5 comerciales, 2 con jornada completa y 3 con reducción de jornada por nacimiento (dos reconocida por sentencia y una alcanzada en conciliación judicial), y por una persona “corretornos” para cubrir ausencias.

El horario de la trabajadora durante el mes, distribuido por turnos, era el siguiente: 1 semana de 10:00h a 17:30h y sábados de 10:00h a 16:00h; 1 semana de 14:00h a 22:00h, librando el sábado; 1 semana de 10:00h a 16:30h; y 1 semana de 14:30h a 22:00h. En cuanto a sus circunstancias personales, convive con su hija y con su nieta menor de 2 años en el mismo domicilio, constituidas estas últimas como familia monoparental. Su nieta

va ya a la guardería y su hija cursa, desde el 15 de mayo de 2024, una FP de Grado Medio, incluyendo prácticas en horario de tarde a partir de las 18:00h.

En fecha 6 de mayo de 2023, la trabajadora solicita a la empresa la adaptación de su jornada con fines de conciliación, sin reducción de jornada. La empresa deniega expresamente la solicitud señalando que “las condiciones del centro de trabajo imposibilitan la concesión de la solicitud para poder dar una correcta cobertura en el horario comercial aperturable, al haber 3 personas con reducción de jornada por guarda legal de las 5 adscritas al centro, debiendo prevalecer en todo momento el cuidado de familiares de primer grado” (HP 8).

En fecha 16 de mayo de 2023, la trabajadora reitera la solicitud, modificando ligeramente los términos iniciales, a lo que la empresa contesta que “para atender su solicitud, sus hijos deberían ser menores de 12 años” (HP 9). Casi un año después, el 7 de mayo de 2024, la trabajadora reitera esta última solicitud, que vuelve a ser desestimada por los mismos motivos.

Acude entonces a la vía judicial a través del procedimiento para el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, reconocidos legal o convencionalmente del art. 139 LRJS, solicitando un cambio de horario y turno, sin reducción de jornada, al amparo del art. 34.8 ET, en los términos de la solicitud inicial de 6 de mayo de 2023, resultando plenamente aplicable la última redacción del precepto dada por el RDL 5/2023.

En primer lugar, la jueza entiende que se ha dado cumplimiento efectivo al requisito legal de negociación, al haberse presentado varias peticiones por parte de la trabajadora, a las que la empresa dio respuesta denegatoria motivada (FJ 2). Recuerda que el precepto en cuestión no impone a la empresa la obligación de ofrecer un plan alternativo en todo caso, sino que podrá optar por manifestar la negativa a su ejercicio, eso sí, motivando las razones objetivas en las que se sustenta la decisión. Con independencia de la valoración de la suficiencia de las causas alegadas por la empresa para entender justificada la denegación, que se verá a continuación, la juzgadora entiende que la empresa denegó motivadamente las distintas solicitudes presentadas por la trabajadora con base en razones organizativas (insuficiencia de personal para mantener el centro de trabajo abierto hasta las 22:00) y en que, dado que más de la mitad de la plantilla está disfrutando de una reducción de jornada, debía priorizar las medidas de conciliación para cuidado de menores en familiares de primer grado.

En segundo lugar, tras recordar que nos encontramos ante un “derecho a proponer, a falta de normativa convencional, la adaptación de su horario de trabajo, como concreta manifestación de su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral”, debiendo “armonizarse con las facultades organizativas de la empresa suficientemente justificadas

cuando entre las partes no haya acuerdo”, pasa a valorar las circunstancias concurrentes y la ponderación de intereses resultante (FJ 3). En este punto establece expresamente la insuficiencia de las razones alegadas por la empresa para desestimar la solicitud, dado el carácter reforzado y la naturaleza del derecho en juego.

Las razones de carácter organizativo que se alegan (el incremento o modificación de los turnos del resto de la plantilla) no justifican la desestimación de la solicitud, ya que se trata de una consecuencia “normalmente consustancial a la adaptación de jornada debatida y conduciría a su impedimento de forma sistemática” (FJ 3). Además, en este caso la empresa no ha propuesto medida alternativa alguna para tratar de facilitar las necesidades de conciliación de la trabajadora o, al menos, flexibilizar los términos solicitados. Otro elemento al que no se hace referencia en la fundamentación jurídica de la sentencia, pero sí en los hechos probados, es el hecho de que las 3 personas trabajadoras que están disfrutando de su derecho a la reducción de jornada, han tenido que accionar los mecanismos judiciales para su reconocimiento. Es decir, nos encontramos ante un posible indicio de que la empresa pudiera estar sistemáticamente denegando las solicitudes de medidas de conciliación, forzando a las trabajadoras a acudir a los tribunales, con todas las consecuencias que ello implica.

Por último, como no podía ser de otra manera, la jueza descarta el argumento alegado por la empresa de la prioridad que tienen las personas trabajadoras progenitoras de primer grado para acceder a las medidas de conciliación. Como ya se ha visto, no solo el precepto reconoce expresamente este derecho a los familiares de segundo grado en los mismos términos, sino que no establece “ninguna preferencia o prioridad respecto a las de cuidado de un hijo menor de 12 años que determinen la preterición de la postulada por la demandante” (FJ 3). Las necesidades de cuidado quedan debidamente acreditadas, quedando probado, además, que son convivientes y que su hija y su nieta constituyen una familia monoparental.

La relevancia de esta sentencia radica en la visibilización y repercusión de la puesta en práctica de las últimas novedades introducidas por el RDL 5/2023, más que en su contenido, que se limita a aplicar la literalidad del precepto y a ponderar los intereses en juego. Contribuye también a destacar los avances en materia de conciliación corresponsable y a destacar la finalidad de la Directiva 2019/1158/UE, de 20 de junio, que aspira a fomentar una mayor flexibilidad en las relaciones laborales. Paralelamente, nos permite volver a poner sobre la mesa las dificultades persistentes en torno a la adaptación de la jornada, así como las diferencias importantes existentes entre sectores de actividad, especialmente aquéllos compuestos por trabajos de atención al público que requieren la prestación de servicios de manera presencial y una distribución de trabajo a turnos, limitando considerablemente la introducción posterior de fórmulas flexible de trabajo.

Quizás convendría promover una revisión del modelo productivo empresarial que *a priori* permitiese tomar en consideración estas necesidades de cuidado, cada vez mayores, especialmente en este tipo de empleos, para lo cual la negociación colectiva debería ocupar un papel central y protagonista.

4. Apunte a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Barcelona⁵⁸

Resulta de rabiosa actualidad el comentario a esta sentencia pionera y deseada, ya que la corresponsabilidad es clave en la igualdad entre hombres y mujeres, alineándose con el objetivo 5 de los ODS. Nada más ni nada menos que dispone la concesión a un empleado del Ayuntamiento de Barcelona del permiso retribuido parental que está pendiente de ser traspuesto en estos términos por el ordenamiento jurídico español. Es de menester señalar que la sentencia es de un juzgado de lo contencioso-administrativo, a quien por competencia funcional le correspondía enjuiciar esta causa. Supone un primer paso esperado para que pronto vea la luz también en los Juzgados de lo Social, motivo por el cual aquí que se visibiliza esta sentencia, dando luz y reivindicando un derecho que el conjunto del ordenamiento jurídico español todavía no está cumpliendo.

4.1. El supuesto de hecho

Se interpone demanda contra el Ayuntamiento de Barcelona, cuyo objeto de recurso es su resolución de 17 de mayo de 2024 desestimando el recurso potestativo de reposición interpuesto por el interesado. Éste solicitó que se estimará íntegramente el recurso potestativo de reposición presentado en fecha 19 de marzo de 2024, reconociéndosele expresamente el derecho a disfrutar del permiso parental retribuido y el importe correspondiente para personas con hijos menores de ocho años.

En una primera nota informativa emitida en julio por el Ayuntamiento de Barcelona señaló que, según la Mesa General de Negociación del Ayuntamiento de Barcelona, el permiso sería retribuido. En octubre de 2023 se rectifica la nota informativa indicando que el permiso dejaba de ser retribuido, con base en una nota informativa de la *Direcció General de la Funció Pública* de la Generalitat de Catalunya de 19 de octubre de 2023. El día 27 de octubre, el Ayuntamiento se lo comunica a sus trabajadores y trabajadoras.

⁵⁸ En el momento de realizar este Informe no se conoce el número de sentencia. Se ha tenido acceso a la misma, pero con ciertos datos borrados por protección de datos.

4.2. Fundamentos de Derecho

La normativa aplicable en esta sentencia se centra en la Directiva (UE) 2019/1158, la cual en su art. 5 señala que 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. Mientras que es el art. 8 el que indica que ha de ser remunerado.

En el ordenamiento jurídico español se dictaron:

a) El RDL 5/2023, de 28 de junio, que añade un art. 48 bis ET donde se regula el permiso parental para el cuidado de hijo o hija o menor acogido por tiempo superior a un año, hasta que cumpla 8 años. La duración no puede ser superior a ocho semanas, continuas o discontinuas, pudiendo disfrutarse a tiempo completo o en régimen de jornada a tiempo parcial. Se modificó también, por su parte, el art. 49.g) EBEP. En la DF 8ª se remarcó que no quedaban traspuestos los arts. 5 y 8.3 de la Directiva.

b) El RDL 2/2024, de 21 de mayo, modificó el art. 37.4 ET, convirtiendo todas las posibilidades de disfrute, incluida la acumulación de las horas retribuidas de ausencia, en un derecho de todas las personas trabajadoras. Se consideró así que se cumplía la exigencia de un permiso parental retribuido.

El juez de Barcelona se hace eco de la jurisprudencia del TJUE sobre el efecto de las Directivas no traspuestas o que se hayan incorporado erróneamente, poniendo de manifiesto la STJUE 19 diciembre 2019 (C168/18) *Pensions-Sicherungs-Verein*. Como argumenta la jurisprudencia europea, las disposiciones de una directiva son claras y precisas y atribuyen derecho a las personas particulares. Por ello, la sentencia del Juzgado de lo Contencioso administrativo falla a favor de que el permiso parental debe ser retribuido, como otros permisos que están en el art. 49 EBEP. En el caso enjuiciado, dado que la primera nota informativa sí que se indicó que debía ser retribuido, la rectificación con efectos retroactivos frustra las expectativas legítimas de los funcionarios públicos del Ayuntamiento de Barcelona. Por lo que, finalmente, se estima íntegramente el recurso contencioso-administrativo, reconociendo al demandante el abono de la cuantía correspondiente a los días de disfrute del permiso parental.

4.3. *Propuesta de lege ferenda, urgente y necesaria*

La sentencia ha sido pionera porque da cumplimiento a lo que el Estado Español no realiza, como es transponer la Directiva 2019/1158, pues su plazo de transposición finalizó en fecha 2 de agosto de 2024. Esta Directiva tiene como objetivo las políticas de conciliación, para precisamente contrarrestar la desventajosa situación que actualmente encuentra aún la mujer en el mercado de trabajo. En efecto, hay que poner el foco de atención en los efectos nocivos que se derivan de la perpetuación de los roles de género y, en suma, se atienda el coste económico asociado a los permisos de cuidado.

La esencia de este permiso para cambiar las pautas de comportamiento del varón es que hubiese una prestación compensatoria, siguiendo la misma línea que permisos de la misma naturaleza. Es un permiso de titularidad exclusiva e intransferible de cada persona progenitora, cuyo disfrute se puede realizar de manera flexible a voluntad de la persona trabajadora, en atención a un período que iría más allá del nacimiento.

En efecto, para garantizar la igualdad efectiva entre hombre y mujer en el mercado de trabajo, la corresponsabilidad y los cuidados es un tema clave que se debe asumir por todas las personas. Los cuidados forman parte de la misma condición humana, son esenciales para la supervivencia, para el día a día, habiendo una parte de los cuidados o tareas domésticas que no se asumen por servicios profesionales de personas cuidadoras, en lo que se denomina “cuidados invisibles”. Dificilmente la sociedad evolucionaría si detrás no existiesen estos cuidados, por lo que no deben verse como un obstáculo, sino introducirlos en la propia dinámica del mercado laboral, es decir, no puede haber funcionamiento del mercado de trabajo si dentro del mismo no se incluyen las tareas domésticas y de cuidados y el respeto a la vida personal y tiempo de descanso de cada persona trabajadora.

Sin embargo, la legislación española no ha cumplido con la obligación de trasponer la Directiva, en el sentido de retribuir el permiso parental, pues no existe legislación sobre ningún aspecto retribuido o período temporal para la retribución. Por ello, urge la trasposición de la Directiva y la correspondiente modificación tanto del ET como del EBEP. No es un tema baladí, ya que además la Comisión Europea ha iniciado procedimiento de infracción contra España por incumplir la directiva comunitaria. Se deben retribuir 22 semanas mínimo hasta que el menor cumpla 8 años, si así se solicita, por lo que al ordenamiento jurídico español le faltarían dos semanas por retribuir. ¿Preferirá el Estado Español cumplir con la correspondiente sanción de la UE en su caso antes que trasponer de forma efectiva la Directiva?

VII. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES ⁵⁹

1. Introducción

El estudio de la siniestralidad laboral desde la óptica de la prevención de riesgos laborales presenta un enfoque dual. Por un lado, se prioriza la anticipación a la materialización del riesgo como el mecanismo más eficaz para alcanzar el objetivo primordial de garantizar la salud y la integridad física de los trabajadores. Este principio se articula en el marco normativo en materia de prevención establecido por la LPRL. Por otro lado, en los supuestos en que se produce un incumplimiento de los deberes preventivos por parte de los sujetos obligados, y el riesgo se concreta en un daño a la salud del trabajador, entra en funcionamiento un sistema que combina reparación, compensación y sanción.

La ausencia o deficiencia en materia preventiva tiene su reflejo en los accidentes y las enfermedades profesionales. Durante este 2024, según los avances estadísticos facilitados por el Ministerio de Trabajo y Economía Social hasta octubre⁶⁰, se fijan en 530.675 los accidentes totales con baja, lo que supone unos 5.124 más con respecto al mismo periodo del año pasado, situándose la variación en el 1%. Los accidentes graves ascendieron a 3.171, lo que representa un aumento de 61 respecto al periodo anterior. Desagregados por sexo, los datos revelan que los accidentes en jornada con baja de varones han disminuido en 442, mientras que los sufridos por las mujeres aumentaron significativamente, alcanzando los 2.636.

Por otra parte, profundizando en los accidentes mortales, estos han experimentado una variación al alza del 8,8% en relación con el mismo periodo del año anterior. En valores absolutos, los accidentes de este tipo han ascendido a 533 (43 más), de los cuales 499 fueron sufridos por varones (aumentaron en 39) y 34 por féminas (4 más). Aunque, los accidentes en mujeres en cifras absolutas son menores, presentan un incremento relativo mayor, del 13,3% (de 30 a 34 casos). En atención a las causas de fallecimiento, las colisiones o golpes contra objetos en movimiento destacan por un aumento significativo del 94,7% (de 19 a 37), lo que podría reflejar deficiencias en la seguridad de máquinas o vehículos; los accidentes de tráfico (+9,9%) y las amputaciones o aplastamientos (+11,3%) muestran incrementos relevantes; así mismo, se observa una disminución en los

⁵⁹ Han colaborado en la redacción de este apartado: Cristina GONZÁLEZ VIDALES (Coordinadora), Uxue DEL RÍO ILINCHETA, Florencia JENSEN GARCÍA y Marta NAVAS-PAREJO ALONSO.

⁶⁰ Todos los datos de esta Introducción son procedentes de la Estadística de Accidentes de Trabajo, disponibles en https://www.mites.gob.es/es/estadisticas/condiciones_trabajo_relac_laborales/EAT/welcome.htm#

ahogamientos (-20%) y en otras causas (-5,6%), lo que podría ser resultado de mejoras específicas en la prevención de estos riesgos.

En cuanto a los infartos, derrames cerebrales y otras causas naturales, representan la principal causa de fallecimientos laborales tanto en 2023 (215 casos) como en 2024 (222 casos, un 3,3% más). Este motivo supone casi el 42% de los accidentes mortales en jornada laboral en 2024, lo que evidencia que muchas muertes están relacionadas con causas no traumáticas, probablemente asociadas a condiciones de salud previas de los trabajadores.

Por lo que respecta a las enfermedades profesionales registradas, estas ascienden a 25.625 casos, con una ligera prevalencia en las mujeres (13.560 casos) frente a los hombres (12.065 casos). En cuanto a la tipología, existe una significativa diferencia en la incidencia según la necesidad o no de baja laboral, de modo que los casos con baja han sido 11.002 (42,9%) frente los sin baja 14.623 (57,1%).

Atendiendo al agente causante, las enfermedades por agentes físicos concentran el mayor volumen de casos, con 20.636 registros, lo que representa el 80,5% del total. Los factores relacionados con posturas forzadas y movimientos repetitivos destacan con 12.527 casos, siendo la principal causa de dolencias laborales. También son significativos los 6.838 casos de parálisis de nervios por presión. Cabe subrayar que las mujeres muestran una mayor afectación en esta categoría. Por lo que hace a los agentes químicos, estos dieron lugar a 679 casos, distribuidos de manera ligeramente desigual entre hombres (390) y mujeres (289). Los metales y sus compuestos, así como los álcalis y fenoles, destacan como principales responsables. Las enfermedades originadas por la exposición a agentes biológicos ascendieron a 1.807, asociadas fundamentalmente a infecciones derivadas del trabajo con animales, cadáveres o el manejo de agentes patógenos, distribuyéndose de manera equitativa entre hombres y mujeres.

Finalmente, las enfermedades por inhalación de sustancias y agentes carcinógenos (objeto de estudio) son las menos frecuentes. En el primer supuesto se registraron 938 casos, siendo el polvo de sílice el principal agente causante, con 494 casos, seguido por el polvo de carbón y otros minerales. En el segundo fueron 94 los afectados, destacando la incidencia del amianto, responsable de 57 afectaciones, lo que subraya su impacto persistente en determinados sectores laborales.

En este contexto, las líneas que siguen ahondan en aquellos aspectos que durante el año 2024 han suscitado mayor litigiosidad, comenzando con la jurisprudencia relativa a las EP y los AT, concretamente los relacionados con infartos y aquellos derivados del acoso laboral, para terminar este bloque con la relativa al recargo de prestaciones. Finalmente, se cerrará el apartado con el análisis de las novedades normativas en materia de seguridad y salud laboral, tanto nacionales como supranacionales.

2. Enfermedad profesional

La EP está definida por el art. 157 LGSS como aquella que resulta “a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional”. Este concepto se complementa con el RD 1299/2006, de 10 de noviembre, que aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y establece criterios para su notificación y registro. En consecuencia, para que una enfermedad sea reconocida como profesional, se deben cumplir ciertos requisitos: el trabajo debe realizarse por cuenta ajena, la profesión debe estar incluida en el cuadro establecido por el RD 1299/2006, y los elementos o sustancias causantes de los daños deben coincidir con los especificados en dicho decreto.

Durante este año los pronunciamientos han sido copiosos, pero en este informe se analizarán de forma individualizada las sentencias relacionadas con las enfermedades pulmonares: STSJ Galicia 28 junio 2024 (rec. 5277/2023) y STSJ País Vasco 9 julio 2024 (rec. 842/2024). Estos pronunciamientos califican como profesionales las enfermedades pulmonares derivadas de la exposición a sustancias nocivas en el entorno laboral, en concreto, sílice en la gallega y amianto en la vasca.

En el primer caso, un trabajador perforista, con más de 29 años de experiencia profesional, fue diagnosticado con silicosis como consecuencia de su exposición prolongada al polvo de sílice. La empresa había evaluado el puesto de trabajo en 2004, identificando el riesgo asociado e implementando medidas correctoras. Sin embargo, no se logró acreditar cuáles eran las condiciones laborales previas al diagnóstico ni si, con anterioridad, se habían llevado a cabo mediciones higiénicas adecuadas. El tribunal, al resolver el recurso interpuesto por el trabajador, estimó parcialmente su pretensión, declarando la responsabilidad de la empresa, derivada de su incumplimiento en garantizar de manera efectiva la seguridad y salud laboral del empleado, especialmente en el período anterior a 2004, año en que se confirmó la enfermedad profesional.

En la sentencia, con fundamento en el art. 96 LRJS, fue invocada la inversión de la carga de la prueba aplicable en casos de AT y EP, correspondiendo por tanto a la empresa demostrar que adoptó todas las medidas necesarias para prevenir el riesgo. En virtud de ello, el tribunal condenó a la empresa a abonar una indemnización de 25.000 euros al trabajador. Esta cuantía tuvo en cuenta el grado de afectación de la enfermedad, la cual, aunque vinculada directamente a la actividad laboral, no presenta repercusiones significativas en la vida cotidiana del afectado. Asimismo, el TSJ subrayó que, aunque la empresa implementó medidas de protección tras el diagnóstico, no se aportaron pruebas

concluyentes que demostraran la existencia de dichas medidas en el período anterior. Este aspecto resultó determinante para la atribución de responsabilidad empresarial.

En la segunda sentencia fue tratado el caso de un trabajador diagnosticado con adenocarcinoma pulmonar, enfermedad profesional derivada de su prolongada exposición al amianto durante su trayectoria laboral en una empresa siderúrgica. Las tareas desempeñadas por el trabajador incluían mantenimiento eléctrico, manipulación de mantas de amianto y labores relacionadas con hornos industriales, todas ellas implicando una exposición constante a dicho agente de riesgo. El tribunal determinó que la empresa incumplió sus obligaciones en materia de seguridad y salud laboral, ya que no instaló sistemas de extracción localizada, no proporcionó equipos de protección individual adecuados, ni informó a los trabajadores sobre los riesgos inherentes al amianto. En consecuencia, desestimó el recurso interpuesto por las empresas responsables, confirmando la sentencia de instancia que las condenaba solidariamente al pago de 279.000,72 euros como indemnización por daños y perjuicios.

La resolución del TSJ destacó que las empresas condenadas eran sucesoras legales de la entidad en la que el trabajador estuvo expuesto al amianto, por lo que heredaron las responsabilidades derivadas de las deficiencias en la prevención de riesgos laborales. Asimismo, subrayó que, al haberse reconocido el adenocarcinoma pulmonar como EP, existe un vínculo causal legal entre la exposición al amianto y la patología. Este vínculo no puede ser cuestionado, ya que se sustenta: por un lado, un reconocimiento legal, dado que la enfermedad está incluida en el cuadro de EP, estableciendo un vínculo causal presuntivo; por otro, un nexo causal científico, ya que existe consenso médico y científico sobre la relación directa entre la exposición al amianto y enfermedades como la asbestosis y el cáncer de pulmón; y, finalmente, la doctrina jurisprudencial consolidada que respalda que, una vez reconocida la EP relacionada con el amianto, no es procedente poner en duda su conexión causal.

A partir de lo anterior, los requisitos esenciales para determinar que una enfermedad tiene carácter profesional son los siguientes:

- a) Existencia de un nexo causal, debiendo haber una relación directa y demostrable entre la actividad laboral y la enfermedad. En el caso de la silicosis, la exposición al polvo de sílice es fundamental, mientras que para la asbestosis y el adenocarcinoma pulmonar basta con la exposición al amianto.
- b) Reconocimiento oficial, la enfermedad debe estar incluida en el cuadro de EP, lo que elimina la necesidad de probar la conexión entre la patología y el agente de riesgo.
- c) Exposición a un agente de riesgo, donde el trabajador debe haber estado

expuesto a un agente identificado como causante de la enfermedad en el desarrollo de su actividad laboral. La exposición debe ser suficiente y relevante para provocar la patología.

d) Historial laboral, es decir, es necesario analizar el historial laboral del trabajador para confirmar un contacto prolongado o de suficiente intensidad con el agente de riesgo, así como contar con un diagnóstico médico que acredite la enfermedad y su relación con la exposición.

e) Ausencia de factores alternativos, pues no deben existir otras causas que justifiquen la enfermedad, como factores genéticos, patologías preexistentes o hábitos de vida ajenos al entorno laboral.

3. Accidente de trabajo

El AT, como figura jurídica, ha sido objeto de una evolución legislativa y jurisprudencial constante, reflejo de las transformaciones en el ámbito laboral y de la preocupación por la seguridad y salud de los trabajadores. La definición contenida en el art. 156 LGSS establece un marco amplio, pero a la vez sujeto a interpretaciones, las cuales en muchos casos dependen de las circunstancias concretas de cada supuesto y del criterio de los tribunales. Entre las múltiples tipologías de accidentes laborales, destacan aquellas que presentan una compleja relación de causalidad, como los infartos de miocardio o los casos de acoso laboral, que son estudiados a renglón seguido. Ambos escenarios ilustran las dificultades de calificación y la necesidad de un análisis detallado para determinar si las lesiones sufridas por los trabajadores tienen un origen laboral.

3.1. El AT por infarto de miocardio

Según dispone el art. 156.1 LGSS, se considera AT toda lesión corporal sufrida con ocasión o por consecuencia del trabajo. Además, el art. 156.3 LGSS recoge que el AT lleva aparejada la presunción *iuris tantum*, dado que se presume, salvo prueba en contrario, que si sucede durante el tiempo y lugar de trabajo se considerará accidente laboral. Aunque la definición está claramente contenida en la Ley, la interpretación por parte de los tribunales sigue siendo bastante ambigua a la hora de delimitar si el accidente es o no laboral, siendo prueba de ello la reciente STS 22 mayo 2024 (rec. 3911/2021). Aunque la sentencia está fundamentada en una doctrina jurisprudencial ya consolidada, resulta pertinente cuestionarse si el enfoque adoptado por el Alto Tribunal para resolver la problemática del AT, en casos donde existe una conexión directa entre el infarto de miocardio y el tiempo de trabajo, merece ser objeto de un análisis más profundo.

Pues bien, el fallecido trabajaba en la empresa *Servicios Logísticos de Combustibles de Aviación S.L.*, desempeñando, entre otras, funciones relacionadas con la carga de combustibles, tanto en camiones como en aeronaves, en las pistas del aeropuerto. En el momento de los hechos el trabajador se encontraba en los vestuarios del centro de trabajo, concretamente a las 07:50 horas. Con el uniforme ya puesto desde su domicilio, procedía a calzarse las botas de trabajo, así como a colocarse los EPI necesarios para el desempeño de sus tareas laborales que, según la descripción de la STSJ Baleares 21 julio 2021 (rec. 86/2021), consistían en botas, gafas, guantes y protector auditivo.

El empleado presentaba antecedentes de una miocardiopatía diagnosticada previamente, pero recuperado desde el año 2007. No obstante, continuaba bajo supervisión médica periódica por parte del servicio de cardiología y seguía el tratamiento farmacológico pautado. Asimismo, en agosto del año 2018, el servicio de prevención de la empresa llevó a cabo una evaluación del trabajador, concluyendo que su estado de salud era apto para desempeñar sus funciones laborales. Además, es necesario tener en cuenta que, para completar el proceso de firma del registro diario de jornada, el trabajador debía salir del vestuario, desplazarse a las oficinas situadas en una sala contigua a este y posteriormente dirigirse al lugar designado para la realización de sus tareas laborales.

El día del fatal suceso, el trabajador comenzaba la prestación de servicios a las 8:00 horas de la mañana, pero llegó a la empresa con la antelación suficiente para equiparse con los EPI necesarios para realizar sus funciones. A las 7:50 de la mañana sufrió un infarto de miocardio, falleciendo como consecuencia de este, mientras terminaba de atarse las botas reglamentarias y exigidas por parte de la empresa para poder desarrollar su trabajo.

Tras la solicitud de la pensión de viudedad y auxilio por defunción, la viuda demandó al INSS, a la MUTUA y a la empresa por no reconocer el fatal suceso como AT. En primera instancia se desestimó la demanda, la cual fue recurrida en suplicación ante el TSJ Baleares, quien determinó que realmente sí se podía reconocer como AT lo sucedido a su marido. Pero, finalmente el TS dictaminó que, debido a la doctrina jurisprudencial y a la interpretación recurrente de la propia sala IV, el suceso no podía considerarse como AT porque el trabajador no había firmado el registro de jornada previamente al fallecimiento.

Existen numerosos aspectos que deben ser objeto de análisis en la interpretación de esta casuística. En primer lugar, la doctrina jurisprudencial es extensa pero ambigua en relación al reconocimiento del AT ocasionado como consecuencia del infarto de miocardio. Así, son reiteradas las sentencias que han rechazado el infarto como AT por no ocurrir durante el tiempo concreto transcurrido en la jornada laboral o por no encontrarse el trabajador en el centro de trabajo, siendo ejemplo de estos supuestos las SSTS 7 febrero 2001 (rec. 132/2000) en la que fallece el trabajador en su domicilio a causa de un infarto

estando de guardia a disposición de la empresa; 6 octubre 2003 (rec. 3911/2002) en la que un trabajador fallece tras su jornada laboral, pero el inicio de los síntomas comienza previamente al inicio de la prestación de servicios; o 9 diciembre 2003 (rec. 2358/2003), en la que un médico en guardia localizada sufría un infarto en su domicilio.

Por el contrario, también son recurrentes las sentencias que han considerado el infarto como AT a pesar de no encontrarse el trabajador durante su jornada laboral o incluso sin estar directamente en el centro de trabajo. Por ejemplo, la STSJ Castilla-La Mancha 15 mayo 2000 (rec. 804/1999) en la que se le reconoció a un trabajador que fallece al volver de la hora del almuerzo, pero sin haber iniciado aun sus funciones laborales habituales; la STSJ Castilla y León 24 febrero 2003 (rec. 2828/2002), en la que el trabajador sufre un infarto tras guardar el vehículo de la empresa en el garaje del lugar de trabajo, pero ya finalizada la jornada laboral; la STS 16 enero 2018 (rec. 2236/2017), en la que el trabajador estaba esperando la carga de un camión de la empresa; o la STSJ Cataluña 23 julio 2018 (rec. 2484/2018), en la que el trabajador ya sufría síntomas de dolor cardíaco en el centro de trabajo, pero el infarto ocurrió en su domicilio particular.

No obstante, la STS 20 diciembre 2005 (rec. 1945/2004), en la que tampoco se reconoce como AT el infarto sufrido en los vestuarios de la empresa, establece un criterio relevante, al vincular directamente la calificación de AT con lo dispuesto en el art. 34.5 ET. En dicha sentencia, se interpreta que el inicio de la jornada laboral no puede presumirse únicamente por el hecho de que el trabajador se encuentre físicamente en su puesto de trabajo, sino que debe estar asociado a la realización efectiva de alguna actividad o esfuerzo físico o intelectual por parte del empleado. En este sentido, tal como se expone en la STS 22 diciembre 2010 (rec. 719/2010)⁶¹ y en otros pronunciamientos de la Sala IV del TS⁶², a pesar de que los accidentes se hayan producido en los vestuarios de la empresa, resulta inviable interpretar que ocurrieron durante el tiempo efectivo de trabajo al no haberse acreditado la realización de una actividad laboral propiamente dicha en el momento del suceso.

En segundo lugar, según lo expuesto por el Alto Tribunal, la STS 4 octubre 2012 (rec. 3402/2011) es la que verdaderamente establece el criterio decisivo en el fallo. En dicha sentencia, la Sala reconoce como AT el infarto sufrido por un trabajador mientras se colocaba los EPI en el vestuario del centro de trabajo. Sin embargo, la diferencia esencial

⁶¹ La sala interpreta que sí acontece accidente de trabajo debido a que el infarto, a pesar de ocurrir dentro de los vestuarios de la empresa, era durante la jornada laboral por lo que se consideraba tiempo de trabajo efectivo y existía condición directa con la presunción de laboralidad contemplada en la LGSS.

⁶² STS de 20 de diciembre de 2005 (rec. 1949/2004), STS de 14 de julio de 2006 (rec. 787/2005), STS de 20 de noviembre de 2006 (rec. 3387/2005) y STS de 22 de noviembre de 2006 (rec. 2706/2005).

en la que se fundamenta esta decisión respecto a la sentencia actual radica en que, en el caso resuelto en 2012 el trabajador había fichado previamente al infarto, lo que implica que ya había iniciado formalmente su jornada laboral. Por el contrario, en la actual, el trabajador aún no había firmado el registro diario de jornada en el momento del suceso, lo que lleva al Tribunal a interpretar que no había comenzado su jornada laboral. En consecuencia, este hecho resulta determinante para concluir que el fallecimiento del trabajador no puede ser calificado como AT.

Otro indicio de laboralidad que considera la sentencia de 2012 es que el trabajador percibía un plus de puntualidad, lo que implica que debía presentarse con antelación suficiente en su puesto de trabajo para evitar la imposición de sanciones económicas. En este sentido, y en relación directa con la definición de tiempo de trabajo contenida en el art. 34.5 ET y lo dispuesto en los arts. 28 y 29 CC Servicios Logísticos de Combustible de Aviación⁶³, referidos al régimen disciplinario del sector, la reiteración de faltas de puntualidad tras la imposición de las correspondientes sanciones económicas podría derivar incluso en el despido del trabajador. De ello se desprende que, en el caso analizado en el pronunciamiento de 2024, el trabajador estaba obligado a acudir con suficiente antelación a su puesto de trabajo, ya que, de no hacerlo, estaría incurriendo diariamente en retrasos que podrían ser constitutivos de falta conforme al régimen disciplinario de su sector. Esta obligación resulta particularmente relevante, considerando que el trabajador debía disponer de tiempo adicional para colocarse los EPI antes de iniciar formalmente su jornada laboral.

Lo anteriormente expuesto lleva a reflexionar sobre si la empresa realmente proporcionaba al trabajador los mecanismos adecuados para efectuar un registro correcto de su jornada laboral. Aunque el art. 34.9 ET no establece un método específico para dicho registro, de las diversas disposiciones del derecho de la UE⁶⁴ y, en particular, de la STJUE 14 mayo 2019 (C-55/18) *Deutsche Bank SAE*, se desprende la obligación de implantar un sistema que permita determinar de manera objetiva y fiable las horas de trabajo efectivamente realizadas por el trabajador. Asimismo, la Gran Sala del TJUE se ha

⁶³ BOE núm. 236, de 1 de octubre de 2019. Resolución de 13 de septiembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el CC de Servicios Logísticos de Combustibles de Aviación, SL. Mismo régimen disciplinario en los arts. 27 y 28 del CC publicado en el año 2023.

⁶⁴ Carta de Derechos Fundamentales de la UE (2010/C83/02); 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 la salud de los trabajadores en el trabajo; y la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

pronunciado en diversas ocasiones sobre la delimitación del tiempo de trabajo⁶⁵, considerando que, siempre que el trabajador esté obligado a permanecer físicamente en el lugar designado por el empleador con el objetivo de atender a las necesidades de la empresa, dicho periodo debe calificarse como tiempo de trabajo.

En tercer lugar, en relación directa con la definición de AT expuesta por el art. 156.2.c) LGSS, que establece la consideración de AT para aquellos sucesos que ocurren con ocasión o como consecuencia de las tareas realizadas por el trabajador mientras se encuentra cumpliendo las órdenes del empresario, es posible determinar si, en el momento del accidente, el trabajador se encontraba de forma voluntaria en el vestuario o si estaba cumpliendo con sus obligaciones como empleado de la empresa.

En este contexto, recordar que el art. 12 LPRL obliga a la participación activa tanto de los trabajadores como de los empresarios en el cumplimiento de las tareas preventivas, mientras que el art. 14 LPRL reconoce el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, estableciendo el deber del empresario de garantizar dicha protección en relación con los riesgos laborales que puedan afectar a los trabajadores bajo su cargo. Además, el art. 17.2 LPRL dispone la obligación del empresario de proporcionar los EPI necesarios a los trabajadores, así como de velar por su uso efectivo durante la realización de las actividades laborales. Por último, el art. 28.3.b) del CC de aplicación establece que el incumplimiento de las medidas de seguridad e higiene por parte del trabajador constituye una falta muy grave, la cual podría dar lugar al despido disciplinario. Dichas disposiciones resaltan la obligación de los trabajadores de cumplir con las medidas de prevención y de utilizar los EPI de forma adecuada, lo que pone de manifiesto que su colocación puede considerarse como una parte esencial de sus responsabilidades laborales como trabajadores y en cumplimiento de las órdenes directas del empresario. Teniendo en cuenta esta consideración, el propio Tribunal en su STS 18 septiembre 2000 (rec. 1969/1999) ya reiteró doctrina, considerando tiempo de trabajo el tiempo utilizado por los vigilantes de seguridad para recoger o guardar su arma.

En conclusión, tras el análisis de la casuística y de conformidad con la interpretación realizada en la STSJ Baleares 21 julio 2021 (rec. 86/2021), el TS tal vez debió considerar mejor el fondo del asunto, en lugar de limitarse exclusivamente a valorar si el trabajador había firmado o no el registro de jornada. Como se ha demostrado a través de este análisis, el trabajador se encontraba a las 7:50 horas, momento en que sufrió el infarto, cumpliendo con sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, específicamente en lo relativo a la colocación de los EPI. Asimismo, de haber contado con un sistema

⁶⁵ SSTJUE 1 diciembre 2005 (C-14/04) *Abdelkader Dellas*; 11 enero 2007 (C-437/05) *Českém Krumlově*; 21 febrero 2018 (C-518/15) *Rudy Matzak*; 17 marzo 21 (C-585/19) *Academia de Studii Economice din București*; y 9 marzo 21 (C-344/19) *Republike Slovenije*.

adecuado para realizar un registro de jornada objetivo y fiable, el trabajador habría tenido la posibilidad de firmarlo previamente a colocarse los EPI. Bajo la presunción de que se encontraba realizando tareas vinculadas al cumplimiento de órdenes del empresario, la jornada laboral del trabajador debió considerarse iniciada a las 7:50 horas y no a las 8:00 horas, como consideró la Sala IV.

Una aclaración por parte del TS habría permitido poner fin a la inseguridad jurídica existente en relación con la casuística del AT derivado de un infarto de miocardio, pudiendo haber contribuido a evitar la desprotección que afecta a los trabajadores que sufren accidentes dentro de los centros de trabajo mientras realizan tareas previas o posteriores a su jornada laboral efectiva. De este modo, nuevamente quedamos a la espera de un posible pronunciamiento por parte del TJUE que permita resolver la ambigüedad legislativa existente en torno a la STS 22 mayo 2024 (rec. 3911/2021).

3.2. *El acoso laboral como accidente de trabajo*

La normativa laboral contempla disposiciones relacionadas con el acoso laboral en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo que garantiza la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral, así como la prevención y sanción del acoso sexual y por razón de sexo. Igualmente, como es sabido, el ET reconoce el derecho de los trabajadores a la consideración debida a su dignidad, lo cual comprende la protección frente al acoso (art. 4), y la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación, prohíbe disposiciones, conductas o prácticas como el acoso. Sin embargo, cuando dichas conductas se materializan pueden derivar en contingencias laborales cuya calificación (común o profesional) requerirá de un pronunciamiento judicial. Por tanto, en la materia que nos ocupa, las disposiciones que garantizan un entorno de trabajo seguro, sin conductas acosadoras, deben completarse con la jurisprudencia de nuestros Tribunales en materia de AT, cuya jurisprudencia consolidada destaca la relación de causalidad que se exige conforme al art. 156 LGSS, construido mediante una fórmula que refleja la casuística que rodea a la catalogación de una contingencia como accidente laboral. Es esta casuística la que obliga, año tras año, a analizar los pronunciamientos judiciales, mayoritariamente de los TSJ, sobre la calificación del acoso laboral o *mobbing* como AT, entre los que en esta edición del Informe destacamos los que vienen a continuación.

En la STSJ Castilla y León 5 febrero 2024 (rec. 397/2023) la cuestión controvertida versa sobre la contingencia de la que deriva el proceso de IT iniciado por la actora el 21 de febrero de 2022. A este respecto, solicita que ese proceso de incapacidad por síndrome ansioso depresivo sea calificado como AT a consecuencia del acoso laboral sufrido. Alega haber recibido escritos anónimos dentro de la taquilla del centro de trabajo, entre 15 y 20, que contienen manifestaciones tales como “nos da asco verte por la mañana”, “zorra” o

“puta chivata”, los cuales entregó a la directora del centro. Ante estos hechos, la directora decidió poner la taquilla de la trabajadora en una habitación videovigilada. Al mismo tiempo, se comunicaron los hechos al servicio de prevención que, ante la imposibilidad de determinar quién era el causante de los hechos, detuvo el proceso de investigación, no sin exponer la compatibilidad de los hechos con una situación de acoso laboral y requiriendo una reunión con los trabajadores para proporcionarles información sobre acoso laboral. El 18 de febrero de 2022, estando la actora en día de descanso, manifestó haber recibido un anónimo en su domicilio, lo que le ocasionó una subida de tensión. Posteriormente, el día 21 de febrero, inició el proceso de incapacidad temporal por síndrome ansioso depresivo.

El TSJ de Castilla y León desestima el recurso de suplicación por falta probatoria al no existir constancia de la fecha de recepción de los anónimos, ni testigos que presenciaran cómo la recurrente encontraba dichos anónimos. Además, ningún testigo manifestó haber oído a compañeros de trabajo emitir expresiones de animadversión hacia la actora. El TSJ también recalca que la actora ya presentaba patología psíquica desde los años 2018 y 2019, en concreto crisis de ansiedad. Por ello, declara que no se ha constatado la conexión o nexo necesario entre la enfermedad alegada (síndrome ansioso depresivo) y el trabajo, exigida por el art. 156 LGSS para la calificación de la IT como accidente laboral.

El mismo Tribunal, en la STSJ Castilla y León 14 febrero 2024 (rec. 665/2023), vuelve a pronunciarse sobre la calificación de una IT por síndrome de ansiedad iniciada por una funcionaria de Ayuntamiento, que alega sufrir acoso por parte del alcalde. Sin embargo, y pese a calificar la IT derivada de AT, no queda suficientemente probado que el origen de la patología sea el acoso laboral manifestado por la actora. Por ello, vuelve a señalar la importancia de probar la concurrencia de hechos constitutivos de acoso laboral que acrediten dicha situación y que difieren de la mera conflictividad laboral.

En la misma línea se pronuncia la STSJ Galicia 23 enero 2024 (rec. 250/2023), afirmando que el acoso laboral es una figura “caracterizada por una presión psicológica sistemática y prolongada ejercida sobre el trabajador en el desempeño de su trabajo, con la finalidad de perturbar su estabilidad emocional, atacando su dignidad personal y su relación con el resto de compañeros, encaminada a perturbar su vida laboral con objeto de conseguir su autoexclusión; siendo susceptible de provocar en el trabajador situaciones de estrés, ansiedad, depresión”, pero que debe quedar suficientemente probado que la contingencia tiene como causa determinante este acoso laboral.

El mismo hilo argumental mantiene la STSJ Galicia 20 marzo 2024 (rec. 5592/2023), donde, aunque no se discute la determinación de la contingencia, sí es calificado el acoso laboral como un “continuo hostigamiento hacia el trabajador” por parte de los compañeros y/o superiores. Además, destaca la importancia del orden cronológico de los acontecimientos cuando afirma que “no deja de ser significativo que, si el trabajador

consideraba que estaba siendo objeto de un acoso laboral (...) no haya instado la puesta en marcha por la empresa del correspondiente protocolo establecido al respecto". Trascendencia del orden cronológico que reitera en la posterior STSJ Galicia 18 abril 2024 (rec. 2024/2023), donde la actora solicita la determinación de la contingencia de la baja con posterioridad a denunciar ante la empresa ser víctima de conductas que podían ser susceptibles de acoso laboral. Es decir, el Tribunal aprecia una conexión temporal entre las vivencias de la actora y el inicio del proceso de IT por trastorno adaptativo con estado de ánimo depresivo, lo cual acredita la causa de la enfermedad y su vinculación con el trabajo.

Y es que, como establece la STSJ Cataluña 5 junio 2024, la causa de la contingencia cuya calificación se discute debe quedar debidamente probada, siendo en el caso del acoso laboral significativa la existencia de denuncia directa o indirecta por parte de la víctima dirigida a quien pueda activar el protocolo de acoso, cuya negativa, sí podría ocasionar una falta en la aplicación empresarial de las medidas de prevención laboral.

En cuanto a las novedades legislativas, y dada la competencia del orden jurisdiccional social para conocer sobre todas las materias de PRL, AT y EP, es importante mencionar, a efectos de la acción judicial y probatorios del acoso laboral que exige la jurisprudencia, el RD 247/2024, de 8 de marzo, por el que se aprueba el Protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo en el ámbito de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos. Con el objetivo de evitar las posibles situaciones de acoso sexual y acoso por razón de sexo, se pretende implantar una vía accesible para la notificación y denuncia de las situaciones de acoso, donde se pone de manifiesto el papel de la representación sindical en el cumplimiento de la materia de PRL. Así, entre otras cosas, el RD abre un canal de denuncia de situaciones de acoso que, conforme a los pronunciamientos judiciales, es fundamental activar a efectos probatorios.

4. Recargo de prestaciones

El recargo de prestaciones es una medida de responsabilidad en materia de PRL que siempre ha estado acompañada de polémica por su compleja naturaleza y aplicación. Debe recordarse que el recargo es una medida de responsabilidad empresarial no asegurable (de manera que solo puede imponerse al empresario), que implica el pago a la víctima de una cuantía que oscila entre el 30 y el 50% de las prestaciones de SS reconocidas al trabajador que sea víctima de una contingencia profesional. Durante el año 2024, los pronunciamientos en esta materia resultan, como suele suceder con esta institución, de variado interés. En concreto, aquí se hará referencia a una serie de sentencias que tratan temas como su conexión con modificaciones en el marco de la SS,

su funcionamiento en supuestos de sucesión de empresas o la influencia de la intervención de la víctima en el suceso.

Si hay una sentencia que debe destacarse en este año 2004 es la STS 25 enero 2024 (rec. 3521/2020). Pronunciamiento que, con un eje central, se caracteriza también por presentar una visión muy completa de esta institución y que, muestra de la complejidad del tema, pues cuenta con dos votos particulares. Esta sentencia trata la cuestión de la posible aplicación retroactiva de las reformas normativas sobre prestaciones de SS a la cuantía del recargo de prestaciones. En concreto, el caso parte del fallecimiento de un trabajador en 1995, lo que conllevó en su día la imposición de un recargo de prestaciones de un 50% a la empresa. Por tanto, la cuantía del recargo se aplicó sobre la pensión de viudedad correspondiente. Posteriormente, el RD 1795/2003, de 23 de diciembre, de mejora de las pensiones de viudedad, con argumentos relativos a la dimensión de género, actualizó dichas pensiones. En 2018, la viuda del fallecido solicita la actualización de la cuantía del recargo sobre la base de tener en cuenta la actualización de esta pensión por aplicación de esta reforma normativa.

La sentencia examinada recuerda varios aspectos esenciales relativos al recargo de prestaciones, entre otros: su naturaleza compleja, híbrida entre sancionadora, indemnizatoria y prestacional; que en caso de sucesión de empresas, la nueva empresa deberá responder solidariamente del recargo, a pesar de que ni siquiera se haya iniciado la reclamación del mismo cuando se produce el cambio de titularidad; que el porcentaje del recargo depende de la gravedad de la falta del empresario; la cuantía del recargo se verá modificada en función del devenir de la situación de la víctima en cuanto a sus incapacidades o posterior fallecimiento; que en caso de fallecimiento de la víctima, e independientemente de si la causa del mismo tuvo que ver o no con el AT o EP, el recargo se aplicará a la pensión de viudedad; o, en definitiva, que las actualizaciones de las pensiones no afectan a la cuantía del recargo.

Finalmente, el TS llega a la conclusión de que el recargo de prestaciones debe ser actualizado a la cuantía de la pensión de viudedad en aplicación de los motivos de género que justificaron el RD 1795/2003. No obstante, la sentencia cuenta con dos votos particulares que hacen notar, por un lado, que la naturaleza del recargo es sancionadora, de acuerdo con la STS 2 octubre 2000 (2393/1999) y, por tanto, se le deben aplicar los principios propios de tal régimen, no considerándose adecuado que, en función del caso, se acuda a un tipo de naturaleza u otro; y por otro lado, aun admitiéndose la actualización de la cuantía del recargo, este aumento debería asumirse por la SS y no por la empresa.

Asimismo, en relación con la cuestión de la responsabilidad solidaria en caso de sucesión de empresas, que recuerda la sentencia anterior, debe destacarse la STS 29 octubre 2024 (rec. 2535/2022), en esta ocasión por el fallecimiento de un trabajador en

relación con el amianto por el cual su empleadora fue condenada a un recargo de prestaciones de un 50%. La especialidad en este caso se produce porque la responsabilidad solidaria de la empresa sucesora se solicita en torno a un trabajador cuyo contrato fue extinguido antes de la sucesión de empresas y, por tanto, de la subrogación empresarial. En este caso, el TS, en aplicación del art. 44.3 ET, unido a la doctrina jurisprudencial iniciada con la STS 23 marzo 2015 (rec. 2057/2014), hace que se considere que la empresa sucesora deba responder solidariamente por el recargo también en este caso.

Finalmente, y en torno a esta cuestión, merece resaltar la STSJ País Vasco 5 marzo 2024 (rec. 2159/2023), en torno a un caso en que se cuestiona la posible responsabilidad solidaria por recargo de prestaciones al no quedar clara la existencia de una sucesión de empresas que, además, se produce en un contexto concursal. Tras un completo análisis del funcionamiento de la sucesión de empresas en un contexto de concurso de acreedores, haciendo referencia tanto a la propia existencia de la sucesión, como a si esta afecta solo a los trabajadores afectados por la subrogación, y así, existiendo sucesión, se mantiene la obligación de la asunción de obligaciones laborales y de SS. En este caso el TSJ llega a la conclusión de que no existe ningún tipo de sucesión de empresas: ni tradicional, ni por la doctrina de sucesión de plantillas, ni concursal. Puesto que “no estamos ante una compraventa, externalización, fusión, absorción, derivación o adjudicación de un conjunto de medios organizados ni elementos de transmisión material que permitan y sean imprescindibles mantener la actividad de la construcción como un todo”, sin poder aplicarse tampoco la doctrina de la sucesión de plantillas al tratarse este caso de una actividad de construcción, por lo que “tampoco tiene en la mano de obra cualificada un elemento esencial que, a la vista de una prestación de servicios continuada de los mismos trabajadores, permita hablar de una subrogación entre la empresa entrante con la anterior saliente”. De igual modo, en el caso de la sucesión concursal, dado que solo mantiene algunas contrataciones laborales y “no ha adquirido ni se ha visto adjudicada por pacto alguno cualesquiera obligaciones o derechos de la empresarial concursada”. De modo que, no existiendo sucesión, no hay responsabilidad solidaria en el recargo de prestaciones.

Otra de las cuestiones principales cuando se trata del recargo de prestaciones es la relativa a la incidencia de la conducta imprudente de la víctima en el AT o EP. En este sentido, no es extraño que se hayan sucedido diversos pronunciamientos durante el año 2024 que hayan tratado este tema, dado que la cuestión de la “culpa de la víctima” es un recurso habitual en los casos de responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral. Así pues, puede señalarse la STSJ Andalucía 6 mayo 2024 (rec. 2/2024), tratando un caso de un trabajador cuya labor es recoger tableros de madera cuando caen

a una mesa desde una cinta del lineal de fábrica, para luego colocarlos en un palé. Con el fin de hacer más efectiva su tarea, acude al final del lineal enganchándosele un guante con el resultado de que su mano izquierda es atrapada por la máquina, sufriendo diversas amputaciones. Se demostró que la empresa había incumplido algunas medidas de seguridad, esencialmente el no colocar elementos de protección del lineal de fábrica. Por este motivo, se le impone el recargo de prestaciones.

Si bien la cuestión se centra en si la conducta de la víctima es merecedora de la calificación de imprudencia temeraria o no; y si dicha imprudencia, del tipo que sea, pueden evitar el recargo de prestaciones. En este caso, se considera acertadamente que no se está ante una imprudencia temeraria. En realidad, es un supuesto de “buena fe de la víctima”. Así, el TSJ califica esa conducta como una imprudencia profesional, esto es, la referenciada en el art. 15.4 LPRL. Aunque no queda claro si realmente se ajusta a su concepto tradicional, pues el motivo no es tanto la distracción o la confianza en el trabajo, sino el colaborar con la empresa, es tradicional que en casos como este se califique de dicha manera. De esta manera, vuelve la cuestión sobre el hecho de que el recargo de prestaciones no puede eliminarse por la imprudencia de la víctima salvo que esta lo sea en grado de temeridad. Debe hacerse notar que esto lleva a la paradoja de que, en estas situaciones, también se eliminaría la responsabilidad civil y ni siquiera se estaría hablando, en estos supuestos, de la existencia de un AT. Aquí merece la pena traer de nuevo a colación la STSJ País Vasco 5 marzo 2024 (rec. 2159/2023), pues en ella se hace un recordatorio del funcionamiento de la responsabilidad del recargo y hace referencia, de manera inusual, a que la imprudencia profesional del trabajador puede exonerar del recargo de prestaciones, si bien puede no ser así cuando “la conducta imprudente del trabajador no rompiera a su vez el nexo causal entre la infracción empresarial de la norma de seguridad y el accidente o daño ocurrido”.

También la STSJ Andalucía 11 abril 2024 (rec. 318/2023) trata una cuestión en que se debería haber valorado el papel de la víctima, pero se llega a la conclusión de la existencia de caso fortuito. El supuesto es el de trabajador que estando desplazando una chapa, lo hace caminando marcha atrás, tropezándose con un separador y cayendo al suelo, de manera que se lesiona un hombro. En este supuesto, el TSJ considera que la empresa no ha incumplido medidas de seguridad y que lo que se ha producido es un caso fortuito. Aun mencionándose durante los fundamentos de derecho la cuestión de la figura de la imprudencia profesional, se determina que el accidente “fue por caso fortuito sin que por ello se hayan omitido por parte de la empresa medidas de seguridad que hayan ocasionado el mismo no se haya omitido medidas de prevención o de diligencia que haya determinado la existencia de ese nexo causal entre el accidente con dicha omisión”. No obstante, se debería plantear si realmente no hubo incumplimientos empresariales: por

ejemplo, si ese trabajador no tenía un método de trabajo en que se le hubiere advertido los peligros de caminar marcha atrás mientras desarrollaba sus funciones; si lo había realizado en ocasiones anteriores; y si no había un mando que vigilara o le hubiera advertido ante dicha situación. Se trata de una cuestión fundamental para haber valorado una posible imprudencia profesional o, incluso, ningún tipo de imprudencia por una falta de vigilancia o por la tolerancia del comportamiento del trabajador, lo que anularía el efecto de su imprudencia y haría al empresario responsable en su totalidad del hecho acaecido.

Precisamente sobre la importancia de la vigilancia en materia de seguridad y salud versa la STSJ Aragón 2 julio 2024 (rec. 493/2024), en la que un trabajador sufre un AT al verter una silicona desmoldante en cantidad excesiva y mediante un método inadecuado, además de proceder a sustituir una bombilla del interior de la estufa sin haber desconectado la corriente. Se produjo así una explosión en la que resultaron afectados tanto él como dos compañeros. El caso se suscita en torno al posible recargo de prestaciones derivado del accidente de este trabajador, planteándose la existencia de imprudencia temeraria. Si bien hay que tener en cuenta que ya se había determinado la responsabilidad civil de la empresa, de manera que la existencia del AT quedaba probada, así como los incumplimientos empresariales. En este caso, se acude al concepto de imprudencia profesional, así como se recuerda la importancia del papel de la vigilancia del empresario. El TSJ expone el funcionamiento del recargo, otorgando especial importancia a la causalidad entre el incumplimiento empresarial, primero diciendo que puede ser genérico de la obligación general de seguridad y luego que debe ser de norma concreta, llegando a la conclusión de que sí existe una causalidad entre variados incumplimientos de la empresa y el accidente.

5. Normas nacionales e internacionales en materia de prevención de riesgos laborales

5.1. OIT

Durante este año 2024, el Estado Español ha ratificado diferentes convenios de la OIT sobre seguridad laboral, siendo el compromiso con las normas de la OIT y la protección de trabajadores alto, ya que lidera la lista de los Estados con más convenios ratificados, con 139 en total. El 11 de junio se presentaron en Ginebra los instrumentos de ratificación del Convenio 167 sobre seguridad y salud en la construcción y del Convenio 184 sobre seguridad y salud en la agricultura, los cuales entrarán en vigor el 11 de junio de 2025.

El primero de ellos, establece un amplio marco de protección para los trabajadores de la construcción, abarcando desde disposiciones generales sobre la organización de la prevención hasta medidas específicas para una variedad de riesgos, incluyendo el trabajo

en altura, excavaciones, explosivos y riesgos químicos, físicos o biológicos. Al tiempo, destaca la importancia de la participación de los trabajadores, la formación y la información, los primeros auxilios y el bienestar en el sector.

Por otra parte, el segundo convenio dispone medidas de prevención y protección para los trabajadores del sector agrícola y forestal, centrándose en la seguridad de la maquinaria, la ergonomía, la manipulación y el transporte de materiales, la gestión de productos químicos, los riesgos biológicos y las instalaciones. Asimismo, aborda la protección de los trabajadores jóvenes, temporales y estacionales, la perspectiva de género y los servicios de bienestar y alojamiento.

5.2. Unión Europea

En cuanto a la normativa de la UE, desde la última edición del Informe se han registrado un importante número de reglamentos y directivas que impactan en la seguridad y la salud. En particular, destaca la Directiva (UE) 2023/2668, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de noviembre de 2023, que modifica la Directiva 2009/148/CE sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos asociados a la exposición al amianto durante la actividad laboral. Esta Directiva responde a los avances científicos y tecnológicos recientes en este campo, teniendo por objetivo reforzar la protección de los trabajadores expuestos al amianto mediante la reducción de los niveles de exposición y la extensión de los requisitos relativos al registro y la vigilancia de la salud, especialmente en aquellos casos de exposición esporádica o de baja intensidad.

El nuevo año 2024 iniciaría con el Reglamento delegado (UE) 2024/1295, de la Comisión, de 26 de febrero de 2024, sobre especificaciones técnicas y normas de ensayo armonizadas para las mangueras contra incendios, el cual surge de la necesidad de regular estas mangueras debido a la falta de normas internacionales que garanticen su seguridad y rendimiento en buques de la UE. Este reglamento es de obligatorio cumplimiento en todos los Estados Miembros y entró en vigor el 26 de mayo de 2024.

La Directiva delegada (UE) 2024/846, de la Comisión, de 14 de marzo de 2024, por la que se modifica la Directiva 2006/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las condiciones mínimas para la aplicación de los Reglamentos (CE) nº 561/2006 y (UE) nº 165/2014 y la Directiva 2002/15/CE en lo que respecta a la legislación social relativa a las actividades de transporte por carretera, modifica la legislación social relativa a las actividades de transporte por carretera, determinando el nivel de gravedad de las infracciones. No obstante, no aborda directamente la protección general de los trabajadores en el sentido amplio de seguridad y salud laboral, pero sí establece normas para garantizar el cumplimiento de los tiempos de conducción y descanso, que tienen un impacto directo en la seguridad y el bienestar de los conductores profesionales.

En el mes de abril se aprobaría el Reglamento (UE) 2024/1258 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de abril de 2024, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 561/2006 en lo relativo a los requisitos mínimos sobre las pausas y los períodos de descanso diarios y semanales mínimos en el sector del transporte discrecional de viajeros y en lo relativo a la facultad de los Estados miembros de imponer sanciones por las infracciones del Reglamento (UE) nº 165/2014 cometidas en otro Estado miembro o en un tercer país, el cual modifica el Reglamento (CE) nº 561/2006 en relación con los requisitos mínimos de pausas y períodos de descanso para los conductores en el transporte discrecional de viajeros, permitiendo una cierta flexibilidad en los requisitos de pausas y descansos diarios.

Por otro lado, se promulgaron una serie de instrumentos normativos que abordan la promoción de la igualdad, la no discriminación y la protección de colectivos vulnerables, con un enfoque claro en el ámbito laboral. En primer lugar, la Directiva (UE) 2024/1499⁶⁶, del Consejo, de 7 de mayo de 2024, establece las normas relativas a los organismos de igualdad en el contexto de la igualdad de trato entre las personas, independientemente de su origen racial o étnico, y la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, sin distinción de religión o creencias, discapacidad, edad u orientación sexual. Además de sus repercusiones indirectas, influye significativamente en la seguridad y la salud de los trabajadores al fomentar entornos de trabajo inclusivos que respetan la diversidad y las diferencias individuales, lo cual contribuye a la reducción del estrés y la ansiedad entre los empleados.

En segundo lugar, la Directiva (UE) 2024/1385, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia hacia las mujeres y la violencia doméstica, establece también unas normas mínimas para la prevención y protección frente a estos tipos de violencia en el ámbito laboral. Finalmente, la Directiva (UE) 2024/1500⁶⁷, adoptada también el 14 de mayo de 2024, regula las normas relativas a los organismos de igualdad en el contexto de la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. Si bien está enfocada principalmente en establecer los

⁶⁶ Directiva (UE) 2024/1499 del Consejo, de 7 de mayo de 2024, sobre las normas relativas a los organismos de igualdad en el ámbito de la igualdad de trato entre las personas con independencia de su origen racial o étnico, la igualdad de trato entre las personas en materia de empleo y ocupación con independencia de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y la igualdad de trato entre mujeres y hombres en materia de seguridad social y en el acceso a bienes y servicios y su suministro, y por la que se modifican las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE.

⁶⁷ Directiva (UE) 2024/1500 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre las normas relativas a los organismos de igualdad en el ámbito de la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en materia de empleo y ocupación, y por la que se modifican las Directivas 2006/54/CE y 2010/41/UE.

requisitos mínimos para el funcionamiento de estos organismos, también puede contribuir a la creación de entornos laborales más seguros y saludables.

Durante el mes de junio fueron aprobados, primeramente, el Reglamento (UE) 2024/1689⁶⁸, estableciendo normas armonizadas en materia de inteligencia artificial, incluyendo la obligación de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores en el uso de sistemas de IA, especialmente aquellos que están considerados de alto riesgo; y, en segundo lugar, la Directiva (UE) 2024/1760 sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, la cual reconoce la seguridad y salud en el trabajo como un derecho fundamental y parte del trabajo digno, e impone a las empresas la obligación de evaluar y afrontar los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores en toda la cadena de valor.

Finalmente, en el mes de octubre, como norma más relevante se hallaría la Directiva (UE) 2024/2831, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas. Esta Directiva aborda la seguridad de los trabajadores mediante la imposición de obligaciones a las plataformas digitales para evaluar y mitigar los riesgos laborales, proteger los datos personales, y garantizar la transparencia y participación de los trabajadores en las decisiones que afectan su seguridad y salud. Se destaca la necesidad de supervisión humana sobre la gestión algorítmica y la importancia de implementar medidas preventivas y canales de denuncia para combatir la violencia y el acoso.

5.3. Estado Español

A nivel estatal son varias las disposiciones legales aprobadas que influyen en las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores. Entre ellas destacan:

El RD 247/2024, de 8 de marzo, que aprueba el Protocolo de actuación frente al acoso sexual y el acoso por razón de sexo en la Administración General del Estado. Éste establece un marco integral para la prevención y actuación contra el acoso sexual y por razón de sexo en dicho ámbito, abarcando desde la definición de principios rectores y medidas preventivas hasta el procedimiento de actuación y evaluación. Además, se complementa con anexos que detallan aspectos clave para su correcta implementación.

El RD 505/2024, de 28 de mayo, por el que se regulan los reconocimientos médicos de aptitud y protección de la salud de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero

⁶⁸ Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) nº 300/2008, (UE) nº 167/2013, (UE) nº 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial).

embarcadas, el cual busca mejorar la salud y seguridad de los trabajadores del sector mediante la regulación de los servicios de sanidad marítima y la implementación de reconocimientos médicos específicos, además de reconocer las condiciones de trabajo adversas y la necesidad de implementar medidas de prevención

El RD 568/2024, de 18 de junio, por el que se crea la Red Estatal de Vigilancia en Salud Pública, que incluye el Sistema de Vigilancia en Salud Laboral, abarcando un amplio rango de aspectos relacionados con la salud, incluyendo la laboral. Esta red busca coordinar los esfuerzos de distintos sectores para mejorar la vigilancia de la salud en España, promoviendo un sistema más integrado, homogéneo y eficaz

El RD 612/2024, de 2 de julio, que modifica el RD 665/1997 sobre la protección de los trabajadores contra riesgos por exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo. Este RD actualiza y fortalece la protección de los trabajadores frente a los riesgos de exposición a agentes cancerígenos y reprotóxicos, introduciendo nuevos agentes, reforzando la información y formación, estableciendo límites de exposición más estrictos, y ampliando las medidas de vigilancia de la salud y documentación, adaptando así la legislación española a los avances científicos y normativos europeos.

El RD 614/2024, de 2 de julio, por el que se modifica el RD 487/2022, de 21 de junio, por el que se establecen los requisitos sanitarios para la prevención y el control de la legionelosis. Esta nueva norma está enfocada en asegurar que los sistemas físicos utilizados para la prevención y control de la legionelosis sean seguros y eficaces. Al tiempo que destaca la importancia de que estos sistemas no introduzcan nuevos riesgos para la salud de los operarios o la instalación, y que su funcionamiento se ajuste a las especificaciones del fabricante, el cual debe proporcionar la documentación necesaria para verificar su seguridad y efectividad.

Por último, el RD 893/2024, de 10 de septiembre, que regula la protección de la seguridad y salud en el ámbito del servicio del hogar familiar, establece un marco normativo específico para proteger la seguridad y salud de las personas trabajadoras del hogar familiar, adaptando las obligaciones de prevención de riesgos laborales a las particularidades de este sector, incluyendo la evaluación de riesgos, la adopción de medidas preventivas, la formación e información de los trabajadores, y la atención a situaciones de riesgo grave e inminente, así como a la violencia y el acoso doméstico.

VIII. PROCESAL, SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL Y ADMINISTRACIÓN LABORAL ⁶⁹

La conflictividad laboral da lugar a la producción de una basta jurisprudencia, tal y como se ha podido apreciar en las páginas anteriores, por lo que, llegados a este punto, no queda más que analizar aquellos pronunciamientos relativos al procedimiento judicial, con independencia de que se trate de la modalidad ordinaria o de cualquiera de las especiales que se establecen en la LRJS. En concreto, el primer objeto de análisis se centra en los criterios de admisibilidad del recurso de suplicación cuando en el mismo se acumulan dos pretensiones. El segundo, reside en el debate suscitado en torno a la prueba, por cuanto que se trata de una fase procedimental que ofrece garantía y seguridad a las partes. En concreto, se trata de la utilización de las nuevas tecnologías para la aportación de las pruebas, cuestión que, sin duda, es de sumo interés y actualidad. El tercer punto se ha centrado en la audiencia al trabajador despedido disciplinariamente. Este supuesto ha sido comentado y abordado *in extenso* por la doctrina laboralista (también *supra*), debido a que supone una ruptura con la jurisprudencia sentada hasta el momento. El cuarto, se ocupa del momento en el que se ha de fijar la cuantía objeto de reclamación para poder acceder al recurso de suplicación, aunque el TS se adentra en los componentes de la cantidad en sí.

Del mismo modo, y más próximos al Derecho Administrativo, se abordan en esta parte del informe dos aspectos de interés acontecidos durante este año 2024, tal y como es el registro de los planes de igualdad, de un lado, y, de otro, la potestad de un órgano administrativo, tal y como es la Tesorería General de la Seguridad Social, para ejercer la auto tutela. En lo que hace a la primera de las cuestiones, llama la atención que más allá del silencio administrativo en cuanto al registro de los planes de igualdad, el TS hace lo propio en lo que se refiere a la actuación de la Administración con otras obligaciones de origen paccionado. En lo que respecta a la TGSS, como se sabe, ésta puede proceder de oficio al alta, baja, variaciones y a todos aquellos actos a los que les facultan las normas. Sin embargo, el TS se pronuncia acerca de la valoración por parte de dicho órgano sobre la simulación o no de una actividad profesional.

1. La acumulación de daños y perjuicios a la acción de modificación sustancial individual

El precedente jurisdiccional que se comentará en estas líneas –STS 25 septiembre 2024 (rec. 809/2022)– aborda una problemática de orden eminentemente procesal; y aún

⁶⁹ Han colaborado en la redacción de este apartado: Julia DORMIDO ABRIL (coordinadora), Manuela ABELEIRA COLAO, María Desamparados BOHÍGUES ESPARZA, Raúl LÓPEZ BAELO, José Alberto RIVAS MORENO, Víctor SÁNCHEZ DEL OLMO.

más, acerca del perfilamiento de los criterios de admisibilidad por parte del Alto Tribunal. En efecto, el elemento controversial radica en discernir si la acumulación de una pretensión de daños y perjuicios a la acción impugnatoria de una presunta modificación sustancial de las condiciones de trabajo, habilita al recurrente para acceder a suplicación ante el TSJ.

El precepto en liza es el art. 138.6 LRJS, bajo el siguiente tenor literal: “la sentencia deberá ser dictada en el plazo de cinco días y será inmediatamente ejecutiva. Contra la misma no procederá ulterior recurso, salvo en los supuestos de movilidad geográfica previstos en el apartado 2 del art. 40 ET, en los de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo cuando tengan carácter colectivo de conformidad con el apartado 4 del art. 41 del referido ET, y en las suspensiones y reducciones de jornada previstas en el art. 47 ET que afecten a un número de trabajadores igual o superior a los umbrales previstos en el apartado 1 del art. 51 ET”.

El debate se centra en dilucidar si, del anterior redactado, puede extraerse un cauce para el recurso cuando a la acción de MSCT se acumule una de daños y perjuicios; o si, por el contrario, ello no desvirtúa en modo alguno la referencia al carácter individual o colectivo de la medida, como indicador o elemento decisorio para acordar su posible admisibilidad en el segundo grado. Es preciso referir que el pronunciamiento comentado, ya podemos anticiparlo, implicará la constatación de una alteración en la doctrina previa de la Sala.

Así las cosas, el TS había venido considerando que la acumulación de una petición de los mencionados daños y perjuicios servía como acicate para acceder a la fase suplicatoria, lo cual, sin lugar a dudas, ha dejado un sinfín de pretensiones instrumentales con tal propósito, que acaso justifiquen en gran medida, amén de criterios hermenéuticos, el presente viraje de rumbo jurisprudencial.

En la STS 10 marzo 2016 (rec. 1887/2014) se optaba por la admisión del recurso en tales supuestos, en lo que vino a denominarse una “interpretación integradora” de los arts. 191 y 138 LRJS, a fin de superar el juicio de admisibilidad, pese a que la materia de MSCT individual tuviese vedado dicho acceso al TSJ, siempre y cuando, es claro, la cuantía indemnizatoria reclamada fuese superior a 3.000 euros. Se trataba, según reconocía el propio Tribunal, de una exégesis amplia o *pro recurso*, que se alejaba de una más apegada a la literalidad del precepto, y por ende, restrictiva a los presentes efectos. Esta línea jurisprudencial fue consolidándose por ulteriores resoluciones judiciales, pareciendo instituirse como una línea firme en el tiempo⁷⁰.

⁷⁰ Cabe citar, entre otras muchas, SSTs 22 junio 2016 (rec. 399/2015); 11 enero 2017 (rec. 1626/2015); 5 junio 2018 (rec. 3337/2016); o 30 junio 2020 (rec. 4516/2017).

Con todo y con ello, este aparente afianzamiento doctrinal ha sido mutado de forma rotunda por parte del Alto Tribunal. Los motivos aducidos para ello responden a una “nueva reflexión y debate”, que a juicio del TS habrían evidenciado la necesidad de cambiar el criterio mantenido hasta el momento.

Lo cierto es que los razonamientos ofrecidos por el TS para amparar esta alteración se sintetizan en cuatro tipologías de distinto orden:

a) La primera, estaría vinculada con la interpretación constitucional de las reglas sobre el acceso a los recursos extraordinarios, en el que pone de manifiesto que, si bien en el acceso a la jurisdicción debe aplicarse un criterio poco rigorista y *pro actione*, en el acceso a un recurso extraordinario ese relajamiento no debe alcanzar tales extremos.

b) En cuanto a la segunda, está vinculada con que el art. 138.6 LRJS establecería una regla general (que es precisamente la no recurribilidad), y, como complemento a la misma, tres excepciones, donde entre ellas no se encontraría en modo alguno el supuesto de una MSCT de carácter no colectivo.

c) En lo que refiere al tercer motivo, tiene que ver con las propias previsiones del art. 191.2 LRJS, es decir, de la relación de materias para el acceso al recurso de suplicación, pues cuando alude a la posibilidad de recurrir cuando fuera posible acumular a esta otra acción susceptible de recurso de suplicación, se refiere a los litigios de cambio de puesto o movilidad funcional (tal es la lectura gramatical del Tribunal, a la vista del punto y coma que figura en el redactado del precepto).

d) Por último, ofrece un cuarto razonamiento, íntimamente vinculado con la interpretación sistemática de los arts. 138.7, 26 y 137.3 LRJS, en el sentido de que no se permite, en esencia, acumular a una acción de MSCT, otra de reclamación salarial (a diferencia, por ejemplo, de la reclamación de categoría o grupo profesional). Por tanto, carecería de sentido que la acumulación con respecto a los daños y perjuicios permitiese el acceso a suplicación.

En atención a lo expresado, el pronunciamiento del Alto Tribunal enmienda la aparentemente consolidada tesis previa, en la que -ciertamente- se hacía eco de una postura facilitadora del acceso a un recurso extraordinario (eminentemente *pro actione*), aun en contra de la literalidad de la norma. Este apartamiento, que se compadece a nuestro juicio mejor y más fielmente con el espíritu de la norma, implica además una traba a una práctica que ha venido dejando, de facto, la admisibilidad suplicatoria en manos del demandante: la sola inclusión de una indemnización de daños y perjuicios adicional en la

acción de MSCT habilitaría su recurso, y no solo, como resultaría más razonable, en la parte que a ello corresponde o aditamento vinculado con los derechos fundamentales.

Más a más, es de señalar que, acaso, en la tesis ahora superada se estaba abriendo la puerta a una práctica generalizable: que cualquier materia irrecurrible (por ejemplo, la impugnación de elecciones sindicales, por llevarlo a una situación hiperbólica) se transmute en susceptible de recurso, simplemente con base en la acumulación de un *quantum* de daños y perjuicios que, sin género de dudas, podría devenir en instrumental y finalista.

2. La prueba en el proceso laboral y el impacto de las nuevas tecnologías

Para abordar esta temática puede resultar útil analizar la STS 29 mayo 2024 (rec. 3063/2022), la cual resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina contra una sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana (que viene a conformar la sentencia recaída en la instancia) sobre esta materia.

El debate suscitado en este recurso de casación unificadora es, como la propia sentencia advierte, de carácter eminentemente *procesal*, derivado de la manera en la que se desarrollaron ciertos actos procesales, como es la fase de prueba. Es importante destacar que el presente análisis, aún nacido y centrado en la presente resolución, tiene una reflexión mucho más amplia, que desborda el conflicto aquí mostrado y que se presenta como una reflexión necesaria de cara a entender los procedimientos judiciales y sus garantías y la importancia, cada vez mayor, que las nuevas tecnologías tienen sobre aquellos.

Así, en el caso de autos, sucedió que la parte demandada intervino en el acto de la vista de manera telemática, habiendo aportado los documentos de que pretendía valerse de manera anticipada al acto. Por su parte, la demandante acudió al acto de la vista de manera presencial, aportando, en el momento procesal correspondiente, su documental en soporte físico.

La parte demandada, solicitó en fase probatoria que se le hicieran llegar los documentos presentados por la parte actora antes de realizar las conclusiones, cosa que no ocurrió. La parte demandada, consecuentemente, formuló protesta y, con posterioridad (tras el fallo de instancia que estimaba las pretensiones de la parte actora), solicitó la anulación de las actuaciones ante el TSJ.

El TSJ confirmó el fallo de instancia, tras lo cual, la parte demandada interpuso recurso de casación unificadora ante el TS⁷¹, denunciando, principalmente, la vulneración de los

⁷¹ Se invoca de contraste la STSJ Castilla y León, Burgos, 9 marzo 2022 (rec. 114/2022), en la cual, de manera idéntica a la sentencia analizada, la parte demandada había solicitado la celebración

arts. 94.1 LRJS (prueba documental⁷²) y 90.1 LRJS (admisibilidad de los medios de prueba⁷³), además del art. 24 CE (tutela judicial efectiva), al entender que cada parte procesal tiene derecho a examinar la documental aportada de contrario; y que, por tanto, al no haber podido ejercer este derecho, se le ha causado indefensión. El Ministerio Fiscal informó a favor del recurso.

El debate suscitado en esta resolución, por tanto, gira en torno a la necesidad de respetar las garantías del proceso y, concretamente, aquellas más vinculadas a la fase de prueba. El elemento determinante particular en este caso, pero que está llamado a convertirse en una práctica recurrente, es la presencia telemática de una de las partes y la compatibilidad de esta circunstancia con uno de los principios vertebradores del proceso laboral, como es la garantía de contradicción y de igualdad de armas.

Recuerda la sentencia en este sentido (FJ 4), cómo la garantía de contradicción “se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE”. Adicionalmente, y tomando una cita del TC, en concreto, la STC 116/2007, de 21 mayo, en su FJ 3, recuerda que “la imposibilidad de tomar en consideración las alegaciones oportunamente deducidas por las partes puede implicar una quiebra del principio de contradicción causante de indefensión (art. 24.1 CE), siempre que se verifique que la decisión fue efectivamente adoptada inaudita parte y que ello no ocurrió por voluntad, expresa o tácita, o negligencia imputable a la parte (por todas, STC 307/2005, de 12 de diciembre, FJ 2)”.

En relación con esta problemática podemos encontrar varias normas que hubieran podido evitar el ulterior desenlace del conflicto (que, ya adelantamos, pasa por anular las resoluciones de instancia y suplicación y retrotraer las actuaciones a la instancia). En primer lugar, porque la norma procesal laboral, como ya hemos adelantado (arts. 87.1 y 94.1 LRJS), establece disposiciones para asegurar el buen fin de la práctica de la prueba.

Por otro lado, existía, en ese momento, si bien limitada en el tiempo (hasta el 20 de junio de 2021), una disposición aprobada para hacer frente al COVID-19⁷⁴, la cual

de la vista oral telemáticamente y presentó la prueba documental antes del juicio. Igualmente, no se dio traslado de la prueba documental presentada por la actora a la parte demandada, pasando directamente a la fase de conclusiones pese a la protesta de la parte demandada. En este caso, no obstante, la Sala del TSJ estimó el recurso y acordó la anulación de las actuaciones de instancia.

⁷² Que establece que “de la prueba documental aportada, que deberá estar adecuadamente presentada, ordenada y numerada, se dará traslado a las partes en el acto del juicio, para su examen”.

⁷³ Que recoge que “las partes, previa justificación de la utilidad y pertinencia de las diligencias propuestas, podrán servirse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley para acreditar los hechos controvertidos o necesitados de prueba, incluidos los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos, que deberán ser aportados por medio de soporte adecuado y poniendo a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos”.

⁷⁴ Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

establecía que “los actos de juicio, comparecencias, declaraciones y vistas y, en general, todos los actos procesales, se realizarán preferentemente mediante presencia telemática, siempre que los juzgados, tribunales y fiscalías tengan a su disposición los medios técnicos necesarios para ello”. Y, en ese sentido, “se adoptarán las medidas necesarias para asegurar que en el uso de métodos telemáticos se garantizan los derechos de todas las partes del proceso”.

Supletoriamente, el art. 229.3 LOPJ recuerda que las actuaciones procesales “podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal”.

Y una norma (como recuerda la sentencia) no aplicada al caso por cuestiones de ámbito temporal, pero que es de vital importancia para el devenir de este modelo procesal híbrido, por su regulación detallada, es el RDL 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo⁷⁵, el cual, en su art. 45 (Aportación de documentos en las actuaciones orales telemáticas), establece que: “1) En las actuaciones realizadas con intervención telemática de uno o varios intervinientes, y en los actos y servicios no presenciales, las partes podrán presentar y visualizar la documentación con independencia de si su intervención se realiza por vía telemática o presencial. A tal fin, los intervinientes por vía telemática que quieran presentar documentación en el mismo acto deberán presentarla por la misma vía, incluso en los casos en los que por regla general no estén obligados a relacionarse con la Administración de Justicia por medios electrónicos, y siempre de conformidad con las normas procesales. 2) Los documentos que puedan o deban ser aportados en el momento del juicio o actuación de que se trate, se presentarán de conformidad con lo establecido en este real decreto-ley y con la normativa del Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica. 3) Cuando la parte que presente el documento o prueba no pudiese remitir la documentación en la forma prevista anteriormente, deberá justificar la circunstancia que impida su remisión, así como ponerlo en conocimiento del órgano judicial de manera previa a la vista o actuación, a fin de que por éste se disponga lo que proceda”.

Con todo ello, no queda sino valorar el impacto que las nuevas tecnologías tienen en el proceso laboral y cómo ello debe pasar por ser, siempre y en todo caso, respetuoso con

⁷⁵ Este RDLey ha sido convalidado por Acuerdo del Congreso de los Diputados, publicado por Resolución de 10 de enero de 2024.

los principios que rigen el proceso laboral y, por supuesto también, con el art. 24 CE. Es imperativo recordar que el proceso social se sustenta, en buena medida, en la prueba documental y que esta se aporta, con carácter general, en el juicio oral, lo que da cumplimiento al contenido del art. 94.1 LRJS, como hemos analizado ya.

El TS, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, procede a estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la demandada y, en consecuencia, casar y anular la sentencia recurrida y estimar el recurso de suplicación formulado por la parte demandada anulando las actuaciones de instancia, mandando reponer los autos al momento del juicio oral para que el JS dé traslado, esta vez sí, de la prueba documental aportada por el actor a la parte demandada, y continúe la tramitación del juicio y pueda dictar otra sentencia resolviendo el fondo del asunto.

Los argumentos esgrimidos por el Alto Tribunal se sustentan en la necesidad de mantener un equilibrio de fuerzas procesales entre las partes involucradas en el proceso; en otras palabras, en no permitir merma alguna en las garantías procesales de las partes. Y ello, se vio truncado, como recuerda la sentencia, desde el momento en que el “Juzgado de lo Social no dio traslado de esa prueba documental a la parte contraria, la cual no pudo oponerse a su admisión, ni impugnar su autenticidad o exactitud, ni argumentar en contra de su fuerza probatoria en el trámite de conclusiones. Ello vulneró la garantía de contradicción y el derecho a la igualdad de armas en el proceso, que se integran en el art. 24 CE. También vulneró el citado art. 229.3 LOPJ, el cual establece que las vistas *podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar [...] asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa*”.

De esta manera, si el JS no disponía de los medios necesarios para llevar a cabo la prueba con las debidas garantías debería haber optado por la suspensión de la vista. Quizá no encontramos en la normativa social un precepto que recoja la suspensión para este tipo de supuesto⁷⁶, pero sí es posible encontrarlo en la normativa supletoria, como resulta ser la LEC. Así, como recuerda la sentencia, el art. 188.1.8º LEC (Suspensión de las vistas u otros actos procesales) recoge que la celebración de la audiencia podrá suspenderse “por imposibilidad técnica en los casos que, habiéndose acordado la celebración de la vista o la asistencia de algún interviniente por medio de videoconferencia,

⁷⁶ Se discute en la sentencia la procedencia del contenido del art. 87.6 LRJS en este asunto, descartando el Alto Tribunal (FJ. 5º, apdo. 6) su empleo debido a que “la omisión del trámite de traslado de la prueba documental ha impedido que la parte contraria: a) Se oponga a la admisión de documentos, en cuyo caso el Juez de lo Social deberá pronunciarse acerca de su admisión o no. b) Impugne su autenticidad o la exactitud de la copia, en cuyo caso deberá tramitarse prueba de autenticación. Por ello, deberá suspenderse el juicio oral para que, en su caso, puedan evacuarse esos trámites. El art. 87.6 LRJS regula un supuesto distinto, relativo a pruebas documentales o periciales que se han admitido por el órgano judicial y que son extraordinariamente extensas o complejas”.

no se pudiese realizar la misma en las condiciones necesarias para el buen desarrollo de la vista". Es cierto que la medida de suspensión, en sí misma, puede suponer un perjuicio para las partes, por cuanto supone una demora en la resolución del conflicto, pero mucho menos admisible es obviar el principio de contradicción consagrado en los términos analizados (con el perjuicio añadido, en términos dilatorios, de soportar los efectos vinculados a la nulidad de las actuaciones).

En conclusión, la sentencia no hace sino recordarnos que el proceso social y sus principios informadores, así como el derecho a la tutela judicial efectiva contenida en el art. 24 CE (en todas sus vertientes procesales), deben permanecer incólumes al impacto de las nuevas tecnologías. El hecho de que una vista se celebre parcial o totalmente de manera telemática no puede ser justificación para eventuales vulneraciones de los derechos procesales de las partes. Como recuerda la sentencia, centrada en este caso sobre la prueba, que es núcleo probablemente de la fase de mayor complejidad del procedimiento, una vez ha sido admitida (es útil y pertinente), debe seguir el cauce procedimental establecido normativamente con todas sus garantías (las previstas en la CE y en la LRJS).

3. La audiencia en el despido disciplinario

Como ya se indicó en otro apartado, la STS 18 noviembre 2024 (rec. 4735/2023) dio lugar al pronunciamiento del TS sobre la obligación de dar audiencia al trabajador con carácter previo a que se efectúe el despido disciplinario. El caso se centraba en el despido disciplinario realizado por la *Fundación para los Estudios de Música y Artes Escénicas de las Islas Baleares* a uno de sus profesores, motivado en la grave transgresión de la buena fe contractual, en concreto, en el incumplimiento grave de sus funciones como empleado de un ente instrumental del sector público en lo que se refiere al alumnado de género femenino. Dicha decisión fue impugnada judicialmente por el profesor, sin éxito en primera instancia, mientras que el TSJ Baleares declaró la improcedencia del despido disciplinario, lo cual fue recurrido en casación por unificación de la doctrina ante el TS por la parte empleadora.

En tal sentido, la parte recurrida (el profesor) alega que la extinción a instancias de la empresa se llevó a cabo sin que se hubiese tenido en cuenta lo dispuesto en el C158 OIT, el cual forma parte de nuestro ordenamiento laboral, en virtud de lo dispuesto en el art. 96 CE, una vez que fue ratificado y publicado en el BOE 29 junio 1985. En concreto, el art. 7 de la citada norma establece que no podrá darse por terminada la relación de trabajo "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 esta posibilidad".

El Alto Tribunal considera que la finalidad del citado precepto es la de garantizar la posibilidad real de defensa al trabajador despedido, aunque cabe la duda de si con lo dispuesto en el art. 55.1 ET ya se estaba dando cumplimiento o no a tal exigencia legal, teniendo en cuenta que el despido en España es causal y que tal motivación se ha de expresar en la comunicación escrita que debe entregar la empresa a la parte trabajadora, debiendo detallar en la misma los hechos en que los que se funda tal decisión y la fecha de sus efectos. A ello, se debe añadir que la carga de la prueba recae sobre la parte empleadora.

El debate se sitúa en torno a si el requisito formal de audiencia previa del trabajador es exigible en nuestro derecho interno y si ya se había dado cumplimiento al mismo. Ello, si se tiene en cuenta que las previsiones del art. 7 C158 OIT se centran en el desarrollo normativo de la medida en cuestión, lo cual lleva a la reflexión sobre la aplicación directa o no del precepto. Se trata de una garantía adicional a la prevista en el art. 55.1 ET, en el que se identifican los requisitos formales de la carta de despido, al margen de otras exigencias que, para un determinado colectivo impone, como la de expediente contradictorio, y las que puedan establecerse en los CC de aplicación.

Sobre la adopción de las medidas necesarias para la ejecución de los Tratados en España, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 96 CE y 29 Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, se ha ocupado en extenso la STC 20 junio 2019 (rec. de inconstitucionalidad 5334-2017). Por medio de esta se puede afirmar que no todos los Convenios internacionales o sus disposiciones son ejecutivos, o lo que es lo mismo, no todos son aplicables por los órganos judiciales, sin necesidad de un posterior desarrollo normativo interno.

Sin embargo, el TS entiende que, pese a lo dispuesto en el art. 1 C158 OIT (“deberá darse efecto a las disposiciones del presente Convenio por medio de la legislación nacional, excepto en la medida en que esas disposiciones se apliquen por vía de contratos colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales, o de cualquier otra forma conforme a la práctica nacional”), el art. 7 del citado texto legal sí que cuenta con aplicación directa, pues en el mismo se establece que “no deberá 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 la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad”. A mayor abundamiento, no se puede afirmar que todos y cada uno de los artículos que componen los Convenios de la OIT precisen de un desarrollo normativo, sino que puede ser que algunos de estos impongan puedan gozar de efecto inmediato, tal y como sucede con el precepto en cuestión.

La audiencia en el caso de un despido disciplinario estaba más que superada en el ordenamiento laboral español cuando los afectados fuesen representantes de los trabajadores, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.3.3º LOLS y los arts. 55.1 y 68.a) ET, por lo que se plantea la Sala la extensión de la práctica común de tales supuestos a la que en el caso se presenta. De ahí, que el Alto Tribunal afirme que para la extinción de la relación laboral por despido disciplinario sea exigible la audiencia previa del trabajador, aunque en el supuesto de hecho no se le puede pedir a la parte empleadora que la efectuase cuando hasta la fecha se ha mantenido lo contrario por los Tribunales, considerándose además dicha práctica un criterio pacífico.

Por todo ello, el TS considera que no hay defectos formales en la adopción del despido disciplinario, aunque al haber estimado el TSJ Baleares el motivo primero del recurso de suplicación de la parte actora, apreciando defectos en la sentencia de instancia en orden a la motivación de la misma e insuficiencia de hechos probados que llevarían a su nulidad, y que quedaron firmes por no impugnados de contrario, decide devolver las actuaciones al JS para que dicte otra sentencia en la que se resuelva la cuestión sobre los hechos imputados en la carta de despido.

4. La reclamación de los complementos del puesto de trabajo

El presente comentario se centra en la STS 30 mayo 2024 (rec. 2057/2022). El recurso de suplicación es un recurso extraordinario y solo puede formularse contra las resoluciones que expresamente permite la ley (art. 191 LRJS) y por los motivos tasados: procesales, fácticos y jurídicos previstos en el art. 193 LRJS.

Así pues, el art. 191.2.g) LRJS establece que no procederá el recurso de suplicación en los procesos que versen sobre reclamaciones cuya cuantía litigiosa no exceda de 3.000 euros, y, por ende, cabe afirmar con carácter general, que la cuantía litigiosa que determina el acceso al recurso no es asimilable a cuantía controvertida, sino a cuantía reclamada, en principio, en la demanda o, en caso de modificarse, la formulada en trámite conclusiones.

En este sentido, el TS ha señalado que, “la solicitud no se concreta en la cifra especificada en la demanda, sino que se refiere a la que finalmente sea objeto de reclamación en el trámite de alegaciones o conclusiones” (por todas, STS 25 junio 2002, rec. 3218/2001). En efecto, en cuanto al momento al que debe atenderse para obtener el importe de la cuantía litigiosa el TS ha fijado que “será el del acto de juicio y, más concretamente, al ratificar la demanda o, en último caso, la que se concrete en fase de conclusiones” (STS 6 octubre 2021, rec. 3261/2020). Así pues, la cuantía litigiosa es la cantidad reclamada en la demanda, con las concreciones que, en su caso, puedan establecerse en el acto del juicio (STS 15 junio 2004, rec 3049/2003). Y aunque la parte

demandada pueda allanarse a una parte de lo pedido, la cuantía litigiosa sigue siendo la cantidad íntegra solicitada por la parte demandante, habida cuenta que, de estimarse la demanda, se condena al abono íntegro de lo pedido (STS 14 mayo 2020, rec. 2976/2017). En esa línea, también se ha admitido que la cuantía inicial de la pretensión pueda incrementarse con las que se vayan generando o devengando a lo largo del proceso y hasta el acto de juicio, sin que ello suponga una modificación de la demanda inicial.

En cuanto al criterio de la anualización en materia de reclamaciones salariales, es evidentemente excepcional, porque en la mayoría de los casos en que en la demanda no se especifica la cuantía reclamada, la parte, llegado el acto del juicio, vendrá obligada a concretar su importe y será este entonces el determinante. Así, el TS ha puesto especial cuidado en advertirlo así señalando que, “la aplicación de la regla de la anualización solo es posible cuando no está reclamada cantidad determinada, pues en este caso hay que atender en primer lugar al montante de dicha cantidad. Con lo que en definitiva el juego de la excepción queda limitado, en la práctica, a los casos en que se incumpla el mandato del art. 87.4 LRJS, y obren en autos datos que permitan al órgano judicial calcular el importe; y a aquellos otros en que se alegue fraude procesal y se pruebe que se reclama en demanda solo parte de lo total adeudado, con la finalidad de obtener una sentencia irrecurrible y eludir un posible fallo contrario en suplicación”⁷⁷.

Pues bien, la sentencia objeto de análisis suscita, en casación para la unificación de doctrina, la determinación de si la cantidad de la que hay que partir para valorar el acceso al recurso de suplicación es la suma reclamada, o la que correspondería al trabajador en cómputo anual, cuando se trata de complementos de puestos de trabajo.

Se recurre la STSJ Galicia 14 febrero 2022 (rec. 4012/2021) -aclarada por Auto 8 marzo 2022-, que rechaza la competencia funcional de la Sala al entender aplicables las reglas supletorias del art. 251.7ª LEC, considerando que no cabe formular recurso de suplicación partiendo del hecho de que la cuantía anual que correspondería abonar a la demandante por los pluses reclamados (1.923,12 €) no supera el límite de 3.000 € previsto legalmente para dar acceso al recurso, y ello aun cuando la concreta cuantía demandada (3.995,14 €), sí sobrepasa aquel umbral.

La sentencia invocada como contradictoria viene a reiterar los criterios de la STS 4 diciembre 2018 (rec. 611/2016), dictada en Pleno, y en la que se clarificó y sistematizó la doctrina existente sobre la materia. En este sentido, y en orden a la determinación de la cuantía litigiosa, se estableció que, “la cuantía de una pretensión viene determinada por la solicitud de la demanda lo que, a su vez, condiciona el acceso al recurso de suplicación

⁷⁷ SSTs 21 septiembre 1999 (rec. 5014/1997); 31 enero 2002 (rec. 31/2001), dictada igualmente en Sala General; y 5 febrero 2002 (rec. 4389/2000).

sin que se contemple en nuestras normas procesales una cuantía para la demanda y otra distinta para el recurso⁷⁸. Es inasumible la sinonimia entre cantidad litigiosa y cantidad controvertida, por lo que ha estarse a una concepción amplia del término 'litigiosa', que no ha de venir asimilada a cuantía disputada o controvertida, y sí a cuantía reclamada, o sea, integrante del '*petitum*' de la demanda y como tal constitutiva; junto a otros pedimentos, del objeto de la litis"⁷⁹.

En relación con la interpretación de los criterios de determinación de la cuantía en reclamaciones de derecho y de cantidad, se aplica la doctrina consolidada de la Sala en relación con el art. 192 LRJS. De esta forma, las reclamaciones de derecho, con traducción económica, tienen acceso al recurso de suplicación, en cómputo anual, cuando superen el importe de 3.000 euros. Asimismo, las reclamaciones en las que se pretende un derecho superior al reconocido, por existir diferencias en el alcance económico otorgado, tienen acceso al recurso de suplicación cuando la diferencia entre el derecho reclamado y el reconocido, en cómputo anual, supere los 3.000 euros.

De igual forma, si se reclama un derecho (en su totalidad o la parte del mismo que no ha sido reconocido) cuya traducción económica, en uno u otro caso, es superior a 3.000 €, en cómputo anual, aunque la reclamación de cantidad que se acumule tenga un importe inferior a esos 3.000 €, la sentencia de instancia tendrá acceso al recurso, o cuando siendo inferior a los 3.000 €, en cómputo anual, pero la reclamación de cantidad acumulada supera esa cuantía, la sentencia de instancia tiene acceso al recurso. *A sensu contrario*, si la reclamación de derecho (en su totalidad o la parte de este que no ha sido reconocido), no supera los 3.000 €, en cómputo anual, y la reclamación de cantidad tampoco, la sentencia de instancia no tiene acceso al recurso. Por último, si ambas acciones (reclamación de derecho, total o la parte de este que no se ha reconocido, y reclamación de cantidad) superan los 3.000 €, la sentencia dictada por el JS tendrá acceso al recurso de suplicación.

Todo lo cual, además, resulta coherente con lo que se indica, no solo en el propio art. 192.3 LRJS, sino también en el art. 192.2 LRJS (párrafo segundo), en el que se dice que, "cuando en un mismo proceso se ejerciten una o más acciones acumuladas de las que solamente alguna sea recurrible en suplicación, procederá igualmente dicho recurso, salvo expresa disposición en contrario".

⁷⁸ SSTs 22 enero 2002 (rec. 620/2001); 14 mayo 2002 (rec. 2494/2001); 14 mayo 2002 (rec. 2204/2001); 24 mayo 2002 (rec. 2753/2001); 25 junio 2002 (rec. 3218/2001); 25 septiembre 2002 (rec. 93/2002); y 15 febrero 2005 (rec. 264/2004).

⁷⁹ SSTs 22 enero 2002 (rec. 620/2001); 25 septiembre 2002 (rec. 93/2002); y 25 septiembre 2018 (rec. 3666/2016).

Pues bien, de acuerdo con estos criterios, se considera que el acceso al recurso de suplicación que ofreció la sentencia de instancia era ajustado a derecho por cuanto que en las pretensiones de condena hay peticiones cuantitativas que superan los 3.000 euros. Reiterando esta doctrina, se ha venido pronunciando la Sala desde la sentencia de Pleno expuesta⁸⁰, y las que en ella se citan, en la que se declara que, “la pretensión de reconocimiento de derecho y reclamación de cantidades tiene acceso al recurso cuando la primera, en cómputo anual, o la segunda, en el total de lo reclamado hasta el acto de juicio, o ambas, superen los 3.000 euros”⁸¹.

La aplicación de los criterios expuestos al supuesto analizado, con el que guardan la necesaria identidad de razón, conducen a concluir que la sentencia dictada en instancia, en la que se resolvía una pretensión sobre el derecho al reconocimiento de dos complementos de puestos de trabajo durante un determinado periodo de tiempo, y se reclamaba conjuntamente el abono por la empleadora de la cantidad de 3.995,14 € adeudada por tales conceptos, es susceptible de ser recurrida en suplicación porque, en definitiva, junto al derecho a obtener los complementos reclamados, se interesa una petición de condena económica y por tanto cuantitativa que supera los 3.000 euros. Es decir, el criterio del cómputo anual de la cuantía a los efectos de acceso al recurso de suplicación se remite a las reclamaciones de derecho con traducción económica respecto de las que no se ha solicitado cantidad concreta. No lo entendió en tal forma la sentencia de suplicación impugnada al no enjuiciar el recurso de suplicación ante ella formulado, quebrantando la doctrina unificada.

En definitiva, se estima el recurso de casación para la unificación de doctrina, en línea con lo informado por el Ministerio Fiscal, casando y anulando la sentencia combatida, y ordenando la nulidad de las actuaciones desde el momento anterior a dictarla a fin de que la Sala de procedencia, partiendo de su competencia funcional, resuelva el recurso de suplicación con plena libertad de criterio.

5. El registro de los Planes de Igualdad

Comienza este comentario con tres reflexiones desprendidas de la sentencia que es objeto de análisis y sobre las que se incidirá más adelante: la primera de ellas es que la regulación, o en realidad la sobrerregulación, no siempre trae como consecuencia una mayor protección para los destinatarios de las normas; la segunda es que, cuando se imponen obligaciones a las empresas, no se debe de perder el foco sobre la tipología de

⁸⁰ Entre otras, en STS 23 febrero 2024 (rec. 1689/2022).

⁸¹ Esta doctrina ha sido aplicada ya en numerosas ocasiones, como puede verse en las SSTs 21 mayo 2020 (rec 2786/2017); 3 febrero 2021 (rec. 3943/2018); 23 febrero 2021 (rec. 4055/2018) o 24 marzo 2021 (rec. 1713/2018).

organizaciones que conforman nuestro tejido empresarial; en tercer lugar, el legislador en su tarea, consideramos, debería analizar la futura efectividad real que esas normas pueden alcanzar en conexión con los objetivos que se pretenden conseguir. En este sentido, no está de más recordar que en nuestro país, según el INE a 1 de enero de 2023, solo el 0,6% de las PYMES superaba los 50 trabajadores, mientras que la gran mayoría (95,2%) tenía menos de 10 empleados.

El pronunciamiento traído a colación es la STS 11 abril 2024 (rec. 258/2022), que sienta una importante doctrina sobre el registro de los Planes de Igualdad. Pudiera parecer esta una cuestión baladí o subsidiaria, pero la hemos elegido porque creemos que ejemplifica muy bien el signo de nuestros tiempos normativos, especialmente en el ámbito del Derecho Laboral. Para poder contextualizar bien esta sentencia debemos recordar que los arts. 45 y 46 LO 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres, establece la exigencia de que las empresas que cuenten con mas de 50 trabajadores negocien un Plan de Igualdad. Por su parte, el RD 901/2020, modificado a su vez por el RD 333/2023, de 3 de mayo, regula los aspectos principales para que las empresas puedan crear adecuadamente sus Planes de Igualdad. Sin embargo y más allá de posibles valoraciones sobre la claridad de la norma, para muchas empresas el cumplimiento de estas obligaciones se está convirtiendo en una carrera de fondo. Con esta sentencia parece que llega el capítulo final.

La primera de las dificultades relativa al procedimiento de creación de estos planes, que aún se mantiene, es la falta de sindicatos legitimados para negociarlos. Recordemos que la Patronal ya había advertido de las dificultades que supondría la intervención de los sindicatos más representativos ante la falta de representación legal en las empresas, cuestión esta que recurrió ante el TS, quien hace un par de años sostenía que “la negociación de los planes de igualdad debe acometerse necesariamente por los sujetos legitimados para la negociación de los convenios de empresa”. En la meritada sentencia se reconoce el derecho de los sindicatos mas representativos para negociar los Planes de Igualdad. Ya habían sido muchos los pronunciamientos que se habían centrado en la legitimidad de las partes de la comisión negociadora de los planes y la necesidad ya expuesta de que se negociaran con los sindicatos legitimados para ello (STS, Contencioso-administrativo, 28 marzo 2022, rec. 359/2020). Sin embargo, también este mismo año, parece que el TS ha flexibilizado este criterio. Así, en su STS 11 abril 2024 (rec. 123/2023) ha validado el registro de un Plan de Igualdad “alegal”, pues se elaboró de manera unilateral debido a un bloqueo en las negociaciones por parte de los sindicatos. La crítica fundamental en este caso es que la promoción unilateral de los Planes de igualdad, en muchas ocasiones, obedece a la falta de interés de la empresa por buscar interlocutores válidos con los que poder negociar. Esta sentencia resuelve además un

segundo escollo en favor de la empresa, en la nada sencilla tarea en la que se ha convertido la negociación de los Planes de Igualdad. Este problema es más de procedimiento que de derecho material, aunque consideramos que su resolución sienta precedente en materia de negociación colectiva pues admite el registro de un Plan de Igualdad por silencio administrativo de la Autoridad Laboral. Por lo tanto, ya no se trata de un tema de legitimidad, sino de otro escalón más: superar el trámite de registro.

El *íter* procesal del caso es el siguiente: una empresa registra en julio su Plan de Igualdad y, por indicación de la Administración, hasta en dos ocasiones debe subsanar defectos. La última de las contestaciones se presenta en el mes de septiembre, tras lo cual la empresa no recibe notificación alguna. En el mes de diciembre la empresa solicita por silencio administrativo positivo el registro del Plan de Igualdad. Sin embargo, días más tarde, la Administración dicta resolución desestimatoria del Plan. La empresa presenta entonces recurso de alzada ante la meritada resolución, que resuelve la STSJ Madrid 24 febrero 2023 (rec. 1360/2022), con la admisión a registro del Plan de Igualdad. El Abogado del Estado recurre en casación, pues la Administración considera que en este caso no se puede dar el silencio administrativo positivo; en primer lugar, porque según la LPAC opera la excepción de que el registro de los Planes de igualdad que depende de la Dirección General de Trabajo supone que se le ha transferido una facultad relativa al servicio público y, en segundo lugar, porque el silencio positivo no puede operar puesto que de este se obtiene un resultado contrario al ordenamiento jurídico. El TS entiende que esta transferencia no es tal y que el silencio, por tanto, debe interpretarse en sentido positivo, lo que supone la aceptación del registro del plan.

Con respecto a la segunda petición de la parte recurrente, alegando que el silencio administrativo no puede operar en contra del ordenamiento jurídico, el Alto Tribunal recuerda que, ante la estimación de un acto por silencio positivo, “la resolución expresa posterior a la producción del acto solo puede ser confirmatoria”. En este caso no se podía haber dictado resolución desestimatoria pues, tras tres meses de espera por parte de la empresa y al no haber obtenido respuesta a sus últimas alegaciones, el silencio administrativo deviene positivo. No es la primera vez, como recuerda el TS, que opera en un caso laboral el silencio administrativo positivo. De mucha relevancia habrían sido en este sentido las sentencias dictadas en reclamaciones de cantidad extraordinarias al FOGASA para el pago de prestaciones. Se entiende el resultado de la sentencia toda vez que, habiendo cumplido la empresa sus obligaciones normativas, la Administración, como señala el TS, no debe, por su falta de diligencia, “vaciar de contenido” derechos de los particulares. No debemos olvidar que la creación y aplicación de los Planes de Igualdad, más allá de las sanciones pecuniarias (nada desdeñables) que recaen sobre las

empresas, también lleva anudadas otras consecuencias sancionadoras, como puede ser la prohibición de contratar que aparece regulada en el art. 71.1.d) Ley 9/2017.

Lo relevante de esta sentencia, más allá de la excepcional aplicación del silencio administrativo positivo, es que sienta un precedente importante en materia de registro no solo de planes de igualdad, sino de aquellas otras nuevas obligaciones de origen paccionado a las que nos hemos referido con anterioridad, cuya revisión también se deja en manos de una Autoridad Laboral que está desbordada. Es por ello por lo que esta sentencia, además de una llamada de atención ante la inacción de la Administración, abre el camino al registro de Planes de Igualdad que, a pesar de no cumplir con los requisitos necesarios para su inscripción, se reconocen y aplican en las empresas. Veremos qué posición adopta la Administración y si decide instar, ante esta sentencia, los pertinentes procedimientos revisorios. Lo que de verdad aporta valor es que las empresas estén cumpliendo con la obligación de negociar Planes de Igualdad, por lo que sería bueno simplificar los procesos de creación y registro de estos, para que, dentro de unos estándares mínimos de legalidad, pudieran desplegar sus efectos de manera expeditiva.

Una vez conocido y analizado el contenido de la sentencia y al hilo de las primeras reflexiones realizadas en este comentario, podemos dejar apuntada una reflexión de fondo: ¿para quién está regulando el legislador? No infravaloramos de ninguna manera la potencialidad de los Planes de Igualdad, ni su exigencia para el buen devenir de la igualdad efectiva en el trabajo. Lo que sí cuestionamos es que muchas de estas exigencias normativas (recordemos las medidas de prevención frente al acoso o las recientes “medidas planificadas” para alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI⁸²) limitan su aplicación a las empresas de más de 50 trabajadores que, como hemos comprobado, no son exactamente las que inundan nuestro tejido empresarial. Por otro lado, en las grandes empresas, la negociación de los planes se ve avocada a una mayor complejidad especialmente por la dificultad de configuración de los órganos de representación de las empresas. En este contexto se entiende que se dicten sentencias para desbloquear la situación, poniendo en valor los intentos de las partes por llegar a acuerdos ante las exigencias apremiantes que les impone el legislador. Acuerdos que, sin embargo, no podemos reconocer acordes a Derecho, toda vez que no cumplen con las exigencias requeridas para alcanzar una eficacia real. Ello nos lleva de nuevo a cuestionarnos firmemente la virtualidad de estas normas.

⁸² RD 1026/2024, de 8 de octubre, por el que se desarrolla el conjunto planificado de las medidas para la igualdad y no discriminación de las personas LGTBI en las empresas.

6. La autotutela de la Tesorería General de la Seguridad Social frente a situaciones fraudulentas

La STS, Contencioso-Administrativo, 28 octubre 2024 (rcud. 2097/2021), avala que la TGSS revise de oficio las afiliaciones, altas, bajas y variaciones de datos de las personas trabajadoras y, si corresponde, anule directamente las contrataciones fraudulentas, sin necesidad de acudir a la vía judicial. Esto supone un respaldo a sus facultades de autotutela en los actos administrativos del RGSS, ampliables a todos los regímenes del Sistema.

Se coloca el foco en esta resolución judicial porque es dictada en contraposición, entre otras, de una reciente de la misma Sala, la STS 16 mayo 2023 (rcud. 1631/2021), donde se concluyó que, como regla general, cuando la TGSS considere que una actividad profesional es simulada o fingida, la vía para anular el alta del beneficiario no es la revisión de oficio ex art. 146.2.a) LRJS, sino la formulación de la correspondiente demanda en vía jurisdiccional⁸³. Así, la Sala venía sosteniendo que la TGSS no podía proceder a la revisión de actos declarativos de derechos y actos favorables por vía administrativa.

Se abrió el debate de si, en el caso descrito, era necesario la apertura judicial y, si así fuera, cuál sería la jurisdicción competente, si la social o la contencioso-administrativa. Para ello, la sentencia objeto de análisis recuerda los autos dictados por la Sala Especial de Conflictos de Competencia del TS, en concreto el 7/2023, de 25 de abril, y el 12/2023, de 3 de octubre, respecto de asuntos en los que la TGSS había revocado de oficio el alta de personas trabajadoras, resolviendo que la competencia para conocer correspondía al orden contencioso-administrativo, y no al orden social. En su argumentación, considera que la TGSS, como servicio común y no como Entidad Gestora, se encuentra facultada para actuar directamente en estos casos, pero sin la aplicación del art. 146 LRJS⁸⁴. En la actualidad, ya no ofrece lugar a discusión que la competencia es de la jurisdicción contencioso-administrativa.

⁸³ Vid. STS, Contencioso-Administrativo, 8 julio 2014 (rec. 3416/2012), de la Sala Especial de Conflictos de Competencia, cuyos criterios de decidir han sido reiterados por resoluciones judiciales de igual fecha (recs. 2628/2012 y 3540/2012); así como SSTs, Contencioso-Administrativo, 11 octubre 2016 (rec. 673/2015) y 29 enero 2019 (rec. 2972/2016), todas ellas de la Sección 4ª; a las que siguieron las SSTs, Contencioso-Administrativo, 15 septiembre 2021 (rec. 4068/2019), 24 enero 2022 (rec. 3236/2020), 24 febrero 2022 (rec. 991/2020), 12 mayo 2022 (rec. 5796/2020) y 18 julio 2022 (rec. 2998/2020), entre otras, de la Sección 3ª.

⁸⁴ Art. 146 LRJS (Revisión de actos declarativos de derechos): “1. 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”.

¿Y en vía administrativa? Se precisa que la revisión de tales actos se regirá por la normativa específica de SS, de conformidad con la DA 1ª LPAC, que sería la contenida en el art. 16 LGSS, al que se refiere el art. 55 RGISS. En esencia, la TGSS no está facultada para modificar los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio de los afiliados a la SS, pero sí que está autorizada a tomar de oficio las decisiones de modificación de aquellos actos de encuadramiento que no se acomoden a las exigencias legales, con la finalidad de la reposición a la situación existente al momento anterior a dicha afiliación o alta indebida, así como la devolución de las cotizaciones y, en su caso, la deducción de las prestaciones indebidamente percibidas⁸⁵.

En nuestro supuesto fue analizado el encaje jurídico de los apdos. 4 y 5 del art. 16 LGSS -con anterioridad a la nueva redacción del apartado 5, que tuvo lugar por el RDL 1/2023, de 10 de enero, con efectos el 1 de enero de 2023-, afirmando que la TGSS no precisa promover la vía judicial, sino que puede revisar de oficio sus actos dictados en materia de afiliación, altas, bajas y variaciones de datos, declarándolos indebidos por nulidad o anulabilidad. El nuevo apartado 5⁸⁶ no hace sino confirmar y reforzar las facultades de revisión de oficio que los arts. 16.4 LGSS, y 54 y ss. RGISS reconocían a la Administración de la SS. Procederá, asimismo, en cualquier momento, a la rectificación de los errores materiales o de hecho y aritméticos producidos en los actos administrativos referenciados.

Falla la Sala declarando haber lugar y, por lo tanto, estimando el recurso de casación interpuesto por la TGSS contra la STSJ Andalucía, Contencioso-Administrativo, 11 febrero 2021 (rec. 981/2018), que se anula. Ordena la devolución de las actuaciones a la Sala de la que proceden para que, con retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la sentencia, dicte nueva sentencia resolviendo lo que proceda respecto de las cuestiones y pretensiones planteadas.

Esta interpretación se alinea con un contexto normativo cada vez más favorable a la colaboración administrativa con la ITSS, para reforzar la seguridad jurídica y combatir la simulación y el fraude laboral. Es frecuente que el inicio de la revisión de oficio parta de las actuaciones inspectoras que desarrollan los inspectores o los subinspectores, que

⁸⁵ Criterio recogido en las sentencias de la indicada Sala Cuarta: SSTs 19 marzo 2001 (rec. 3095/2000), 22 mayo 2001 (rec. 4093/2000), 10 octubre 2001 (rec. 577/2001), 29 octubre 2001 (rec. 146/2001), 13 mayo 2002 (rec. 2568/2001) y 23 mayo 2005 (rec. 464/2003), entre otras.

⁸⁶ Art. 16.5 LGSS: "cuando, por cualquiera de los procedimientos a que se refiere el apartado anterior, se constate que la afiliación y las altas, bajas y variaciones de datos no son conformes con lo establecido en las leyes y sus disposiciones complementarias, los organismos correspondientes de la Administración de la Seguridad Social podrán revisar de oficio, en cualquier momento, sus actos dictados en las citadas materias, declarándolos indebidos por nulidad o anulabilidad, según proceda, conforme al procedimiento establecido en la normativa reglamentaria reguladora de las mismas, y dictando los actos administrativos necesarios para su adecuación a las citadas leyes y disposiciones complementarias".

acaban promoviendo una petición a la TGSS para que de oficio proceda a la anulación, al detectarse una situación administrativa fraudulenta. La celeridad en la resolución de estas peticiones resulta primordial, por un lado, para zanjar la situación fraudulenta y, por otro, para que se cumplan con los plazos del procedimiento administrativo sancionador que pudiera cursarse. Ahora, en poco tiempo, el servicio común podrá (amparado judicial y normativamente) anular los actos administrativos que afecten a una persona trabajadora, con la reposición al estado anterior y la exigencia de responsabilidades.

Se aporta también mayor flexibilidad al control de los fraudes laborales y se disminuye la carga procesal, permitiendo que la TGSS actúe en función de las necesidades de protección del Sistema de SS. Supone un avance normativo fundamental, con respaldo judicial, para luchar contra el fraude en el orden social. Ello no impide que se deba dictar una resolución motivada y con todos los requisitos y garantías para el administrado, ya que se mantiene el requisito de que las actuaciones de revisión estén fundamentadas en hechos concluyentes y verificados, donde jugará un papel primordial la ITSS. La autotutela debe aplicarse con medida, para evitar así posibles abusos o intervenciones administrativas sin base probatoria suficiente.