

El significativo impacto de la normativa y jurisprudencia europeas más recientes en materia de derechos fundamentales de los trabajadores en España

The significant impact of the most recent European regulations and jurisprudence on fundamental workers' rights in Spain

ANA ISABEL GARCÍA SALAS

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0000-0001-7160-5005

Recibido: 10.05.2024 / Aceptado: 09.07.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8937

Resumen: Cuando nos referimos al impacto del derecho europeo sobre nuestro sistema interno de derechos fundamentales, aún solo en un ámbito como el laboral, pudiera pensarse que el tema propuesto es de contenido inabarcable para un trabajo de extensión tan limitada. Sin embargo, será suficiente con aproximarnos a algunos de los casos y derechos que se han visto afectados de manera más acusada en los últimos tiempos, y que exhiben, más allá de la obligada sumisión al Derecho emanado de las instituciones europeas, una suerte de interacción y de reciprocidad entre ambos ordenamientos. Se demuestra así que la influencia europea no tiene por qué ser un elemento externo o extraño, sino que converge en un mismo rango de valores, principios y reglas, naturalmente asumibles por Estados, como España, cuya europeidad se encuentra en su propia esencia.

Palabras clave: Protección de datos, secreto de las comunicaciones, libertad religiosa, objeción de conciencia, igualdad.

Abstract: When we refer to the impact of European law on our internal system of fundamental rights, even only in an area such as labor, one might think that the proposed topic is of incomprehensible content for a work of such limited extension. However, it will be enough to approach some of the cases and rights that have been most markedly affected in recent times, and that exhibit, beyond the obligatory submission to the Law emanating from the European institutions, a kind of interaction and reciprocity between both systems. It is thus demonstrated that European influence does not have to be an external or foreign element, but rather converges on the same range of values, principles and rules, naturally acceptable to States, such as Spain, whose Europeanness is found in its very essence.

Keywords: Data protection, secrecy of communications, religious freedom, conscientious objection, equality.

Sumario: I. Consideraciones generales. II. Primeras premisas: las limitaciones de derechos. III. Análisis del impacto europeo en cuestiones de intimidad, secreto de las comunicaciones y protección de datos. 1. Videovigilancia y protección de datos, o cómo el derecho a la intimidad se vio sobrepasado. 2. El derecho al secreto de las comunicaciones a vueltas con el deber empresarial de información previa. IV. Análisis del impacto europeo en cuestiones de libertad religiosa y de concien-

cia. 1. Manifestaciones y símbolos religiosos en los lugares de trabajo ante una pretendida neutralidad del empleador. 2. La libertad de conciencia del trabajador medida en función del interés general. V. Análisis del impacto en temas de igualdad y no discriminación. 1. Las diferencias retributivas por razón de sexo y su extensión a las prestaciones sociales. 2. La discriminación por razón de enfermedad, más allá del concepto amplio de discapacidad y de la doctrina de los ajustes razonables.

I. Consideraciones generales

1. En el ordenamiento jurídico español, los derechos constitucionales específicamente laborales (libertad sindical, huelga, negociación colectiva...) cuentan con un desarrollo normativo que, si bien se aprecia ya por muchos obsoleto¹, viene aplicándose bajo criterios estrictamente nacionales -so pena de las generalidades comunes contenidas en los Convenios de la OIT, en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (en adelante CDFUE)² en vigor desde 2009, y en la Carta Social Europea (revisada) ratificada por España en 2021-; pues, además, la regulación de las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros en materia de política social recogidas en el art. 4.2.b) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) no se aplican “al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal” (art.153.5 TFUE). Pero, como ya advirtiera nuestro Tribunal Constitucional³, la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes -el trabajador- de los derechos que nuestra Constitución le reconoce como ciudadano, por cuanto las organizaciones empresariales no forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad⁴. A estos derechos del ciudadano-trabajador⁵ (intimidad, igualdad y no discriminación, libertad ideológica y religiosa, libertad de expresión, etc.), la doctrina *iuslaboralista* española los viene denominando derechos constitucionales laborales inespecíficos⁶, aplicados a la relación laboral en un primer momento al amparo de normativa no laboral (fundamentalmente civil), escasa y genérica, no especializada.

2. Podría afirmarse, por tanto, que nuestro ordenamiento jurídico interno se ha caracterizado por ser tradicionalmente raquítico a propósito de estas cuestiones de notable importancia. La constitucionalización del Derecho del Trabajo, a pesar de su trascendencia, no fue adecuadamente desarrollada por las normas que regulan las relaciones de trabajo, sino que su desarrollo ha sido fruto más bien de una afanosa construcción jurisprudencial; primero, fundamentalmente española (Jurisdicción ordinaria y Tribunal Constitucional), y ahora, marcadamente más europea, y con enorme calado, en la que hay que destacar la reciente labor del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE). De hecho, se habla de la crítica actual hacia el carácter expansionista de la doctrina del TJUE⁷, en la que este se reafirma cuando, como en el caso *Melloni*⁸, la normativa discutida en el litigio principal entra en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea (en adelante DUE) y determina totalmente la acción de los Estados miembros; mientras que, cuando “no determina totalmente la acción de los Estados miembros y

¹ La vigente Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, *BOE* 8 agosto 1985, cuenta con importantes anacronismos en aspectos tecnológicos y de nuevas formas de trabajo; por no hablar de la actual regulación del derecho fundamental a la huelga por el preconstitucional Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo, que hubo de ser matizado y validado por la STC 11/1981, de 8 de abril, y que nunca ha conseguido desarrollarse a través de ley orgánica.

² Cuyo art. 51 establece con claridad que la Carta se aplica a las Instituciones y a los Estados miembros cuando actúan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión.

³ En SSTC 88/1995, de 6 de junio, y 204/1997, de 25 de noviembre.

⁴ En el mismo sentido, las SSTC 192/2003, 27 octubre, 177/1988, 10 octubre, y 132/1992, 28 septiembre.

⁵ En palabras de J.A. SAGARDOY BENGOCHEA, *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*, Civitas, 2005, p.13.

⁶ Concepto acuñado por M.C. PALOMEQUE LÓPEZ (ver, por ejemplo, *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates, Volumen 28, p.31).

⁷ S. RIPOL CARULLA, “Los derechos fundamentales, parte del modo de vida europeo. A propósito de la doctrina sobre los derechos fundamentales de la Unión Europea en el 70 aniversario del Tribunal de Justicia”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 74, enero-abril 2023, p.25.

⁸ STJUE (Gran Sala) 26 febrero 2013, *Stefano Melloni contra Ministerio Fiscal*, C-399/11.

estos gozan de cierto margen de apreciación (lo que ocurría en el asunto *Akerberg Fransson*⁹), las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, aunque sin afectar al nivel de protección previsto por la CDFUE según interpretación del TJ, ni a la primacía, unidad y efectividad del DUE¹⁰, por lo que a dichos Estados se les exigiría la aplicación de un nivel de protección superior.

3. Ha de reconocérsele al Tribunal de Justicia que, siendo un tribunal con la función de garantizar «el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación» de los Tratados, y no un tribunal de derechos humanos¹¹, haya ido construyendo una doctrina de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea, en tanto en cuanto no se contaba con un texto jurídico declarativo de los derechos fundamentales ni con una corte de garantías. Actualmente, su posición se refuerza y su influencia se ve aumentada, pues el TJUE puede intervenir con más claridad en la protección de posibles vulneraciones de derechos humanos como consecuencia de la aprobación e incorporación al Derecho originario de la Unión Europea de la Carta de Derechos Fundamentales, así como de la aprobación de diferentes directivas destinadas a la protección de determinados derechos humanos, donde destaca, sin lugar a dudas, el derecho a la igualdad. Podría decirse que el TJUE es hoy también un tribunal de garantías. La CDFUE ha terminado por penetrar incluso en las relaciones entre privados, cuya eficacia horizontal y efectividad sobre el contrato de trabajo ha sido reconocida por el propio TJUE¹², “cuando el precepto correspondiente de la Carta sea susceptible de aplicación directa, cuando no sea posible interpretar las disposiciones del Derecho nacional contrarias a una directiva (que hace aplicable al caso la Carta) y a la propia Carta”¹³.

4. Aunque lo cierto es que el otro gran pilar del sistema de protección de derechos humanos en Europa ha sido y es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH)¹⁴; dando lugar paralelamente, tras la aprobación de la Carta, al “desarrollo de un intenso diálogo judicial” con el TJUE¹⁵, así como al refuerzo mutuo de posicionamientos y razonamientos¹⁶. Bien sabido es también que el Tribunal Constitucional Español ha interpretado numerosos artículos de la Constitución durante todos estos años con arreglo al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH) de 1950¹⁷; siendo que su grado de vinculación no se limita a los preceptos del Convenio, sino también a la interpretación que los mismos han recibido por parte del TEDH¹⁸. No obstante ello, como se afirma en la sentencia del caso *Melloni* cit., aun cuando se falle en concordancia con el TEDH, los tribunales españoles no deben desatender los criterios fijados por el TJUE, ni recurrir al art. 10.2 CE¹⁹ como vía para revisar a la baja su doctrina. Y aunque existen abundantes referencias del TJUE al CEDH, este no forma parte, de momento, del Derecho Comunitario, y tiene únicamente un

⁹ ATJUE (Gran Sala) 7 mayo 2013. *Åklagaren contra Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10 REC.

¹⁰ S. RÍPOL CARULLA, “Los derechos fundamentales...”, cit., p.26.

¹¹ Aunque, como declara F. VALDÉS DAL RE, “Constitucionalismo laboral europeo”, *Derecho Social de la Unión Europea*, Volumen 1, BOE, 2023, p.100, “el TJUE también es, ahora y sin reserva alguna, un tribunal de derechos”.

¹² Ver STJUE 22 enero 2019, *Cresco*, C-193/17 y STJUE 8 mayo 2019, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, C-24/17.

¹³ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “La Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, ámbito de aplicación y eficacia”, *Derecho Social...*, cit., p.142.

¹⁴ Como destaca L. LÓPEZ GUERRA, “La Carta de Derechos Fundamentales de la UE y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 66, mayo-agosto 2020, p. 388, “a través de un reconocimiento por remisión en el derecho básico de la Unión (Tratado de Maastricht en 1992), la Unión lleva a cabo una incorporación de los derechos fundamentales a su ordenamiento por medio de expresas referencias a tres fuentes de derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos, los principios generales del derecho europeo y las tradiciones constitucionales comunes de los países miembros.

¹⁵ F. VALDÉS DAL RE, “Constitucionalismo laboral europeo”, *Derecho Social...*, cit., p.88.

¹⁶ L. LÓPEZ GUERRA, “La Carta de Derechos Fundamentales...”, cit., p.397.

¹⁷ Como ocurrió en la STC 53/1985, 11 abril, con la despenalización del aborto o toda la doctrina constitucional en materia de igualdad.

¹⁸ P. BIGLINO CAMPOS, “De qué hablamos en Europa cuando hablamos de derechos fundamentales”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* nº 97, julio-septiembre 1997, p.76.

¹⁹ Art. 10.2 CE: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

valor de guía o modelo para un TJCE que posee un elevado margen de maniobra; si bien ya está prevista la utilización del CEDH como nivel o estándar mínimo de protección de los derechos fundamentales reconocidos por la CDFUE (art. 52.3 CDFUE)²⁰. Por su parte, la remisión a la CDFUE por un Estado miembro, bien con aplicación directa, bien como herramienta interpretativa fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y que también ha sido utilizada por el Tribunal Constitucional español sobre la base del art. 10.2 CE²¹, exige asimismo cierta prudencia cuando no medie intervención del TJUE, su intérprete natural, el cual suele elevar la intensidad de la protección de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta. El canon de constitucionalidad deberá estar integrado, pues, por el CEDH y la doctrina del Tribunal de Estrasburgo, así como por la CDFUE y la jurisprudencia del TJUE.

5. Pero ciertamente correspondería al poder legislativo tomar en consideración la influencia de los derechos fundamentales en el derecho privado, así como los problemas de colisión entre las posiciones de ambas partes, y ordenarlas proporcionalmente. No porque se persiga un predominio regulatorio, que convertiría en inoperante la búsqueda de una adecuada compatibilidad entre el ejercicio de los derechos fundamentales y los derechos y obligaciones derivadas del contrato de trabajo para ambas partes, sino por el anhelo de mayor certeza en las soluciones que deban darse en un campo proclive a subjetividades, interpretaciones, ponderaciones y cierta discrecionalidad. Por ello, a pesar de la casuística y del necesario espacio que compete a los tribunales, la preferencia por alguna forma de codificación se empezó a imponer en un determinado momento, y en España se han ido aprobando distintas leyes que han venido a fortalecer la intervención normativa en esta materia (leyes de igualdad, leyes de protección de datos, etc.); la mayoría en trasposición de directivas europeas, que han supuesto un estímulo definitivo. Aun así, queda mucho por hacer. Pero ya se reconoce que la influencia de la jurisprudencia europea y de las normas que la amparan, que impulsan estas reformas en España y en otros países de la Unión, ha convertido, a su vez, a los derechos fundamentales, como en una ocasión se dijo²², en un trascendental elemento integrador político y jurídico de Europa: “El respeto a los derechos fundamentales constituye una de las señas de identidad del proyecto de integración europea”. La protección de los derechos fundamentales constituye un principio básico del derecho comunitario europeo²³, que se consolidó cuando se incorporó al Tratado de Maastrich de 1992; siendo su creciente acervo jurisprudencial fruto también de una tensión institucional entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia, el cual busca reafirmarse como máximo intérprete de aquel²⁴.

6. Partimos, por tanto, de dos premisas fundamentales: la primera sería la primacía del Derecho comunitario europeo sobre el nacional²⁵, que se rige por el principio atributivo, en la medida en que son los Estados Miembros los que le han otorgado tales atribuciones; y la segunda, la todavía exigua normativa española (rescatada por la jurisprudencia de nuestro país) sobre derechos fundamentales en el ámbito laboral. Este puzzle regulatorio, como en otros tantos ámbitos, presenta interesantes resultados, e incita al análisis de los casos en los que el Derecho europeo ha contribuido a regular en España unos derechos fundamentales, a veces huérfanos, otras veces conflictivos, y en su mayoría repletos de lagunas. Y cuando no ha sido así, cuando teníamos una doctrina bien construida, el sometimiento a la normativa

²⁰ Art. 52.3 CDFUE: “En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”. Así lo recuerda la STJUE 15 marzo 2017, *Al Chodor and Others*, C-528/15.

²¹ STC 292/2000, 30 noviembre y STC 172/2021, 7 octubre.

²² J. TAJADURA TEJADA, “Derechos fundamentales e integración europea” Estudios de Deusto, Vol. 58/1, Bilbao, enero-junio 2010, p. 265.

²³ Como reconoció el TJCE en Sentencia 12 noviembre 1969, *Erich Stauder contra Stadt Ulm - Sozialamt*, 29-69.

²⁴ J. TAJADURA TEJADA, “Derechos fundamentales...”, cit., p.278.

²⁵ Según se dispone en el art. 2 TFUE y con larga tradición en la jurisprudencia del TJCE, las normas comunitarias priman sobre el derecho interno, como derecho de aplicación preferente, con fundamento en el art. 93 CE (Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, del 13 de diciembre de 2004), a pesar de las dudas planteadas por alguna jurisprudencia constitucional anterior (SSTC 28/1991, 14 febrero y 64/1991, 22 marzo), en las que se sostiene que la vinculación de los jueces españoles por el ordenamiento comunitario no significa que este posea rango constitucional.

y a las resoluciones de los tribunales europeos que se han pronunciado al respecto se ha impuesto, generando en ocasiones incoherencias o doctrinas mixtas²⁶; lo que resulta particularmente problemático cuando el conflicto se plantea entre una norma comunitaria y un precepto constitucional -en cuyo caso, deberá plantearse también la correspondiente cuestión de constitucionalidad²⁷-.

7. Ahora bien, la obligación judicial de interpretar y aplicar el DUE con arreglo a la jurisprudencia del TJUE es clara, so pena de nulidad de las resoluciones²⁸. Pero, si bien el Tribunal de Luxemburgo afirmó que la UE debía velar por el respeto a los derechos humanos²⁹, lo cierto es que las tradiciones constitucionales nacionales han supuesto también para aquel una importante fuente de inspiración e interpretación. En la medida en que las legislaciones y tribunales europeos otorgan a los derechos fundamentales un trato muy similar al que se realiza por los ordenamientos internos de los Estados miembros, lo frecuente será la armonía, coincidencia o natural asunción de las disposiciones y resoluciones provenientes de la UE³⁰. Subyace la idea de que la intervención europea, por un lado, corrige tropiezos, olvidos y desactualizaciones de una jurisprudencia interna a veces continuista, y, por otro lado, impulsa reformas normativas puntuales o plantea debates generales de gran calado en último término.

8. Y en cuanto a la falta de trasposición o trasposición inadecuada de una Directiva comunitaria, el TJCE³¹ entendió que son los tribunales nacionales los encargados de interpretar el derecho nacional conforme al derecho comunitario en aplicación directa de este último, siempre que la norma sea clara y precisa -o haya sido aclarada por el TJUE³²-, a través del denominado principio de interpretación conforme o “test de conformidad”³³ con cualquier norma nacional que se compadezca con la Directiva (efecto de exclusión); aunque sin llegar a una interpretación *contra legem* del derecho nacional, en cuyo caso es cuando los particulares podrían invocar la norma comunitaria frente al Estado³⁴. De esta forma, el rechazo al efecto horizontal de las directivas entre particulares³⁵ queda atenuado; pero es el Estado incumplidor el que seguirá soportando las cargas y obligaciones derivadas de su falta o inadecuada trasposición, sin que pueda hacerse responsable al particular que simplemente ajustó su conducta al ordenamiento estatal³⁶.

9. En el marco de este DUE, encontramos pronunciamientos especialmente interesantes en materia de libertad religiosa y de culto, intimidad y secreto de las comunicaciones, protección de datos y

²⁶ Como ha señalado S. RIPOL CARULLA, “Los derechos fundamentales...”, cit., p. 22: “de la misma forma que existen diferencias entre los sistemas de protección de derechos fundamentales nacionales —cada uno ligado a valoraciones propias relativas al contexto social, cultural e histórico del ordenamiento jurídico que los reconoce— y que no es fácil transferir automáticamente los derechos de un contexto a otro, del mismo modo el sistema de derechos fundamentales de la UE tiene determinadas especificidades que responden a singularidades del Derecho de la UE sin que resulte posible transferir hacia el Derecho de la UE los derechos reconocidos en los ordenamientos estatales”.

²⁷ R. BODAS MARTÍN, “La aplicación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Derecho Social...*, cit., p.275.

²⁸ R. BODAS MARTÍN, “La aplicación de la jurisprudencia...”, cit., p.272.

²⁹ STJUE 13 julio 1989, *Wachauf*, C.5/88.

³⁰ “Nuestro Alto Tribunal parece ser consciente de que la «rebelión de los Tribunales Constitucionales» es algo que en buena medida ya está superado en el ámbito comunitario y por ello trata de dejar constancia en sus pronunciamientos (Sentencias de 14 de febrero y de 22 de marzo de 1991, entre otras) que el Derecho Comunitario se inspira en los mismos principios en los que se asienta nuestra Constitución y que por lo tanto garantiza un nivel similar de protección al constitucional en el marco de los derechos fundamentales de la persona, dejando entrever de esta forma que se declarará en el futuro incompetente para enjuiciar una hipotética violación de estos derechos por las normas comunitarias” (A. FIGUERUELO, “La protección de los derechos fundamentales en el marco de la unión europea”, *Revista Ratio Juris*, Vol. 1, nº 3, julio-diciembre 2005, p.64).

³¹ En STJUE 13 mayo 2015, *Rabal Cañas*, C-392/13.

³² STC 152/2021, 20 octubre.

³³ Así, por ejemplo, ver la STS 848/2016 de 17 octubre. RJ 2016\4654.

³⁴ STJUE 23 abril 2009, *Angelidaki*, C-378 a 380/07. Ver también M. NOGUEIRA GUSTAVINO, “La eficacia de las directivas y la responsabilidad del Estado por su incumplimiento”, *Derecho Social...*, cit., pp.185 y 186.

³⁵ STJUE 26 septiembre 2000, *Unilever Italia SpA*, C-443/98.

³⁶ Según doctrina reiterada del TJUE (por ejemplo, STJUE 6 noviembre 2018, *Bauer*, C-569/16 y C-570,16, y STJUE 22 enero 2019, *Cresco Investigation GmbH*, C-193/17).

discriminación, entre otros. Una revisión meramente descriptiva de todas las cuestiones no podría contenerse en un estudio breve, como es el que se presenta, ni tampoco podemos analizar todo el catálogo de derechos fundamentales, a los que especialmente en los últimos tiempos ha atendido la normativa y jurisprudencia comunitaria y europea (como, por ejemplo, el establecimiento de un canal de denuncias en la empresa en garantía de la libertad de información, o las limitaciones a trabajadores interinos o indefinidos no fijos en el sector público en virtud del principio de igualdad). Por ello es que, más allá de la total exhaustividad, el objetivo que se pretende en este trabajo es el análisis y conclusión, a partir de las muestras más representativas encontradas, de cuál ha sido y es el verdadero impacto que el ordenamiento jurídico europeo ha tenido y está teniendo en la realidad práctica sobre nuestro sistema de derechos fundamentales aplicables al ámbito laboral.

II. Primeras premisas: las limitaciones de derechos

10. La sucesión de sentencias por parte de los tribunales europeos y españoles con pronunciamientos sobre asuntos escasamente regulados por nuestra normativa interna ha generado un sistema jurídico de referencia similar a la figura del precedente -cuya fuerza argumentativa ya fue destacada por ALEXY³⁷-: “básicamente, las razones para seguir el precedente dimanar de dos argumentos, el pragmático y el de justicia formal, por el primero conferimos estabilidad al sistema, por el segundo, aseguramos la igualdad”³⁸. Con más raigambre en el derecho anglosajón, en el ordenamiento español no hay reconocimiento formal del precedente; aunque lo cierto es que, entre nosotros, también son comunes los estudios jurisprudenciales, que dotan de solidez a muchas interpretaciones e impulsan incluso cambios legislativos, primordialmente cuando se trata de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, por razones evidentes³⁹, y de la del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución⁴⁰; no solo por la decisión que se contiene en dichas sentencias, sino esencialmente por la regla que subyace a esas decisiones. Ello no comporta que se vaya a producir una petrificación del Derecho como consecuencia de una inercia interpretativa y aplicativa. El Derecho debe evolucionar y adecuarse a las nuevas situaciones, que son las que justifican precisamente los cambios de doctrina. También es plausible, por ello, que se comenten sentencias con recomendaciones de *sententia ferenda*. Partiendo de la regla de la “precedencia condicionada” pues, donde se indican las condiciones en las que un principio precede a otro⁴¹, “una reiteración de soluciones similares puede llevar a la afirmación general de un derecho preferente entre dos”⁴²; aunque la inclinación jurisprudencial, como decimos, también pueda cambiar.

11. Ahora bien, en otras ocasiones, las reglas no bastan para resolver determinados conflictos, y deben ser interpretadas y aplicadas a modo de principios, como “mandato de optimización”⁴³; el cual se identifica con el deber de aplicar el principio de proporcionalidad al caso concreto -aun cuando nuestra Constitución no lo exige expresamente, como sí hace el art. 52.1 *in fine* de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”-. Y

³⁷ R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p.266.

³⁸ V. LATORRE LATORRE, *Bases metodológicas de la investigación jurídica*, Tirant Lo Blanch, diciembre 2011, p.89.

³⁹ Según el art.1.6 Código Civil: “La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”.

⁴⁰ Artículo primero. Uno de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

⁴¹ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007 (2ª edición en castellano), p. 73.

⁴² G. PECES BARBA, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Boletín Oficial del Estado y Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p.595.

⁴³ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p.67.

así también, el art. 10.2 de nuestra CE respalda la incorporación a nuestra Jurisprudencia constitucional del análisis de las limitaciones a los derechos, en términos de razonabilidad y proporcionalidad, que venía realizando el TEDH⁴⁴. Hoy no cabe duda de la trascendencia de la aplicación de estos principios en nuestro sistema de derechos fundamentales, en los que el juicio de proporcionalidad aparece de manera omnipresente en toda resolución en que se dirima un conflicto de derechos; y que a veces ha sido tildada de excesiva incluso, si es que excede el indubitado tenor literal de la propia ley⁴⁵.

12. Justamente el principio de proporcionalidad ha resultado ser un medio de argumentación casi único para el TJUE, con sus correspondientes peligros⁴⁶, en relación con una de las principales cuestiones a tratar en cuanto al límite del ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores en la relación laboral, como es su conflicto con la libertad de empresa del art.38 CE⁴⁷. Se trata de un derecho constitucional que no goza de la protección de primer nivel que corresponde a los derechos fundamentales, pues no se encuentra incardinado formalmente en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución Española, sino entre los denominados derechos y deberes de los ciudadanos. Pero al albur de normas como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art.16), en la que probablemente como resultado de la tradicional identificación entre derechos fundamentales y libertades económicas cuando no existía declaración de derechos en el ordenamiento comunitario no se hace diferencias de rango, está extendida entre los autores la premisa de considerar “derechos fundamentales” a los que se encuentran más allá de la Sección 1ª (especialmente en la Sección 2ª)⁴⁸. El juicio de proporcionalidad permite una ponderación adecuada de los intereses en juego más allá de convenciones formales.

13. Finalmente, desde el momento en que el art. 219.2 de nuestra Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS)⁴⁹ permite alegar como doctrina de contradicción la establecida en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en cuanto motivo de recurso de casación para unificación de doctrina en materia de derechos y libertades ante el que se pueden invocar los derechos recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y con iguales requisitos y alcance sobre su aplicabilidad se puede citar asimismo la doctrina establecida en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en interpretación del derecho comunitario sin que necesariamente hayan pasado el trámite de amparo por el Tribunal Constitucional nacional, se está facultando a su vez al Tribunal Supremo para dilucidar con más frecuencia sobre dicha materia.

⁴⁴ SSTC 22/1981, 2 julio; 34/1981, 10 noviembre; o 75/1983, 3 agosto.

⁴⁵ Así, por ejemplo, ha señalado recientemente J.M. DÍAZ RODRÍGUEZ, en “Detective privado y sospecha de faltas muy graves cometidas por el trabajador. Comentario a la STS 551/2023, de 12 de septiembre de 2023”, Trabajo y Derecho n° 107/2023 (digital), a propósito de la ya tradicional exigencia -deducida de múltiples resoluciones, pero no exactamente de la Ley de Seguridad Privada- de la sospecha previa de incumplimiento del trabajador para justificar el recurso a la muy invasiva vigilancia con detectives privados por parte de la empresa, que: “Quizás los órganos judiciales en la instancia y en la suplicación han sido víctimas de la proyección desmedida que viene teniendo el omnipresente principio de proporcionalidad, un principio que, habrá que recordar, no puede servir para reelaboraciones judiciales de la normativa vigente ni para ampliaciones ni reducciones de preceptos allí donde su tenor literal es indubitado, teniendo aptitud el citado principio para orientar la interpretación de la ley en un sentido u otro, pero según el margen que deje la norma en cuestión”.

⁴⁶ P. BIGLINO CAMPOS, “De qué hablamos en Europa...”, cit., p.94.

⁴⁷ Analizado en profundidad en A.I. GARCÍA SALAS, *Necesidades empresariales y derechos fundamentales de los trabajadores*, Lex Nova, 2016, pp.64 y ss.

⁴⁸ Como P. CRUZ VILLALÓN, *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006 (2ª edición), pp.176 y ss.; destacando el caso del derecho a la igualdad, “a pesar de no hallarse incluido en la sección primera, como es sabido” (p.178). Asimismo, C. PAZ-ARES y J. ALFARO ÁGUILA-REA., “Un ensayo sobre la libertad de empresa”, en *Estudios homenaje a Díez-Picazo*, Thomson-Civitas, 2003, Tomo IV, p.9; A. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, 1988, pp.70 y ss.; o P. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, 1990, pp.95 y ss. Como afirma J.A. SAGARDOY BENGOCHEA, *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*, Ed. Civitas, 2005, p.21: “la fundamentalidad de los derechos no descansa en su ubicación formal dentro de la Constitución, sino en su configuración constitucional como normas de potencial autodisposición por el titular del derecho y, a la vez, de existencia indisponible por el legislador”.

⁴⁹ Ley 36/2011, de 10 de octubre, BOE 11 octubre 2011.

III. Análisis del impacto europeo en cuestiones de intimidad, secreto de las comunicaciones y protección de datos

14. Sin duda, los límites al control empresarial de los equipos informáticos puestos a disposición de los trabajadores, incluidas las comunicaciones efectuadas a través de ellos, así como aquellos impuestos a los sistemas de videovigilancia, han sido a la par emblemas de una jurisprudencia europea que ha inspirado e influido en la práctica judicial española sobremanera. A ello se suma la normativa europea sobre protección de datos, la cual se ha presentado como un *tsunami jurídico* en nuestra forma interna de entender la materia, tanto a nivel normativo como jurisprudencial; si bien, con anterioridad, esta misma jurisprudencia europea ya tuvo ocasión de “enmendar la plana” a los tribunales españoles, con el único fundamento de nuestra propia LOPD – a lo que enseguida nos referiremos-.

1. Videovigilancia y protección de datos, o cómo el derecho a la intimidad se vio sobrepasado

15. Sucedió en la STEDH 9 enero 2018 (TEDH 2018, 1), *Caso López Ribalda y otros contra España* (conocida como López Ribalda I), en un caso en que una empresa española dio información previa a los trabajadores sobre la instalación de cámaras visibles, pero no informó acerca de las cámaras ocultas que también había instalado, debido a las sospechas de que se estuviesen cometiendo robos con trabajadores implicados. Los tribunales españoles habían venido considerando que una fundada sospecha de hurtos podía justificar la instalación de una cámara oculta destinada específica y estrictamente a descubrirlos⁵⁰. Pero el TEDH puso de manifiesto que los datos visuales obtenidos implicaban un almacenamiento y proceso de datos personales, estrechamente relacionados con la esfera privada de los individuos, apuntando que la legislación española sobre protección de datos ya reconocía el derecho de ser “informado previa y explícitamente, de manera precisa e inequívoca, de la existencia de un archivo con sus datos personales o de que sus datos se van a procesar, el propósito del mismo y de los destinatarios de la información”, entre otros, según señalaba el art.5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), por entonces aún aplicable. Por su parte, el art.3 de la Instrucción n.1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos imponía la colocación de una señal distintiva indicando las áreas bajo vigilancia, y poner a disposición de los trabajadores un documento con la información recogida en el art.5 LOPD.

16. Según la mencionada sentencia, en una situación en la que el derecho a ser informado de la existencia, finalidad y forma de una videovigilancia encubierta -en cuanto implica tratamiento de datos personales- estaba claramente regulada y protegida por la ley española, los demandantes tenían una razonable expectativa de privacidad. Por lo tanto, no se podía compartir la visión de los tribunales nacionales sobre la proporcionalidad de las medidas adoptadas por el empleador con el objetivo legítimo de proteger su interés propio en defensa de sus derechos de propiedad. La videovigilancia llevada a cabo por el empleador, teniendo lugar durante un periodo prolongado, no cumplía con las exigencias del art.5 LOPD, y en particular con la obligación de informar sobre todo lo concerniente a la existencia y particulares características del sistema de recogida de datos personales. El TEDH venía a mostrar, pues, una solución diferente a la sostenida por los tribunales españoles, con fundamento, no ya solo en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, sino en la propia normativa interna de nuestro país.

17. La estricta línea jurisprudencial que dio pie a la sentencia López Ribalda I tenía otra vertiente en España, iniciada por la STC 29/2013, de 11 de febrero –a la que *de facto* avaló la STC 39/2016, de 3 de marzo, aunque matizadamente-, la cual se basaba en que la normativa de protección de datos proscribía incluso la utilización de cámaras visibles para vigilar a los trabajadores si estaban destinadas a una finalidad distinta (por ejemplo, la grabación de los clientes para prevenir y detectar los hurtos llevados a cabo por estos), y así se hubiese informado a los trabajadores. Efectivamente, el art.4.2 LOPD

⁵⁰ STC 186/2000, 10 julio.

prohibía expresamente el uso de los datos para finalidades incompatibles con aquellas que motivaron su recogida. Hablábamos de casos en los que resultaba innegable que, al saber de la existencia de una cámara, los trabajadores eran conscientes de que podían ser grabados. Se trataba de un contrasentido que precisaba ser puntualizado, como después lo ha sido. Aun así, a día de hoy, el hallazgo casual con cámaras de seguridad solo se ha llegado a reconocer por nuestro Tribunal Supremo⁵¹ si la cámara de seguridad detecta algún ilícito cometido por el trabajador relacionado con la seguridad de las personas o las cosas; excluyendo otro tipo de control, como el destinado a comprobar el cumplimiento de sus obligaciones laborales.

18. En este contexto, el recurso a la cámara oculta se antojaba imposible. Es entonces cuando la Gran Sala falla en su STEDH 17 de octubre de 2019 (conocida como López Ribalda II) de una manera trascendental. Examinando la compatibilidad de la videovigilancia encubierta con el respeto a la vida privada proclamado en el art. 8 CEDH, concluye que debe permitirse la cámara oculta ante sospechas fundadas de ilícitos graves⁵², con proporcionalidad estricta de la medida, siempre que se tratara además de espacios públicos y para exclusivo uso de los fines legítimos perseguidos. Se admite que la protección de intereses públicos o privados relevantes pudiera justificar la ausencia de notificación, siempre que fuera unida a la razonabilidad de las sospechas. La influencia de López Ribalda II ha sido una de las más importantes sobre el sistema español de derechos fundamentales; a la vista de la legislación española que ya entonces exigía dicha información previa. Como botón de muestra, la STS de 22 de julio de 2022⁵³, que ya vino a admitir la prueba obtenida a través de videovigilancia sin advertencia previa a una trabajadora de hogar, ante las sospechas fundadas de robo a la persona tetrapléjica a la que cuidaba; caso en el que la vulnerabilidad de la víctima reforzaba el juicio de proporcionalidad de la medida empresarial. Esta misma sentencia se apoyaba, sin que mediara en esta ocasión interpretación previa por el TJUE, en que el art. 8 CDFUE reconoce expresamente, e igualmente de forma autónoma, el derecho a la protección de datos de manera diferenciada del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE; en consonancia con la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional.

19. También se consiguió llegar a un acuerdo entre la jurisprudencia europea y la española sobre otra cuestión que se revelaba como esencial⁵⁴; esto es, si una infracción de la legalidad ordinaria debe tener o no trascendencia constitucional. La STC 186/2000 permitió una infracción del deber de consulta a los representantes previsto en el art.64 ET, y en la STC 39/2016 se hizo lo mismo con el deber de información del art.5 de la LOPD, sin que por ello se afectara la constitucionalidad de la medida de control empresarial. Tampoco el Tribunal Supremo, en la S. de 31 de enero de 2017, antes citada, invalidó por ello una prueba de videovigilancia, a pesar de los defectos informativos alegados por los recurrentes, puesto que “pudieron reclamar a la empresa más información o denunciarla ante la Agencia Española de Protección de Datos, para que la sancionara por las infracciones que hubiese podido cometer”. El Tribunal de Estrasburgo no parecía estar de acuerdo en un principio con esta doctrina, y lo puso de manifiesto en López Ribalda I, llamando la atención, particularmente en este caso respecto a la normativa de protección de datos, sobre la necesidad de que las resoluciones judiciales se dicten atendiendo a lo establecido en la normativa legal. Para López Ribalda II, sin embargo, esto no fue un obstáculo. La Gran Sala comienza recordando que la exigencia de notificación previa disfrutaba de un amplio consenso en la normativa y jurisprudencia de los países europeos, en el sentido de que, si esta falta, las exigencias de otros criterios de licitud han de ser más estrictas. Y a continuación asume la doctrina española, aludiendo

⁵¹ SSTS 77/2017 de 31 enero. RJ 2017\1429, y 817/2021 de 21 julio. RJ 2021\3756.

⁵² Para el Tribunal, “si bien no puede aceptar que la mínima sospecha de robos u otras irregularidades cometidas por los empleados pueda justificar la instalación de un sistema de videovigilancia encubierta por parte del empleador, la existencia de sospechas razonables de que se habían cometido graves irregularidades, y el alcance de los robos constatados en el presente asunto, pueden parecer una justificación seria. Esto es más cierto cuando el buen funcionamiento de la empresa estaba en entredicho no solo por las irregularidades cometidas por un solo empleado, sino por la acción conjunta de varios empleados”.

⁵³ STS 692/2022 de 22 julio. RJ 2022\3159

⁵⁴ Al que ya me refería en A.I. GARCÍA SALAS, “El deber empresarial de informar acerca de la videovigilancia ejercida sobre los trabajadores. Comentario a la STEDH de 9 de enero de 2018”, *Revista de Información Laboral*, nº 2, pp. 117-147.

a que el derecho interno ofrecía a las demandantes otros recursos, previstos por la Ley de Protección de Datos, específicamente destinados a sancionar el incumplimiento de la ley, o incluso acudiendo ante los tribunales ordinarios para reclamar una indemnización por la presunta violación de sus derechos legales. En definitiva, se concluye que el derecho interno ofrecía otros recursos que las partes interesadas optaron por no adoptar, no solo de derecho laboral, sino también de derecho civil, administrativo o penal. Por todo ello, el Tribunal resuelve que las autoridades nacionales no incumplieron sus obligaciones positivas en virtud del artículo 8 CEDH.

20. Aunque buena parte de los pronunciamientos jurisprudenciales españoles y europeos se han basado en este tiempo en la ya derogada Ley Orgánica 15/1999, resultaba innegable la necesidad de actualizar una norma sobrepasada y carente de mención a algunos temas que ya hoy son una realidad consolidada. La reforma legislativa fue operada por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD), la cual vino asimismo a adaptar el ordenamiento jurídico español al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos⁵⁵ (Reglamento General de Protección de Datos), y completar sus disposiciones (según señala el art.1.a) LOPDGDD). La eficacia directa del RGPD⁵⁶ implica particularmente que la LOPDGDD no sea una ley que regule al completo el derecho fundamental a la protección de datos, sino solo aquello que resulte necesario adaptar al derecho español. De este modo, el RGPD sigue regulando el citado derecho fundamental, al alimón con nuestra nueva Ley. Es más, a propósito de otro derecho fundamental igualmente contenido en el art. 18.1 CE, como es la captación y difusión de imágenes del trabajador, recientemente la STJUE de 30 de marzo de 2023⁵⁷ ha considerado que, siendo que la difusión en directo por videoconferencia de las clases de enseñanza escolar pública está comprendida dentro del ámbito de aplicación del RGPD en el sentido en que afecta la labor de los docentes, la aplicación de disposiciones nacionales adoptadas para garantizar la protección de los derechos y libertades de los trabajadores, en cuanto se refiere al tratamiento de sus datos personales en el ámbito laboral, deberá excluirse cuando esas disposiciones no respeten las condiciones y los límites establecidos por el Reglamento, no debiendo entenderse dicha normativa nacional en ese caso como una «norma más específica»⁵⁸, tal y como la define el art. 88.1 RGPD⁵⁹. Como señalaron GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y MERCADER UGUINA: “El RGPD ofrece, pues, a los Estados

⁵⁵ DOUE 4 mayo 2016.

⁵⁶ Como reconoce la propia Exposición de Motivos de la Ley, lo que el Reglamento general de protección de datos (RGPD) ha pretendido, con su eficacia directa, sin necesidad de transposición al ordenamiento interno, ha sido superar los obstáculos que impidieron la finalidad armonizadora de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos. La transposición de la Directiva por los Estados miembros se había plasmado en un mosaico normativo con perfiles irregulares en el conjunto de la Unión Europea, conduciendo a diferencias apreciables en la protección de los derechos de los ciudadanos.

⁵⁷ *Hauptpersonalrat der Lehrerinnen und Lehrer beim Hessischen Kultusministerium*, C-34/21.

⁵⁸ Dice la STJUE que “para poder ser calificada de «norma más específica» en el sentido del artículo 88, apartado 1, del RGPD, una norma jurídica debe cumplir las condiciones establecidas en el apartado 2 de dicho artículo. Además de tener un contenido normativo propio del ámbito regulado y distinto de las normas generales de dicho Reglamento, estas normas más específicas deben tener por objeto la protección de los derechos y libertades de los trabajadores en relación con el tratamiento de sus datos personales en el ámbito laboral e incluir medidas adecuadas y específicas destinadas a proteger la dignidad humana, los intereses legítimos y los derechos fundamentales de los interesados. Debe prestarse especial atención a la transparencia del tratamiento, a la transferencia de los datos personales dentro de un grupo empresarial o de una unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta y a los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo”.

⁵⁹ Dentro del capítulo IX del RGPD, titulado «Disposiciones relativas a situaciones específicas de tratamiento», su artículo 88.1, relativo al «Tratamiento en el ámbito laboral», establece: “Los Estados miembros podrán, a través de disposiciones legislativas o de convenios colectivos, establecer normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral, en particular a efectos de contratación de personal, ejecución del contrato laboral, incluido el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley o por el convenio colectivo, gestión, planificación y organización del trabajo, igualdad y diversidad en el lugar de trabajo, salud y seguridad en el trabajo, protección de los bienes de empleadores o clientes, así como a efectos del ejercicio y disfrute, individual o colectivo, de los derechos y prestaciones relacionados con el empleo y a efectos de la extinción de la relación laboral”.

miembros y a los agentes sociales la posibilidad de establecer normas que sean más estrictas o prevean alguna excepción a la normativa general de protección de datos. Se abre así un margen de flexibilidad en cuanto a la manera de aplicar esas disposiciones a través de lo que se viene denominando “cláusulas de apertura”⁶⁰.

21. Como ya he comentado en alguna ocasión⁶¹, la nueva regulación, más centrada en el control tecnológico y el uso de dispositivos informáticos y digitales en el ámbito laboral en general, vino a codificar el consenso ya existente sobre algunos de los puntos básicos en que se sustenta la actividad de videovigilancia tras la anterior situación de anomia, así como todas las cuestiones de intimidación relacionadas con el control del trabajador por el empresario a través de las nuevas tecnologías, que han terminado siendo irremediamente analizadas bajo el prisma de la *vis* expansiva de la normativa de protección de datos, sin vuelta atrás. Lo he llegado a calificar como “golpe en la mesa”, tras una sucesión de argumentos y contraargumentos jurisprudenciales, incluso a través de numerosos votos particulares, a favor y en contra de aplicar los principios de la protección de datos a la videovigilancia en los lugares de trabajo. No obstante, la nueva normativa no ha sido inmune a todo el derecho anteriormente generado.

22. Tal es así que, cuando el art. 22.5. p.2º del Proyecto de Ley de Protección de Datos decía que, ante el supuesto de que las imágenes hubieran captado la comisión flagrante de un delito, “la ausencia de la información a la que se refiere el apartado anterior no privará de valor probatorio a las imágenes, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran derivarse de dicha ausencia”, se producía un alejamiento tal de la línea europea de los pronunciamientos del TEDH en los casos “Köpke v. Alemania”, de 5 de octubre de 2010, y “López Ribalda y otros v. España”, de 9 de enero de 2018 (para las que solo era posible el tratamiento de las imágenes si existía, cuando menos, una previa información genérica a la que hubiera podido tener acceso el empleado), que se creyó necesario reemplazar en la versión definitiva el texto en el que dicha información no se requería forzosamente⁶². Lo llegué a calificar de posible error técnico⁶³, pues la jurisprudencia europea se había posicionado precisamente en este sentido a la vista de cuál era nuestra regulación interna sobre protección de datos, y una vez que el tratamiento de datos había ido ampliando exponencialmente su ámbito de aplicación en los últimos tiempos. No era necesario, pues, incluir en una nueva ley el requisito de información previa en todos los casos; ni imprescindible era hacer seguidismo de una jurisprudencia europea que no había hecho más que resolver interpretando

⁶⁰ “Ello es así porque, si bien el RGPD pretende garantizar una aplicación coherente y homogénea de las normas de protección en el conjunto de la Unión y eliminar los obstáculos a la circulación de datos personales en el seno de esta, el legislador europeo no ha podido dejar de reconocer, como señaló el abogado general Richard de la Tour, que la realidad resulta más compleja: el RGPD no podía anticiparse, pese a su transversalidad, a todas las ramificaciones posibles de la protección de datos personales en ámbitos como el del trabajo (Conclusiones en el asunto Meta Platforms Ireland). No obstante, dicha flexibilización posee el riesgo de producir un efecto “desarmonizador” de la protección de datos personales. Ello explica que el RGPD establezca las exigencias reforzadas para su establecimiento (...). Es pues, insuficiente, a efectos del artículo 88 RGPD, la mera autodeclaración de un precepto legal como fundamento del tratamiento (...). La moraleja de la sentencia parece clara: una intervención normativa (o convencional) en materia de protección de datos impone, paralelamente, un sistema reforzado de garantías. La ausencia de esos mecanismos tutelares hace ineficaz la regulación resultante y obligan a aplicar, en la medida en que resulte posible, el régimen general establecido en el RGPD”. (I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA, “Previsiones legales o convencionales de tratamiento de datos personales más allá del RGPD, a propósito de la STJUE de 30 de marzo de 2023, asunto C-34/21”, Revista Española de Derecho del Trabajo nº 263/2023 (versión digital).

⁶¹ A.I. GARCÍA SALAS, “Videovigilancia y control empresarial del trabajador. Su regulación en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos”, en Tiempos de reformas laborales: En busca de la competitividad empresarial y la cohesión social (Dir. J.R. Mercader Uguina y A. de la Puebla Pinilla), Tirant lo Blanch, 2019, p.539.

⁶² El actual art.89.1 *in fine* LOPDGDD recoge el texto que hoy es aplicable: “En el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados públicos se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el artículo 22.4 de esta ley orgánica”. Se obliga, pues, a que también haya información previa en este tipo de supuestos; bastando, eso sí, que existiera tal dispositivo informativo. Dice el art.22.4 LOPDGDD que “El deber de información previsto en el artículo 12 del Reglamento (UE) 2016/679 se entenderá cumplido mediante la colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679”.

⁶³ A.I. GARCÍA SALAS, “Videovigilancia y control empresarial...”, cit., p. 554.

fundamentalmente la normativa española vigente en ese momento, ante el desconocimiento puesto de manifiesto por buena parte de los tribunales españoles. En consecuencia, el legislador español habría sido plenamente competente para establecer una regulación diferente, que evitara ciertos efectos distorsionadores, relacionados fundamentalmente con razones de seguridad, que posteriormente han tenido que ser convenientemente reorganizados nuevamente por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo -como ya se comentó-, en connivencia con la jurisprudencia europea posterior.

2. El derecho al secreto de las comunicaciones a vueltas con el deber empresarial de información previa.

23. Particularmente destacable en el tema que nos ocupa es la consideración de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, cuyo titular es la persona que efectúa la comunicación, no el dueño del soporte a través del que se realiza. En este sentido, la justicia europea ya vino a reconocer que, además del contenido de la comunicación que realiza el trabajador, aunque no se intercepten comunicaciones, el objeto de protección del derecho también alcanza la identidad subjetiva de los interlocutores, y que solo pertenecen a los propios interlocutores; por lo que, si se comprobó el número de llamadas y su destinatario o las bandejas de entrada y salida de los correos electrónicos, se podría estar afectando también al derecho al secreto de las comunicaciones⁶⁴.

24. Para nuestra STS de 6 de octubre de 2011⁶⁵ (tras años protegiéndose con especial celo la expectativa de confidencialidad del trabajador, en sentencias como la STS de 26 de septiembre de 2007⁶⁶), la prohibición absoluta de un uso privado de los sistemas de comunicación de la empresa, aun sin información previa sobre los medios de control del cumplimiento de esta prohibición, se consideró suficientemente preservadora de la expectativa de confidencialidad del trabajador en el contexto de un uso ilícito. Esta doctrina imperó en nuestra jurisprudencia constitucional y en la del TEDH durante más de un lustro. Así, en la STC 170/2013, de 7 de octubre, no se apreció vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones en el ámbito de las relaciones laborales por el acceso de la empresa a los ficheros informáticos en que quedaban registrados los correos privados del trabajador, al haberse producido un incumplimiento de la prohibición expresa del uso extralaboral del mismo que llevaba implícita la facultad de la empresa de controlar su utilización. Y ello a pesar de que constituía una importante particularidad respecto a los supuestos enjuiciados en algunos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los que la apreciación, a la vista de las circunstancias, de que el trabajador no estaba advertido de la posibilidad de que sus comunicaciones pudieran ser objeto de seguimiento por la empresa, llevó a admitir que dicho trabajador podía razonablemente confiar en el carácter privado de las llamadas efectuadas desde el teléfono del trabajo o, igualmente, en el uso del correo electrónico y la navegación por Internet⁶⁷. Pero precisamente el TEDH, en la famosa sentencia *Barbulescu I*⁶⁸, reconoció también la posibilidad de que una empresa controlara los mensajes de sus trabajadores en un servicio de mensajería instantánea profesional a través de Internet, en un caso en que la empresa igualmente había prohibido expresamente el uso de los medios de comunicación para fines personales⁶⁹. Al haber negado el trabajador en un primer momento que hubiera existido uso privado, se entendió que la empresa no podría esperar encontrar ninguna información íntima del trabajador en sus auditorías.

⁶⁴ Por todas, las SSTC 114/1984, 29 noviembre; 123/2002, 20 mayo; 56/2003, 24 marzo; y, en especial, la STC 230/2007, 5 noviembre, o las SSTEDH 2 agosto 1984 (caso *Malone c. Reino Unido*), y 3 abril 2007 (caso *Copland c. Reino Unido*).

⁶⁵ RJ 2011\7699.

⁶⁶ RJ 2007\7514.

⁶⁷ STEDH 25 junio 1997 (caso *Halford c. Reino Unido*) y 3 abril 2007 (caso *Copland c. Reino Unido*).

⁶⁸ STEDH 12 enero 2016 (Caso de *Barbulescu vs. Rumania*).

⁶⁹ El caso en cuestión llegó al TEDH después de que el ingeniero rumano Bogdan Mihai Barbulescu fuese despedido de la empresa en la que trabajaba, tras descubrirse que Barbulescu no sólo utilizaba Yahoo Messenger para hablar con sus contactos profesionales, sino también con sus familiares.

25. La nueva normativa europea sobre protección de datos aparecida poco después, y a la que ya hemos hecho referencia, así como la resolución de la Gran Sala en la STEDH 5 septiembre 2017 (conocida como *Barbulescu II*), enmendando *Barbulescu I* a partir de un voto particular a esta última, pusieron el énfasis en el deber de informar, exigiendo de manera más estricta un necesario aviso previo de monitorización del trabajador⁷⁰, así como otros requisitos conocidos como el *test barbulescu*: 1) transparencia (con información previa sobre la medida de control, sin que valieran solo las advertencias), juicio de proporcionalidad (con límites al control y monitorización de todas las conversaciones), interés legítimo suficiente (por acto ilícito del trabajador o riesgo grave), la búsqueda de métodos menos invasivos (como evitar conexiones), así como el uso de los datos para el fin legítimo declarado.

26. Los autores españoles interpretaron que el gran avance de *Barbulescu II* se plasmaba en la importancia que, en su fundamentación, se otorgaba a la protección de datos, como muestra de que, como se decía, “la protección de datos lentamente comienza a ocupar los espacios de la privacidad imponiendo sus principios de actuación mucho más exigentes y rigurosos que lo[s] que habían servido hasta ahora para limitar el derecho a la intimidad”⁷¹. No obstante, en pronunciamientos más recientes, como los analizados en *López Ribalda II* y también en la STEDH 22 febrero 2018 (caso *Libert contra Francia*), el TEDH ha matizado o reinterpretado cuestiones que en *Barbulescu II* parecían asentadas.

27. Pero no solo eso. Ha de subrayarse cómo la jurisprudencia española, en sentencias como la STS 119/2018 de 8 febrero⁷² (que no pudo observar la STEDH 5/9/2017 en todo su procedimiento, pero sí hizo referencia a ella), seguida por otras más recientes, como la STSJ Castilla-La Mancha, 515/2021 de 25 marzo⁷³, volvieron sin pudor a aplicar la doctrina de la STC 170/2013, buscando a la vez la conexión con *Barbulescu II*, a la que afirmaban no contradecir. Y ciertamente, de la lectura de los razonamientos utilizados por el TEDH en el asunto «*Barbulescu*» se desprende que su resolución estriba en la ponderación de los intereses en juego, al objeto de alcanzar un justo equilibrio entre el derecho del trabajador al respeto de su vida privada y de su correspondencia y los intereses de la empresa empleadora. Y al efecto son decisivos factores como a) el grado de intromisión del empresario; b) la concurrencia de legítima razón empresarial justificativa de la monitorización; c) la inexistencia o existencia de medios menos intrusivos para la consecución del mismo objetivo; d) el destino dado por la empresa al resultado del control; e) la previsión de garantías para el trabajador. Para nuestros tribunales, tales consideraciones del Tribunal Europeo nada sustancial añaden a nuestra doctrina tradicional, que se reconduce básicamente a los tres sucesivos juicios de «idoneidad», «necesidad» y «proporcionalidad» requeridos por el TC. Sin embargo, no se aclara por la jurisprudencia española por qué admite en sus resoluciones que no haya una advertencia clara en cuanto a la supervisión que se hará al trabajador (conforme al art.8 del CEDH), cuando eso es algo en lo que incidía *Barbulescu II*, reprochando que, aunque la empresa había prohibido el uso personal de los medios corporativos, no había advertido del alcance del control empresarial, ni de la posibilidad de acceder a los *chats* sin consentimiento del interesado, por lo que el trabajador consideraba que su cuenta era personal. En mi opinión, la línea de las resoluciones del Tribunal Supremo español no se ajusta cabalmente a la doctrina de *Barbulescu II*, sentencia de referencia en materia de intimidad y secreto de las comunicaciones; si bien, esta doctrina española, más laxa con el deber de información, sí resultaría probablemente avalada por la enmienda a la totalidad que supuso *López Ribalda II*. La falta de una total sintonía en los argumentos de ambos pronunciamientos emanados del TEDH, sobre materias no absolutamente coincidentes, pero sí con múltiples conexiones, da como resultado curiosamente un margen más amplio para que el tribunal nacional maniobre, sin que pueda ser tildado de haber contravenido la doctrina judicial europea.

⁷⁰ Aunque fuera a través de manuales internos (como se reconoció en el asunto *Libert*, 2018).

⁷¹ I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J. R. MERCADER UGUINA, “La protección de datos se come a la intimidad: la doctrina de la sentencia del tribunal europeo de derechos humanos de 5 de septiembre de 2017 (caso *Barbulescu v. Rumanía*; n.º 61496/08; Gran Sala)”, *Revista de Información Laboral*, n.º 10, p. 10.

⁷² RJ 2018\666.

⁷³ AS 2021\1241.

IV. Análisis del impacto europeo en cuestiones de libertad religiosa y de conciencia

I. Manifestaciones y símbolos religiosos en los lugares de trabajo ante una pretendida neutralidad del empleador

28. Puede afirmarse que el TJUE ha asumido recientemente un papel protagonista en un tema tan controvertido en una Europa globalizada, que convive desde hace décadas con un fenómeno migratorio bastante notable. Para empezar, en materia de libertad religiosa, y dada la íntima conexión entre el art. 10 CDFUE y el art. 9 CEDH, el TJUE⁷⁴ ha recurrido en varias ocasiones a la distinción entre *forum internum* (el hecho de tener convicciones) y *forum externum* (la manifestación pública de la fe religiosa), siguiendo al TEDH⁷⁵ y a nuestro propio TC⁷⁶. Siendo irrelevantes en su esfera interna, la exteriorización de estas libertades íntimas sí tiene consecuencias jurídicas. La dimensión externa de la libertad religiosa se traduce, según nuestro Tribunal Constitucional, “en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso”⁷⁷. Pero cuando se trata del ejercicio de prácticas religiosas, no se garantiza siempre y en toda circunstancia el derecho de actuar y comportarse en el espacio público según las mismas. Así, siendo que el art. 10.1 CDFUE se limita a reconocer “la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos”, el art. 16.1 CE ya “garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”; mientras que el art. 9.2 CEDH incorpora más elementos cuando afirma que “La libertad de manifestar su religión o convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de derechos o las libertades de los demás”.

29. Y esta es la línea en la que nuestro Tribunal Constitucional, en relación con el derecho fundamental recogido en el art. 16 CE, no exige a la empresa que garantice el cumplimiento de sus deberes religiosos cuando deba llevar a cabo adaptaciones; al menos, debe entenderse al amparo del art. 9.2 CEDH, cuando le causen un trastorno o perjuicio desproporcionado o directamente cuando fuera incompatible con la prestación a realizar (por razones de seguridad y salud en el trabajo⁷⁸ o porque no permitiera, por ejemplo, que un trabajador fuera identificado en caso necesario), “que es algo sustancialmente bien distinto de una actuación coercitiva impeditiva de la práctica religiosa”⁷⁹.

30. Cuestión diferenciada es que el comportamiento del trabajador o los símbolos religiosos que aquel portase comprometiera la imagen de la empresa. Ello es muy evidente en organizaciones y empresas de tendencia, como entidades que legítimamente se constituyen en difusoras de una cierta ideología o creencia, siendo los trabajadores instrumentos de dicha finalidad⁸⁰. En España, especialmente llamativo ha sido el caso de la vida privada de los profesores de religión, pues su testimonio personal constituye para la comunidad religiosa un componente definitorio de su credo, pero cuya idoneidad por decisión eclesial no puede prevalecer, a juicio de nuestro Tribunal Constitucional, sobre el derecho a elegir libremente (dentro

⁷⁴ STJUE 14 marzo 2017, *G4S Secure Solutions*, C-157/15 y STJUE 28 noviembre 2023, *OP y Commune d’Ans*, C-148/22.

⁷⁵ Entre otras, Sentencias del TEDH 25 mayo 1993 (caso Kokkinakis contra Grecia), 16 octubre 2000 (caso Hassan y Tchaouch contra Bulgaria) y 4 diciembre 2008 (caso Dogru contra Francia).

⁷⁶ STC 19/1985, 13 febrero.

⁷⁷ STC 46/2001, 15 febrero.

⁷⁸ Ver también la STEDH 4 diciembre 2008, cit.

⁷⁹ STC 19/1985.

⁸⁰ Recuérdese además que el art. 4 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, permite que cualquier empresario discrimine a sus trabajadores por razón de religión o creencia cuando tal característica pueda ser considerada un requisito profesional esencial y determinante del puesto de trabajo atendiendo a la naturaleza de la actividad profesional de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.

del respeto a las reglas de orden público interno español) su estado civil y la persona con la que desea contraer matrimonio, opción estrechamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana (art. 10.1 CE), constituyendo una vulneración de los derechos a no sufrir discriminación por razón de las circunstancias personales, a la libertad ideológica, en conexión con el derecho a contraer matrimonio en la forma legalmente establecida, y a la intimidad personal y familiar⁸¹. Sobre el poder de control de las conductas extralaborales que afecten a tareas ideológicamente fuertes, puede destacarse a nivel europeo la STJUE 11 septiembre 2018, C-68/17, en un supuesto de hospital católico que despide a un médico de religión católica con responsabilidades directivas por contraer civilmente un segundo matrimonio. En este caso, el TJ, dentro del marco de la Directiva 2000/78/CE, que prohíbe la discriminación por motivos de religión o convicciones con excepción de las actividades profesionales de iglesias u otras organizaciones cuya ética se base en la religión o las convicciones (art. 4.2), sí consideró la vulneración de derechos fundamentales, pues la adhesión a este aspecto de la ética del hospital no era exigida a otros trabajadores, no católicos, situados en puestos de responsabilidad médica análogos al ocupado por el demandante. Entiende el Tribunal que su comportamiento extralaboral no era, pues, un requisito esencial y determinante. En ambos casos, sin dejar de reconocer el contexto excepcional en el que estas relaciones laborales se enmarcan, estamos ante una corrección de conductas en estricta aplicación de la necesaria ponderación de derechos que debe evitar un sacrificio desproporcionado y/o gratuito del trabajador.

31. En cambio, en las empresas e instituciones no declaradas de tendencia, los parámetros de ponderación son algo distintos, y ciertas reticencias en el plano ideológico o religioso en relación con determinadas conductas de sus empleados han generado más dudas aún sobre la posible vulneración del derecho fundamental a la libertad religiosa de estos, finalmente resueltas en dos sentencias clave por la Jurisprudencia europea; para la que, más allá de la natural tolerancia ante una pluralidad de ideologías o creencias dentro de la organización, constituye también una finalidad legítima para un empresario privado ofrecer una imagen neutra ante sus clientes, lo cual estaría vinculado a la libertad de empresa, particularmente cuando los trabajadores van a estar en contacto con los clientes⁸². Para algún autor, “las sentencias y decisiones del TEDH sobre simbología religiosa permitían establecer una comparación entre estas dos sentencias y las del TEDH, aventurando la posibilidad de un «forum shopping» de los europeos para lograr una mejor protección de sus derechos”⁸³. Y es que, del modelo que se ha querido instaurar a nivel jurisprudencial europeo en materia de derechos fundamentales, en el que la CDFUE y su interpretación por el TJUE no se ha planteado como una sustitución del modelo anterior donde el TEDH era el gran protagonista, puede extraerse una interesante conclusión: ante la diversidad de reglas y competencias jurisdiccionales, está permitido acogerse a la jurisdicción que pueda emitir una sentencia más favorable a los intereses de cada cual. La doctrina extraída en cada caso de los citados tribunales cuenta con una especial repercusión en España, no solo por la obligada observancia de la jurisprudencia europea, sino particularmente porque tampoco tenemos una normativa interna actualizada sobre temas religiosos⁸⁴.

32. En este sentido, ha declarado el TJUE que una norma interna de una empresa que prohíbe llevar signos visibles de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo, con el objetivo de garantizar un régimen de neutralidad en el seno de dicha empresa, solo puede justificarse si esa prohibición cubre toda forma visible de expresión de las convicciones políticas, filosóficas o religiosas,

⁸¹ STC 51/2011, 14 abril, seguida por la STS 799/2021, 20 julio.

⁸² STJUE 14 marzo 2017, cit., y STJUE 15 julio 2021, *WABE y MH Müller Handel*, C-804/18 y C-341/19. Para R. PALOMINO LOZANO, “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea frente a la religión y las creencias”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 65, 2020, p.53, esta doctrina del TJUE parece “dar carta de naturaleza a una contradicción interna. Por un lado, los Estados y las empresas europeas no se oponen a que la gente exprese sus creencias religiosas, pero, por otro, reclaman de forma creciente a los individuos que restrinjan su libertad a la iglesia y a sus hogares”.

⁸³ R. PALOMINO LOZANO, “El Tribunal de Justicia...”, cit., p.53.

⁸⁴ El derecho constitucionalmente consagrado a la libertad religiosa fue objeto de desarrollo a través de la Ley Orgánica 7/1980 de 5 de julio, de Libertad Religiosa, *BOE* 24 julio 1980; una norma con más de 40 años, que a punto estuvo de ser sustituida por una virtual Ley de Libertad Religiosa y de Conciencia, para abordar con más detalle una serie de temas, como el que hoy nos ocupa, no regulados expresamente en la ley vigente, pero cuya aprobación quedó aparcada con la llegada de la crisis económica en 2008.

de forma general e indiferenciada⁸⁵. Vuelve el TJUE a manejar el mismo criterio igualitario que en el caso del médico del hospital católico de la STJUE 11/9/2018, antes comentado. En idéntico sentido, la STJUE (Gran Sala) de 28 de noviembre de 2023 (cit.) ha aplicado dichos criterios por primera vez a un lugar de trabajo dentro de las Administraciones Públicas, avalando asimismo que puedan prohibir a sus empleados que lleven en el trabajo símbolos religiosos visibles, “teniendo en cuenta el contexto que le es propio, un entorno administrativo totalmente neutro, siempre que dicha norma sea adecuada, necesaria y proporcionada, a la luz de ese contexto y habida cuenta de los diferentes derechos e intereses en juego”. De la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se desprende también que la imposición de laicidad en la vestimenta, en virtud de la neutralidad que debe emanar de los servicios públicos, tampoco viola el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁸⁶; lo cual ha sido especialmente criticado, en tanto en cuanto la neutralidad no aparece como uno de los elementos que hacen legítima la restricción del disfrute de la libertad religiosa conforme al art.9.2 CEDH, por lo que más que de neutralidad hacia la religión, podría hablarse de exclusión del hecho religioso⁸⁷. El Tribunal constata que “en una sociedad democrática, en la que coexisten varias religiones dentro de la población, puede resultar necesario limitar la libertad con el fin de conciliar los intereses de diversos grupos y asegurar el respeto de las convicciones de cada uno”. Puede añadirse que el art. 9.2 CEDH sí establece como limitación “la protección de derechos o las libertades de los demás”.

33. Siendo que el principio de neutralidad de los poderes públicos ha sido igualmente avalado por nuestro Tribunal Constitucional (STC 101/2004, de 2 de junio), permite la citada STJUE de 28 de noviembre de 2023 (apartado 33) que cada Estado miembro o administración competente establezca el margen de apreciación en la concepción de la neutralidad del servicio público que aquel pretenda promover en el lugar de trabajo. No obstante, el margen de apreciación que se reconoce a los Estados miembros y, en su caso, a sus entidades infraestatales, a falta de consenso en el ámbito de la Unión, debe ir acompañado, a juicio del TJUE, de un control por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales y de la Unión, que consista fundamentalmente en comprobar si las medidas adoptadas, según los casos, a nivel nacional, regional o local están en principio justificadas y si son proporcionadas. Tampoco la jurisprudencia española ha apostado por un ejercicio arbitrario de esta pretendida neutralidad empresarial. Ha de recordarse que, según nuestro Tribunal Constitucional (STC 52/1995, de 23 de febrero), la restricción del ejercicio de derechos fundamentales necesita encontrar una causa específica y el hecho o la razón que la justifique debe explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó, siendo la motivación «un riguroso requisito del acto del sacrificio de los derechos».

34. El objetivo de «neutralidad exclusiva» debe perseguirse de forma congruente y sistemática, y la prohibición de llevar cualquier signo visible de convicciones debería limitarse a lo estrictamente necesario. En el caso de la STJUE de 28 de noviembre de 2023, la trabajadora no tenía prácticamente ningún contacto con los usuarios del servicio, pero se le prohibió igualmente, pues el reglamento de trabajo aprobado por el Ayuntamiento en cuestión afectaba tanto en los contactos con el público como en las relaciones con superiores jerárquicos y compañeros de trabajo. Lejos de exigir a la empresa el cumplimiento de un deber de acomodación razonable a la situación o particularidades del trabajador -siempre que no le generara a aquella un perjuicio desproporcionado-, el TJUE hace prevalecer la neutralidad religiosa de la Administración, aun no habiendo contacto con el público, lo cual hace dudar de su estricta necesidad; salvo que el TJUE quiera entender que, estén o no en contacto con los usuarios del servicio público o estén en contacto entre ellos, el hecho de que el trabajador lleve cualquier signo, incluso pequeño, pone en peligro la aptitud de la medida para alcanzar la finalidad supuestamente perseguida, así como la propia congruencia de ese régimen⁸⁸.

⁸⁵ SSTJUE 14 marzo 2017, *Asma Bougnaoui*, C-188/15, y 15 julio 2021, *IX y WABE eV* (C-804/18), y entre

MH Müller Handels GmbH y MJ (C-341/19).

⁸⁶ Entre otras, la STEDH 29 junio 2004 (caso Leyla Şahin).

⁸⁷ R. PALOMINO LOZANO, “El Tribunal de Justicia...”, cit., p.52.

⁸⁸ E. ROJO TORRECILLA, “Posible neutralidad religiosa en la Administración Pública. El TJUE la admite, y deja a los tribunales nacionales que valoren las circunstancias concretas en cada caso. Notas a la sentencia de 28 de noviembre de 2023 (asunto

35. Finalmente, dado que estas prohibiciones afectan mayoritariamente a mujeres trabajadoras -pudiendo constituir una discriminación indirecta por razón de sexo-, y más frecuentemente a mujeres inmigrantes -pudiendo generar igualmente una discriminación por motivo de origen étnico-, en el marco de nuestra Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE 13 julio 2022), nos encontraríamos ante lo que se denomina discriminación múltiple o interseccional (art. 6.3). No obstante, en esta ocasión, el TJUE descarta analizar la controversia desde la perspectiva de género, e insiste (como ya hiciera anteriormente) en que la medida o norma analizada no es discriminatoria si se aplica de forma “general e indiferenciada” a todo el personal. De poco nos serviría acudir en este caso al TEDH, el cual no ha utilizado apenas el concepto de discriminación indirecta por razón de sexo⁸⁹; lo que coincide con el hecho de que el 14 CEDH no recoja este concepto, más extendido en el Derecho comunitario, y en el español, por supuesto. Otra cuestión, podemos pensar, es que pudiera hablarse de una discriminación hacia trabajadores o trabajadoras creyentes frente a no creyentes⁹⁰; si bien es cierto que el art. 1 de la Directiva 2000/78 cita en un mismo plano la «religión» y las «convicciones», al igual que lo hacen el artículo 19 TFUE y el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

2. La libertad de conciencia del trabajador medida en función del interés general.

36. La objeción de conciencia trae causa de la denominada libertad de conciencia, que fue integrada en la libertad ideológica y religiosa reconocida en el art. 16.1 CE por la STC 53/1985, de 11 de abril, referida a los sanitarios que debían practicar un aborto. Aun cuando ni la Constitución ni ley alguna contenían su reconocimiento, la citada sentencia dictaminó que el derecho a la objeción de conciencia “existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación”. Ahora bien, es claro que la objeción de conciencia es un mecanismo de protección de la libertad ideológica y religiosa “que permite el incumplimiento de obligaciones por razón de conciencia”⁹¹, pudiendo llegar a socavar los propios cimientos de un Estado de Derecho donde la eficacia de las normas jurídicas dependiera de su conformidad con cada conciencia individual⁹². Es por ello que, posteriormente, la STC 160/1987, de 27 de octubre, entre otras, reconociera en la objeción de conciencia un derecho constitucional autónomo, pero no fundamental, correspondiendo al legislador regularlo por ley ordinaria «con las debidas garantías» para el objetor y para la defensa del bien constitucional afectado por su incumplimiento.

37. A nivel europeo, el art. 10.2 CDFUE reconoce el derecho a la objeción de conciencia -sin desarrollo jurisprudencial por parte del TJUE-, pero de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio; de manera que también es reconocido como un derecho de configuración legal. Por su parte, ha sido el TEDH el que más frecuentemente se ha pronunciado sobre estos temas; en concreto, en su Decisión de 2 de octubre de 2001 (caso Pichon y Sajous c. Francia), y en línea con la doctrina del Tribunal Constitucional español hasta ese momento, ya rechazó considerar como parte de la libertad de pensamiento, conciencia y religión del art. 9 CEDH el derecho a incumplir, por motivos religiosos, deberes prescritos legalmente. Ante la queja de unos farmacéuticos franceses, obligados a vender la píldora anticonceptiva en contra de sus convicciones, el TEDH constató que se trataba de un producto legal dispensado con receta médica única y obligatoriamente en las farmacias, por lo que no estaba justificada

C-148/22)”, en su blog *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/search?updated-max=2023-12-04T06:10:00%2B01:00&max-results=5&start=4&by-date=false>

⁸⁹ E. CARMONA CUENCA, “Los principales hitos jurisprudenciales del tribunal europeo de derechos humanos en materia de igualdad de género”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, p.321.

⁹⁰ Como ya he reflexionado en A.I. GARCÍA SALAS, “Símbolos religiosos en los lugares de trabajo de las Administraciones Públicas: criterios marcados por el TJUE”, *Blog El Foro de Labos*, 14/12/2023. <https://www.elforodelabos.es/2023/12/simbolos-religiosos-en-los-lugares-de-trabajo-de-las-administraciones-publicas-criterios-marcados-por-el-tjue/>

⁹¹ Ver M.I. GARRIDO GÓMEZ, “En torno a la libertad ideológica y la objeción de conciencia”, en *Libertad ideológica y objeción de conciencia* (M.I. GARRIDO GÓMEZ y M.C. BARRANCO AVILÉS), Ed. Dykinson, 2011, p.19.

⁹² Como posteriormente recordó también la STS (Contencioso administrativo) de 11 de febrero de 2009 (Rec. 1013/2008).

su oposición a dicha venta en virtud de unas convicciones o creencias que pueden ejercer de múltiples maneras fuera de la esfera profesional. Porque nos podemos preguntar qué pasaría con los derechos de los ciudadanos en general si ningún médico practicara un aborto o si ningún farmacéutico dispensara la píldora del día después, que son considerados conflictos de conciencia con relevancia constitucional.

38. Sin embargo, todo ello no fue óbice para que, en el marco de su actuar discrecional, el Tribunal Constitucional, en STC 145/2015, de 25 de junio otorgara el amparo, no sin polémica, a un farmacéutico español que fue sancionado por no dispensar la llamada “píldora del día después”, aportando nuevas vías de interpretación; pues, de la ubicación de la farmacia en el centro urbano de la ciudad, deduce la disponibilidad de otras oficinas de farmacia relativamente cercanas, que no ponían “en peligro” el derecho de la mujer “a acceder a los medicamentos anticonceptivos”. Además de aportar este matiz del interés general no vulnerado (apoyándose en el articulado de la entonces vigente Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE 4 marzo 2010), que entonces como ahora no permite “que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia”), ha de observarse que el fallo vuelve a habilitar a una resolución judicial, como lo fue la STC 53/1985, en una suerte de apoyo jurídico-normativo -entendido en sentido amplio- del ejercicio de la objeción de conciencia sin base legal. De hecho, hasta su reconocimiento expreso por el art. 19.2 de la Ley Orgánica 2/2010 (ahora art. 19 bis LO 1/2023, de 28 de febrero⁹³), se ha venido admitiendo el derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo. Ello no incluiría obviamente a los farmacéuticos (desde una perspectiva jurídica, la dispensación de medicamentos anticonceptivos en farmacias no es comparable con una práctica abortiva), cuya objeción de conciencia seguirá judicializada.

V. Análisis del impacto en temas de igualdad y no discriminación

1. Las diferencias retributivas por razón de sexo y su extensión a las prestaciones sociales

39. El tema de la discriminación retributiva por razón de sexo (la denominada brecha salarial entre hombres y mujeres) es también un clásico del Derecho social comunitario. Más allá del genérico derecho a la no discriminación por razón de sexo, contenido en el art. 21 CDFUE, el art.157.1 TFUE se refiere de manera más concreta a que “cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor”. También el art. 28 del Estatuto de los Trabajadores (ET), sobre igualdad retributiva, viene obligando al empresario a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución. Un trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes⁹⁴. Eso sí, la idea de trabajos de igual valor ha de entenderse en un sentido amplio. Y aún más, la utilización de criterios de valoración adverso, como el esfuerzo físico o la disponibilidad horaria -que pondrían en inferioridad al colectivo femenino-, deben constituir requisitos imprescindibles, siendo que también se valoren otros criterios más propiamente femeninos, como la responsabilidad, el cuidado en los detalles, etc.

⁹³ BOE 1 marzo 2023.

⁹⁴ Señala S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “Condiciones de trabajo y discriminación salarial por razón de sexo”, en *Derecho Social...*, cit., pp.400 y 401 que “Conviene no olvidar tampoco que la rotundidad o rigidez del artículo 28 del ET es más aparente que real, al devenir admisible, en la práctica, cierto grado de flexibilidad en su aplicación, al permitirse el abono de cantidades distintas por el mismo trabajo, pues la discriminación exige que la diferencia de trato no obedezca a razones objetivas. En resumidas cuentas, ni siquiera el artículo 14 de la CE impone en el ámbito de las relaciones laborales una igualdad de trato en sentido absoluto”.

40. La normativa española (art. 28.3 ET y art. 9.6 de la Ley 15/2022) está empezando a exigir la publicación por las empresas de la información salarial necesaria para analizar los factores de las diferencias salariales, también en aplicación del principio de igualdad de retribución por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor. Dicha transparencia retributiva está en la línea comunitaria de reforzar los mecanismos para la efectiva igualdad de retribución entre hombres y mujeres⁹⁵; que puede extenderse a un tercer género (neutro), dentro del respeto a lo establecido en los ordenamientos internos⁹⁶.

41. Para el art. 157.2 TFUE, “La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa: a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida; b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo”. De estas premisas se extrae el sentido de las resoluciones del TJUE que, no obstante, no han sido en ocasiones coincidentes con los fallos de los tribunales españoles.

42. Así, podemos rescatar sentencias, como la STJCE 15 diciembre 1994⁹⁷, la cual analizaba una cláusula de un convenio colectivo, por la que los trabajadores no empleados en régimen de jornada completa que trabajaran por encima de la jornada a tiempo parcial pactada en el contrato solo recibirían una compensación proporcionalmente equivalente a su retribución, sin el complemento por horas extraordinarias que recibían los empleados a jornada completa. Siendo que tal regulación afectaba negativamente a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres, era preciso justificarla por factores objetivos no relacionados con una posible discriminación indirecta por razón de sexo. Tal justificación podría consistir, según el TJ, en una necesidad real de la empresa, adecuada a la consecución de sus objetivos y en consonancia con el principio de proporcionalidad. En este caso, se alegaba como motivo de justificación compensar el mayor desgaste físico que supone hacer horas extras después de una jornada completa. Habría desigualdad de trato, por tanto, si la retribución global que se pagara a los trabajadores a jornada completa fuera más elevada, a igualdad de horas trabajadas, que la abonada a los trabajadores a tiempo parcial; o que se retribuyera menos la hora extraordinaria a un trabajador a tiempo parcial que a tiempo completo⁹⁸. Y puede decirse que los tribunales españoles, en este caso, sí se han alineado con esta idea, como lo demuestra la muy ilustrativa STSJ Islas Canarias 1590/2011, de 22 noviembre⁹⁹, la cual consideró que no había discriminación indirecta en la denegación del abono del denominado «ticket de comida» a trabajadoras que disfrutaban de reducción de jornada por guarda legal, fundamentada en el hecho de que no realizaban jornada partida sino continuada, y no en su condición de mujeres. No sería relevante si se trata o no de percepciones salariales. Como señala también art. 157.2 TJUE, “se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo”.

43. Una menor remuneración *per se* no implica, por tanto, una vulneración del art. 157 TFUE necesariamente. Y resulta interesante destacar, ahondando en el tema, la STJUE de 1 de julio de 2010, *Parviainen*, C-471/08, la cual justificó una pérdida de retribuciones de una azafata de vuelo, que pasó a prestar servicios en tierra al adaptarse el puesto por motivo de su embarazo; mientras que, en un caso similar, los tribunales nacionales han resuelto de manera contraria, si bien en beneficio de las trabajado-

⁹⁵ Así, por ejemplo, ver el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, y la posterior Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023, 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.

⁹⁶ Como señala la Directiva (UE) 2023/970, (6) “Actualmente, algunos Estados miembros permiten que las personas se registren legalmente como pertenecientes a un tercer género, a menudo neutro. La presente Directiva no afecta a las normas nacionales pertinentes que den efecto a dicho reconocimiento por lo que respecta a las cuestiones de empleo y retribución”.

⁹⁷ (TJCE 1994\207), *Stadt Lengerich contra Angelika Helmig*, C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 y C-78/93.

⁹⁸ STJCE 6 diciembre 2007, *Commission/Germany*, C-401/06.

⁹⁹ AS 2012\1211.

ras, lo cual sería admisible. Se trata de la STS de 24 de enero de 2017¹⁰⁰, que consideró discriminación por razón de sexo una minoración retributiva al perder una serie de complementos por la adaptación del puesto (consistente en no realizar trabajo nocturno o a turnos) a una trabajadora con riesgo durante el embarazo y lactancia. Con ello se quería poner de manifiesto que el coste de las medidas de seguridad y salud en el trabajo no debe recaer en los trabajadores¹⁰¹. Y respetándose la protección mínima otorgada a nivel comunitario, nada impide que los Estados mejoren aquellas previsiones, como es sabido. Aunque la diferente visión del asunto no tiene por qué provenir necesariamente de la idea de que el Estado español disponga de un ordenamiento más protector -de hecho, la normativa al respecto es idéntica-, sino de que a nivel europeo no se considera discriminatorio todo aquello que respetase el principio de igualdad de trato, como más adelante se comentará; partiendo más bien de la idea de igualdad material, esto es, sin privilegios automáticos para la mujer¹⁰².

44. Sí se ha considerado, no obstante, contraria al Derecho de la Unión¹⁰³, y no sin cierto bochorno patrio, la normativa española que excluía de las prestaciones por desempleo a las empleadas de hogar, que son casi exclusivamente mujeres, constituyendo esta exclusión una discriminación indirecta por razón de sexo en el acceso a las prestaciones de Seguridad Social¹⁰⁴, salvo que tal disposición pudiera justificarse objetivamente y sea proporcionada. A dicha justificación no contribuía que todos los trabajadores por cuenta ajena sujetos al Régimen General de la Seguridad Social, en el que está integrado el Sistema Especial para Empleados de Hogar, tuvieran derecho a prestaciones por desempleo, incluidos aquellos cuya relación laboral se desarrolla también a domicilio para empleadores no profesionales, o cuyo sector laboral presenta las mismas peculiaridades en cuanto a índice de empleo, a cualificación y a remuneración que el de los empleados de hogar, planteando riesgos análogos en términos de reducción de las tasas de empleo, de fraude a la seguridad social y de recurso al trabajo ilegal. Así ocurre con los jardineros y conductores particulares o los trabajadores agrícolas y los trabajadores contratados por empresas de limpieza. El Tribunal de Justicia llamaba la atención al hecho de que la inclusión en el Sistema Especial para Empleados de Hogar daba derecho, en principio, a todas las prestaciones concedidas por el Régimen General de Seguridad Social español, salvo las de desempleo, que presentan aparentemente los mismos riesgos de fraude. Tampoco ayudaba el hecho de que la exclusión de la protección contra el desempleo implicase la imposibilidad de obtener otras prestaciones de Seguridad Social a las que podrían tener derecho los empleados de hogar y cuya concesión está supeditada a la extinción del derecho a las prestaciones por desempleo.

45. Tras este pronunciamiento, a los pocos meses fue aprobado el Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras en el servicio del hogar¹⁰⁵, que permite equiparar las condiciones laborales de este colectivo al del resto de personas trabajadoras por cuenta ajena en el ámbito laboral y en el de la Seguridad Social, y establece como nueva obligación la cotización por la contingencia de desempleo y al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) para empleadores y empleadas del hogar. En el ínterin, los tribunales españoles comenzaron a aplicar este derecho relativo a las prestaciones a satisfacer por el Estado¹⁰⁶; considerando

¹⁰⁰ STS 43/2017 de 24 enero. RJ 2017\1615.

¹⁰¹ Según se recoge en el art.14.5 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE 10 noviembre 1995), en trasposición del art.6.5 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 (DOCE núm. 183, de 29 de junio de 1989).

¹⁰² Según el art. 8 TFUE (antiguo artículo 3, apartado 2, TCE): “En todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad”.

¹⁰³ Concretamente, contraria a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social.

¹⁰⁴ Véase STJUE de 24 de febrero de 2022, TGSS C-389/20.

¹⁰⁵ BOE 8 septiembre 2022.

¹⁰⁶ Entre otras, la SJCA Vigo (Galicia), núm.2, sentencia núm. 68/2022 de 17 marzo, o la STSJ Cataluña 1754/2022 de 16 marzo. AS 2022\886.

incluso irrelevante que la fecha de la sentencia del TJUE en que se contiene dicha doctrina sea posterior a la del hecho causante del subsidio por desempleo¹⁰⁷.

46. Volviendo a lo anterior, distinto sería lógicamente que la diferencia salarial se debiera a trabajos de desigual valor por la falta de equivalencia entre las tareas efectivamente realizadas, de manera que estuvieran mejor retribuidas las tareas de mayor valor intrínseco, las de categorías superiores, etc., a las que ciertamente acceden mayoritariamente los trabajadores varones. Siendo claro el valor intrínseco que objetivamente estos factores aportan a la empresa, el origen de la desigualdad sería otro y la vía principal a nivel jurídico para atajarla han sido las medidas de acción positiva. Ello, sin embargo, ha terminado dando lugar a situaciones de desigualdad hacia los hombres que han generado un intenso debate sobre la posible existencia de discriminación por razón de sexo hacia los varones.

47. Y ello porque la jurisprudencia europea¹⁰⁸, en un primer momento, dictaminó que el complemento de pensiones por maternidad (incluida la adoptiva) del art. 60 de la Ley General de Seguridad Social española discriminaba al colectivo de hombres; pues la aportación demográfica que planteaba como justificación de la medida, en opinión del TJUE, constituía una diferencia irrazonable, en tanto en cuanto la cualidad de progenitor es predicable tanto de hombres como de mujeres, así como ambos pueden sufrir desventajas en sus carreras si han asumido el cuidado de sus hijos. En el Derecho comunitario, el principio de igualdad de trato no impide que se proteja a la mujer por motivos de la maternidad¹⁰⁹, pero no se encontraba ningún elemento que estableciera un vínculo entre la concesión de este complemento y las desventajas que particularmente hubiera podido sufrir una mujer y no un hombre.

48. Esta sentencia hizo saltar por los aires nuestro sistema legal, provocando una modificación normativa a través del RD Ley 3/2021, de 2 de febrero; de manera que el complemento ahora pueden solicitarlo también aquellos hombres que acrediten haberse visto más perjudicados en su carrera laboral o sean viudos. Recuérdese, en todo caso, que el art. 27 de la Carta Social Europea (revisada), a la que se obligaba España a partir de 2021, reconoce el “derecho a la igualdad de oportunidades y de trato entre los trabajadores de ambos sexos que tengan responsabilidades familiares y entre éstos y los demás trabajadores”. Aunque también se había formado ya una estela de pronunciamientos en el mismo sentido, como la de la STS 793/2020, 23 septiembre, en un caso de diferencia de trato en la retribución variable para el permiso de paternidad respecto del de maternidad¹¹⁰.

49. La STJUE de 14 de septiembre de 2023¹¹¹, abunda en la invalidación de acciones positivas dirigidas a las mujeres para corregir la desigualdad en materia de pensiones, iniciada por la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (cit.), reconociendo ahora el derecho de los padres varones a una indemnización adicional reparadora de los daños patrimoniales y morales sufridos por la discriminación de género a propósito del complemento de maternidad ex art. 60 LGSS. La STSJ Galicia 4840/2023 de 30 de octubre¹¹² reitera la doctrina que sostiene que el reconocimiento del complemento de maternidad por aportación demográfica producirá efectos desde la fecha del hecho causante de la pensión de jubilación siempre que se cumplan los restantes requisitos exigidos por la redacción original del art. 60 LGSS.

¹⁰⁷ TSJ Cataluña 2856/2022 de 11 mayo. AS 2023\34.

¹⁰⁸ STJUE 12 diciembre 2019, *WA contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*, C-450/18.

¹⁰⁹ Recuérdese que la STJUE 18 noviembre 2020, *Syndicat CFTC*, C-463/19, permite establecer un permiso adicional de maternidad por convenio colectivo a aquellas trabajadoras que críen ellas a sus hijos expirado el permiso legal (siempre que la medida estuviera relacionada con las consecuencias del embarazo y la maternidad, como protección biológica y psicológica de la mujer).

¹¹⁰ Se advierte por el Alto Tribunal que ello “implica un claro desincentivo para el disfrute, total o parcial, del permiso de paternidad, lo que a la postre perpetúa la posición de la mujer como única responsable de las tareas domésticas y del cuidado y atención de los hijos, lo cual es una clara discriminación por razón de sexo ya que el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres comprende, claramente, la consecución de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares en el cuidado de los hijos, lo que, en el supuesto que analizamos queda gravemente comprometido”.

¹¹¹ *DX e Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)*, C-113/22.

¹¹² AS 2023\1246.

Y siguiendo la propia doctrina del TJCE¹¹³ para los supuestos en los que un Estado miembro no haya traspuesto correctamente la Directiva 79/7/CEE en la fecha de solicitud de la prestación de Seguridad Social sin que el TJUE hubiera dictado sentencia prejudicial abordando la conformidad o no de la norma interna con la directiva, menciona el TSJ de Galicia que debe hacerse hincapié en la penetración de la ulterior Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art.21) a través de la citada Directiva, así como en la aplicación al supuesto enjuiciado, en atención a sus circunstancias, de los principios de interpretación conforme, cooperación leal y efecto útil.

50. También el TEDH, en S. de 11 de octubre de 2022 (Beeler c. Suiza [GC]), ha resuelto un caso en similar sentido por la retirada de una prestación social a un viudo que, tras el fallecimiento de su esposa, dejó de trabajar para ocuparse de sus hijos y percibía una pensión de viudedad, de conformidad con la legislación suiza, que finalizó cuando su hija menor alcanzó la mayoría de edad. Aún no tenía derecho a una pensión por jubilación y, dado que llevaba más de dieciséis años sin trabajar, alegó que no podía encontrar un empleo. El demandante inició sin éxito un procedimiento ante los tribunales suizos sosteniendo que la pérdida de su pensión de viudedad era discriminatoria, porque la ley pertinente no privaba a las viudas de su derecho a dicha pensión incluso después de que su hijo menor hubiera alcanzado la mayoría de edad. La Gran Sala concluyó que el Gobierno no había podido acreditar la existencia de motivos «muy sólidos» o «particularmente importantes y convincentes» para justificar la diferencia de trato al demandante únicamente por razón de sexo. El Tribunal ha aclarado, a efectos de la aplicabilidad del art. 14 del Convenio, los criterios que deben aplicarse para circunscribir lo que entra en el ámbito del art. 8 del Convenio, en su vertiente de «vida familiar», en el contexto específico de las prestaciones sociales. Cuando un Estado crea un derecho a una prestación social, yendo así más allá de las obligaciones que le impone el art. 8 del Convenio, no puede, en la aplicación de ese derecho, adoptar medidas discriminatorias en el sentido del art. 14 CEDH.

51. Cuando en estos casos hablamos de discriminación por razón de sexo, no se admite de manera pacífica por nuestra doctrina entender que pueda existir discriminación para el colectivo de varones, que no es considerado un colectivo históricamente segregado¹¹⁴. La discriminación por razón de sexo, se dice, es solamente femenina. Podríamos calificarlo de desigualación razonable o irrazonable, pero no de discriminación, que nunca es razonable. Más bien es un trato diferenciado con carácter peyorativo a hombres que termina redundando en una afectación negativa de la corresponsabilidad familiar que debe existir entre hombres lo que se podrá calificar de discriminación por razón de sexo¹¹⁵, en tanto en cuanto las medidas de conciliación y corresponsabilidad forman parte del acceso a la igualdad profesional (y también retributiva, al fin y al cabo) de las mujeres trabajadoras¹¹⁶. ¿Podría hablarse también de discriminación por asociación, por transferencia o refleja¹¹⁷? Posiblemente, en tanto en cuanto se estaría discriminando a la mujer como persona o grupo a través del trato desigual otorgado al hombre.

52. Finalmente, en trasposición 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, se ha reformado el art. 4.2.c ET para incluir el derecho de los trabajadores a no ser discriminados por razón de sexo, “incluido el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral”. Se sigue hablando de discriminación por razón de sexo (y no de discriminación por conciliación o por

¹¹³ SSTJCE 27 octubre 1993, *Steenhorst-Neerings*, C-338/91; y 6 diciembre 1994, *Johnson*, C-410/92.

¹¹⁴ Ver el imprescindible artículo de J.R. MERCADER UGUINA, “¿Varón discriminado? ¿Discriminación o desigualación? Ideas para un debate”, *Revista Labos*, Vol. 3 Núm. 2 (2022).

¹¹⁵ La STC 26/2011, 14 marzo ya apuntó esta idea al considerar discriminación masculina la basada en “circunstancias personales o familiares”.

¹¹⁶ Véase el caso de la citada STS 793/2020.

¹¹⁷ Concepto elaborado por el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea en su S. 17 julio 2008, *S. Coleman contra Attridge Law*, C-303/06, y que ya ha sido aplicada desde entonces por nuestros tribunales en el ámbito social y recogida en la Ley 15/2022.

circunstancias familiares), creando este subtipo, ante la evidencia aún hoy de la mayor carga soportada históricamente por las mujeres en materia doméstica y en la consideración de que la vulneración de los derechos de conciliación (aún de hombres) a quien termina perjudicando principalmente es a la mujer.

53. De todos modos, de la misma manera que, en concordancia con los nuevos tiempos, se van incorporando nuevos motivos de discriminación que se detectan en la sociedad contemporánea (como el estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, recogido en el art. 2.1 Ley 15/2022, o por las características genéticas, se dice en el art.21. CDFUE), nada impide que el logro de una igualdad efectiva entre hombres y mujeres, o incluso algunas de las medidas de acción positiva que se sigan adoptando en la consecución de dicho objetivo excediéndose de un sistema ponderado, puedan terminar dando lugar a situaciones en las que los hombres puedan ser verdaderamente objeto de discriminación directa. De hecho, el Derecho comunitario, en sus pronunciamientos, no excluye esta posibilidad.

54. Aunque probablemente la apreciación de una posible discriminación masculina, en estos momentos, esté bastante relacionada, como decíamos en párrafos anteriores, con la diferencia terminológica entre desigualdad y discriminación reconocida en el Derecho español, así como con las discrepancias en la concepción de dichos términos cuando son usados por los tribunales europeos o por los tribunales españoles¹¹⁸. Terminológicamente, para el Derecho comunitario, la igualdad es la ausencia de discriminación¹¹⁹. En el Derecho español, la discriminación *per se* exige un juicio de igualdad más estricto¹²⁰, en el que no se precisa un elemento de comparación, pues se encuentra prohibida en todo caso. Pero fuera de los motivos tasados, que cada vez se identifican más con el prejuicio y el perjuicio histórico hacia determinados colectivos (de ahí la relevancia que ha ido adquiriendo el concepto de discriminación indirecta), podríamos seguir hablando de trato desigual o de vulneración del principio de igualdad. Y recuérdese que la aplicación del principio de igualdad no es exigida a las empresas con la misma rigurosidad con la que se proscribía la discriminación, disponiendo aquellas de un margen más amplio en el marco de su autonomía privada y de su libertad de empresa cuando no efectúan diferencias de trato basadas en factores discriminatorios.

2. La discriminación por razón de enfermedad, más allá del concepto amplio de discapacidad y de la doctrina de los ajustes razonables

55. Aunque la enfermedad puede producir deficiencias que discapacitan al individuo, para la jurisprudencia europea, seguida por la española, la enfermedad no podía ser equiparable a la discapacidad, ni existía una conexión automática entre ambos conceptos, igualmente rechazada por el Tribunal Supremo de forma reiterada¹²¹; “salvo que a lo largo de la enfermedad se manifiesten limitaciones duraderas o

¹¹⁸ STJUE 3 septiembre 2014, X C-318/13 consideró discriminatorio el seguro de accidentes de trabajo con una prestación más alta para mujeres que para hombres, por la mayor esperanza de vida de aquellas, siendo una desigualdad de trato injustificada.

¹¹⁹ Así, por ejemplo, el art 2.1 de la Directiva 2000/78/CE prescribe que “se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1”. Por su parte, el art. 9.1 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), pone ejemplos de discriminación, comenzando con la afirmación siguiente: “Deberán considerarse entre las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato las que se basen en el sexo”.

¹²⁰ La reciente STC 22/2024, 12 febrero insiste, en este sentido, en que “las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida «ex constitutione», que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que sólo pueden utilizarlas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad: no es suficiente con que las resoluciones judiciales estén motivadas y fundadas en derecho, sino que es preciso que sean coherentes con el derecho fundamental en juego”.

¹²¹ SSTs de 11 de diciembre de 2007 (RJ 2008\2884) y de 22 de enero de 2008 (RJ 2008\1621).

permanentes, que también puedan calificarse de discapacidad¹²². Este concepto amplio de discapacidad -la cual, a diferencia de la enfermedad, sí constituía un motivo de discriminación *per se*- ha sido aplicado exitosamente por nuestros tribunales, principalmente a la hora de calificar la nulidad de los despidos por una enfermedad de estas características¹²³.

56. Pero, aún en estos casos, ello no obligaba necesariamente a la continuación de la relación laboral; pues, ante la discapacidad del trabajador, para la empresa solo hay obligación de realizar ajustes razonables si estos no constituyen una carga excesiva para el empleador (art. 5 Directiva 2000/78); lo que se erige como criterio de razonabilidad, correspondiendo al juez nacional apreciarlo¹²⁴. Particularmente en casos de discapacidad, para la jurisprudencia europea¹²⁵, un cambio de puesto puede ser una medida adecuada como ajuste razonable cuando un trabajador deviene definitivamente no apto para ocupar su puesto debido a una discapacidad sobrevenida; y, según se ha fallado recientemente, una normativa nacional, como la nuestra (art.49.1 e) ET), no puede ir en contra del art. 5 Directiva 2000/78, interpretado a la luz de los artículos 21 y 26 de la Carta, convirtiendo la discapacidad del trabajador constitutiva de incapacidad permanente para la Seguridad Social en una causa automática de extinción del contrato¹²⁶ sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables para permitir a dicho trabajador conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirían una carga excesiva¹²⁷. De este modo, se revoluciona nuevamente otro tradicional elemento de nuestra normativa laboral, asentado durante décadas, por mor de una resolución europea que nos obliga a una inédita interpretación del precepto mencionado, con múltiples efectos jurídicos aún por esclarecer y que están siendo objeto de un incipiente debate¹²⁸, a la espera quizás de una próxima reforma normativa.

57. Recuérdese también que la STJUE 18 Enero 2018, *Ruiz Conejero*, C-270/2016, consideró que la prohibición de discriminación por motivo de discapacidad establecida en el art. 2.2 de la Directiva 2000/78/CE se oponía a nuestra normativa nacional, pues esta permitía al empresario despedir a un trabajador por faltas de asistencia, justificadas pero intermitentes, relacionadas con enfermedades atribuibles a su discapacidad reconocida, encargando al órgano judicial remitente valorar si la normativa no iba más allá de lo necesario para alcanzar la finalidad legítima de combatir el absentismo. Todo ello terminó tiempo después con la derogación del propio art.52 d) ET, que recogía el despido por absentismo en general, sea cual fuera la justificación de la falta al trabajo¹²⁹. Se demuestra nuevamente así cómo la aplicación de la doctrina de los derechos fundamentales -el principio de igualdad y no discriminación, en este caso, con su *vis expansiva*-, según va siendo descifrada gradualmente por las instituciones europeas (cuestiones prejudiciales mediante), está marcando el ritmo de buena parte de las reformas importantes que se producen en nuestro país; sin que, sin embargo, y esto es lo más relevante quizás, exista una resistencia de fondo a dichas renovaciones, pues se compadecen absolutamente con la percepción que, atendiendo al conjunto de nuestro ordenamiento jurídico, podríamos tener al respecto y con las interpretaciones que podríamos haber hecho *motu proprio*¹³⁰.

¹²² STJCE 11 julio 2006, *Chacón Navas*, C-13/05.

¹²³ Entre otras, la STS 387/2020, 22 mayo (RJ 2020/2065).

¹²⁴ STJCE 11 abril 2013, *Caso HK Danmark*, C-335/11 y C-337/11.

¹²⁵ STJUE 10 febrero 2022, *HR Rail*, C-485/20.

¹²⁶ La STJUE habla concretamente de *despido*, al no concurrir voluntad del trabajador; aunque tampoco del empresario, podría decirse.

¹²⁷ STJUE 18 enero 2024, *Ca Na Negreta*, C-631/22.

¹²⁸ I. BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, “La extinción del contrato por declaración de incapacidad permanente total no puede ser automática”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 19 enero 2024. <https://ignasibeltran.com/2024/01/19/la-extincion-del-contrato-por-declaracion-de-incapacidad-permanente-total-no-puede-ser-automatica-stjue-18-1-23/>

¹²⁹ Por Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero, BOE-A-2020-2381, y posteriormente por Ley 1/2020, de 15 de julio, BOE-A-2020-7937.

¹³⁰ Así, en opinión de J. GUTIÉRREZ COLOMINAS, “La discriminación por razón de discapacidad en la extinción del contrato de trabajo como consecuencia de la situación de incapacidad permanente (art. 49.1.e TRLET). Reflexiones a propósito de la STJUE de 18/01/2024, *Ca Na Negreta*, C-631/22”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº 112/2024 (digital), “la existencia de estos dos pronun-

58. Ha de repararse también en que, para el Tribunal Constitucional español¹³¹, el estado de salud del trabajador -o, más propiamente, su enfermedad- podía constituir por sí mismo un factor de discriminación encuadrable en la cláusula genérica del art.14 CE -referida a otras circunstancias o condiciones personales o sociales- solo cuando el factor enfermedad fuera tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de una determinada enfermedad socialmente estigmatizada. Esta inclusión no era contemplada en el mismo sentido por el TSJCE en el asunto Chacón Navas, cit., que consideraba que tanto el Tratado como la Directiva aplicable contenían una lista cerrada y exhaustiva de circunstancias o causas de discriminación que no puede ampliarse por analogía a otros motivos distintos, como la enfermedad. Tampoco lo ha recogido el art. 21.1 CDFUE. Pero ha de añadirse que también el TEDH terminó considerando que, salvo que existieran razones de salud preventiva que lo justificaran, el despido de un trabajador portador del VIH/SIDA no tendría ninguna justificación objetiva y razonable que fuera proporcional al sacrificio realizado por el trabajador despedido, incurriendo en clara discriminación por razón de enfermedad¹³².

59. La inclinación por empezar a reconocer que la concurrencia del factor enfermedad podría ser un indicio de situación discriminatoria ante el tratamiento desfavorable que injustamente podrían estar sufriendo los trabajadores enfermos o de baja por enfermedad, sin una protección apropiada ante una virtual vulneración de sus derechos fundamentales -pues no era suficiente para apreciar discriminación una decisión que les perjudicara sin más motivación que su enfermedad-, estaba abriendo la veda de lo que estaría por llegar. La doctrina de suplicación de los tribunales españoles comenzó a buscar fórmulas de nulidad ante despidos por enfermedad basados en justificaciones eminentemente económico-organizativas, amparándose en argumentos como la cosificación del trabajador y la vulneración de la dignidad en relación con la no discriminación¹³³. A esto hay que añadir que el art. 6.1 del Convenio 158 OIT sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, establece que “*la ausencia temporal al trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo*”; y, aunque en su apartado segundo haga referencia a la posibilidad de establecer limitaciones, esto no hace olvidar que la injusticia de una causa así para el trabajador debe compensarse al menos con una verdadera necesidad de la empresa de que existan dichas limitaciones¹³⁴ -como que se demuestren graves perjuicios-.

60. Como conclusión de todo ello, el art. 2.1 de la Ley 15/2022 española terminó incluyendo, entre otras novedades, a la enfermedad o condición de salud como factor de discriminación, adelantándose esta vez al marco europeo; pues, a partir de este momento, los despidos por enfermedad en los que no se acrediten una causa objetiva y razonable suficiente -y detalladamente reflejada en las cartas de despido- podrán ser declarados nulos en aplicación del art. 55.5 ET y art. 26 de esta ley, no admitiéndose su improcedencia. Esta reforma ha revolucionado el espectro laboral, particularmente en materia de despidos de trabajadores en incapacidad temporal, cuando la enfermedad pueda identificarse con el motivo de la extinción acometida¹³⁵. Debe destacarse, sin embargo, que el art.24.3 f) del Anexo de la Carta Social Europea (revisada) -ratificada por España, recuérdese, en 2021- ya determina que no se considerará motivo válido para el despido “*la ausencia temporal del trabajo debido a enfermedad o lesión*”.

ciamientos pone de relieve un defecto no menor, a saber, la incorrecta adaptación de la Convención Internacional de las Personas con discapacidad al ordenamiento jurídico español”.

¹³¹ STC 62/2008, 26 mayo.

¹³² Ver STEDH 3 octubre 2013 (Caso I.B. contra Grecia).

¹³³ STSJ Canarias 9/2011, de 25 de enero (AS 2011\216) y STSJ Galicia de 28 de marzo de 2019 (AS 2019\1551).

¹³⁴ Como señala A. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, “Informe sobre la regulación del despido en Europa”, *Temas Laborales*, n. 99/2009, p.291, “La posibilidad del despido por enfermedad –prohibido como regla general por el Convenio 158 OIT - varía significativamente de unos países a otros”.

¹³⁵ En el entendimiento de que la situación de incapacidad temporal en el momento del despido no conlleva, sin más y de forma automática, la declaración de nulidad; por ejemplo, si la empresa desconocía el diagnóstico del proceso de incapacidad temporal, así como de la tramitación del expediente de incapacidad permanente (STSJ Asturias, 157/2024 de 6 febrero, JUR 2024\81804).